

ANA ALDAVE ORZAIZ

LA GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO

*Un análisis de la crisis del Derecho Internacional
antes y después del 11-S*

TESIS DOCTORAL



Departamento de Derecho Público / *Nafarroako Unibertsitate Publikoa*

Facultad de Ciencias Jurídicas / *Zientzia Juridiken Fakultatea*

Universidad Pública de Navarra / *Nafarroako Unibertsitate Publikoa*

Pamplona / *Iruña 2017*

ANA ALDAVE ORZAIZ

LA GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO

*Un análisis de la crisis del Derecho Internacional
antes y después del 11-S*



TESIS DOCTORAL

Dirigida por:

DR. ROGER CAMPIONE

Departamento de Derecho Público / *Nafarroako Unibertsitate Publikoa*

Facultad de Ciencias Jurídicas / *Zientzia Juridiken Fakultatea*

Universidad Pública de Navarra / *Nafarroako Unibertsitate Publikoa*

Pamplona / *Iruña 2017*

A mi familia, mi refugio

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	1
LISTA DE ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS	5

INTRODUCCIÓN

I. PROLEGÓMENOS	9
II. OBJETIVOS Y ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	11
III. ESTRUCTURA.....	21

CAPÍTULO I

LA GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO Y EL *JUS AD BELLUM*

FORMAS Y ALCANCE DE UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1 INTRODUCCIÓN	27
1.2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL <i>JUS AD BELLUM</i>	29
1.3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CARTA DE NACIONES UNIDAS.....	37
1.4. LAS DOCTRINAS BUSH Y OBAMA.....	43
1.5. EL CUESTIONAMIENTO DEL <i>JUS AD BELLUM</i>	47
1.5.1. La interpretación expansiva de las limitaciones existentes.....	48
1.5.2. La incorporación de nuevas excepciones	76
1.6. EL ALCANCE DE LA CRISIS	85
1.7. OBSERVACIONES FINALES.....	100

CAPÍTULO II

LA CRISIS DE LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO

EN DERECHO INTERNACIONAL

2.1. INTRODUCCIÓN.....	103
2.2. GUERRA Y DERECHO: LA IMPORTANCIA DE LAS PALABRAS	104
2.3. UNA APROXIMACIÓN AL HECHO DE LA GUERRA DESDE EL DERECHO	108
2.4. LA EXISTENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO: BREVE REPASO DE LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS	116
2.5. LAS COORDENADAS DE LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO.....	129
2.5.1. Las partes del conflicto	129
2.5.2. las hostilidades y su ámbito territorial.....	133
2.6. ¿UN NUEVO CONCEPTO LEGAL?	136
2.7. OBSERVACIONES FINALES.....	149

CAPÍTULO III

LA GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO Y EL *JUS IN BELLO*

UN PARADIGMA BÉLICO *SUI GENERIS*

3.1. INTRODUCCIÓN.....	153
3.2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL <i>JUS IN BELLO</i>	154
3.3. LA (PROBLEMÁTICA) COEXISTENCIA DEL <i>JUS IN BELLO</i> Y <i>JUS AD BELLUM</i>	160
3.4. EL ESTATUS JURÍDICO DEL INDIVIDUO	164

3.4.1. El estatus en caso de conflicto armado internacional	165
3.4.2. El estatus en caso de conflicto armado no internacional	171
3.5. LAS PRÁCTICAS BAJO LA “GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO”	173
3.5.1. Ni combatientes ni civiles: “enemigos combatientes”	173
3.5.2. Detenciones secretas y “Rendiciones extraordinarias”	177
3.5.3. Los interrogatorios: legitimando la tortura	187
3.5.4. Los asesinatos selectivos: “Targeted killings”	202
3.5.5. Los medios y los métodos: proporcionalidad y drones	206
3.6. LA CRISIS DEL <i>JUS IN BELLO</i>	210
3.7. OBSERVACIONES FINALES	223

CAPÍTULO IV

LA BÚSQUEDA DEL CONSENSO PARA UNA DEFINICIÓN INTERNACIONAL DE TERRORISMO

4.1. INTRODUCCIÓN	227
4.2. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DEL TERRORISMO	228
4.3. LA AUSENCIA DE UNA DEFINICIÓN CONVENCIONAL O CONSUECUDINARIA.....	236
4.4. ¿UN CRIMEN INTERNACIONAL DE TERRORISMO?	241
4.5. EL ARGUMENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	257
4.6. LOS MOTIVOS DEL FRACASO	261

4.7. OBSERVACIONES FINALES.....	267
---------------------------------	-----

CAPÍTULO V

LA GGCT COMO DISPOSITIVO MARCO:

DESMONTANDO EL DISCURSO

5.1. INTRODUCCIÓN.....	269
5.2. EL CONTEXTO IDEOLÓGICO: LAS COORDENADAS IDEOLÓGICAS DE LA GGCT.....	272
5.2.1. El excepcionalismo americano	272
5.2.2. El neoconservadurismo: el camino hacia el militarismo y el unilateralismo	282
5.3. LOS ELEMENTOS DEL DISCURSO.....	289
5.3.1. El discurso de la guerra justa	289
5.3.2. La representación del enemigo: maniqueísmo y religión.	296
5.3.3. La seguridad en el epicentro	301
5.3.4. La utilización del miedo	305
5.4. OBSERVACIONES FINALES.....	309
 CONCLUSION	 311
BIBLIOGRAFÍA CITADA	327

AGRADECIMIENTOS

Cuando alguien toma la decisión de embarcarse en la elaboración de una tesis doctoral, sabe que va enfrentarse a un desafío personal e intelectual que le reclamará tiempo, esfuerzo y sacrificio. Pero aunque la decisión sea personal, el desafío es colectivo. De lo que no se es tan consciente al comienzo de la aventura es del papel tan determinante que jugarán el compromiso y la generosidad de otras personas con una causa que, aunque ellos no eligieron, de ningún modo habría llegado a buen puerto si no fuese su por apoyo. Es por eso que, ahora que el viaje ha terminado, es justo que mis primeras palabras sean de agradecimiento para todas aquellas personas que me han apoyado y acompañado en estos años.

Debo comenzar agradeciendo a la UPNA el apoyo económico que me ha brindado a lo largo del doctorado, un apoyo que, aunque comienza con el contrato predoctoral que me concede en 2013, no se agota ahí. Y es que ninguna de mis dos estancias de investigación en el extranjero, a las cuales debo gran parte de mi aprendizaje en la materia, hubieran sido posibles sin las ayudas económicas concedidas a tal fin por el Servicio de Investigación. La posibilidad de investigar en centros extranjeros y, sobre todo, las excelentes condiciones –logísticas y humanas– en las que se condujeron aquellas experiencias, se las debo igualmente a la hospitalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia –muy especialmente, al profesor Filippo Ruschi–, y al Instituto ASSER de Derecho Internacional de La Haya. El agradecimiento a la UPNA debo concretarlo en mi sincera gratitud a su Facultad de Ciencias Jurídicas y, en especial, al área de

Filosofía del Derecho, dirigida por Javier Blázquez, que ha sido mi casa estos últimos cuatro años.

En el plano personal, he tenido el enorme privilegio de contar con el profesor Roger Campione como director de este trabajo. Aunque él no lo sepa, la idea de que él me dirigiera la tesis fue una de las razones por las que, tras haber completado un máster en EE.UU., decidí apostar por Pamplona y por la UPNA. Tengo que agradecerle, por tanto, no sólo que aceptara ser el director de una investigación que en aquel momento apenas yo atisbaba, sino la confianza que siempre ha tenido en mí. Una confianza firme, casi ciega, que no se ha tambaleado a pesar de que yo sí lo hiciera, y que ha mostrado año tras año haciéndome partícipe de retos profesionales con los que yo no me hubiese atrevido, rodeándome de los mejores y empujándome a sacar siempre una mejor versión de mí misma. Gracias a él, a su paciencia y a su ojo clínico, he explotado las fortalezas y he superado las debilidades con las que comencé.

La distancia no siempre lo ha puesto fácil, pero he tenido la enorme suerte de contar con el calor que me han brindado en casa los profesores Ignacio Sánchez de la Yncera y Marta Rodríguez Fouz. Junto con el honor y el enriquecimiento que supone haber colaborado con ellos en diversos proyectos, quiero destacar el derroche de generosidad del que han hecho gala acogiéndome como una más en sus seminarios, en sus reuniones o incluso en algún viaje. Siempre con palabras amables que le cambiaban a una el ánimo. También quiero mostrar mi gratitud al que ha sido Decano de la Facultad de Derecho en mis años como doctoranda, José Francisco Alenza, por contar conmigo para iniciativas tan interesantes como el programa de Literatura y Derecho o el Seminario sobre Cervantes que él mismo ha coordinado. La confianza que ha depositado en mí, las oportunidades que me ha

brindado y la cercanía con la que siempre se ha mostrado me obligan a sentirme profundamente agradecida por haberle tenido como Decano.

Más allá de los pasillos de la universidad, la lista de personas que me han ayudado, con su afecto, a superar este desafío, sería interminable... No puedo nombrarlos a todos, pero mis amigos “de Washington”, ahora desperdigados por el mundo, son y serán siempre mi “otra familia” y, como tal, siempre están ahí, en los buenos y en los malos momentos. Por supuesto, ellas lo saben, tampoco podría haber logrado salir airosa de este reto sin el apoyo absolutamente incondicional y lleno de cariño de Amaia, Andrea, Marta y, por supuesto, Denise, que es quien ha soportado pacientemente la convivencia conmigo en los años más difíciles del doctorado. Gracias también a mis compañeros de fatigas, ahora convertidos en grandes amigos, Julen y Mirentxu, por tantas horas celebrando alegrías y compartiendo temores. Y gracias, en mayúsculas, a Guillermo. Porque, además de lo mucho que estoy aprendiendo junto a él, escogió acompañarme y tenerme paciencia cuando sabía mejor que nadie las dificultades que estaban por venir.

Por último, quiero agradecerse y dedicárselo todo a mi familia, para quien las palabras y mi limitada capacidad para juntarlas se quedan muy cortas. Quiero dar las gracias a mis padres, por tener fe en mí y apoyarme incondicionalmente, aunque no siempre escoja el camino fácil; a mi hermano mayor y a mi cuñada, por ser una fuente de inspiración y admiración constante que, a pesar de la distancia, me inyecta fuerzas cada día para esforzarme en ser mejor en lo que hago; y a mis sobris, que me llenan de amor con sus abrazos y sus sonrisas. Mi último y más especial agradecimiento se lo reservo a mi hermana pequeña, Beatriz. A los hermanos pequeños se les protege, pero

en estos años ha sido ella quien ha cuidado de mí, y siempre estaré en deuda con ella.

Termino ya porque, si pudiera enumerar cuánto debo a los demás, como dijo Goethe: “no me quedaría mucho en propiedad”. Así es. Todo lo que de bueno tenga este trabajo, es mérito vuestro.

Pamplona, 9 de abril de 2017.

LISTA DE ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

LISTA DE ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS EN CASTELLANO

11-S: 11 de septiembre de 2001.

GGCT: Guerra Global Contra el Terrorismo

DIH: Derecho Internacional Humanitario

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

CG: Convenios de Ginebra de 1949

PA: Protocolos Adicionales de 1977

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

CCT: Convención contra la Tortura

NSS: National Security Strategy

ONU: Organización de Naciones Unidas

CS: Consejo de Seguridad

AG: Asamblea General

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CPI: Corte Penal Internacional

TPIY: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja

AQ: al Qaeda

EI: Estado Islámico

EIIL: Estado Islámico de Irak y el Levante

LISTA DE ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS EN INGLÉS:

9/11: September 9, 2001

GWAT: Global War Against Terrorism

UN: United Nations

SC: Security Council

SCT: Supreme Court

ICJ: International Court of Justice

ICTY: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

HRC: Human Rights Council

ILC: International Law Commission

ICISS: International Commission on Intervention and State Sovereignty.

CSRT: Combatant Status Review Tribunal.

PNAC: Project for the New American Century

“Si busco la fórmula práctica para definir la época de antes de la Primera Guerra Mundial, la época en la que crecí y me crie, confío en haber encontrado la más concisa al decir que fue la edad de oro de la seguridad (...) A los hombres de hoy, que hace tiempo excluimos del vocabulario la palabra seguridad como un fantasma, nos resulta fácil reírnos de la ilusión optimista de aquella generación (...) Nosotros, que hemos aprendido a no sorprendernos de cualquier nuevo brote de bestialidad colectiva, (...) hemos tenido que acostumbrarnos poco a poco a vivir sin el suelo bajo nuestros pies, sin derechos, sin libertad, sin seguridad”.

(S. Zweig, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*)

“Es propio de la historia de los asuntos humanos que todo acto una vez ejecutado e inscrito en los anales de la humanidad siga siendo una posibilidad mucho después de que su actualidad haya pasado a formar parte de su historia”

(H. Arendt, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*)

“La naturaleza de la guerra consiste no ya en la lucha actual, sino en la disposición manifiesta a ella durante todo el tiempo en que no hay seguridad de lo contrario”.

(T. Hobbes, *Leviatán*)

INTRODUCCIÓN

“Hacer la pregunta adecuada es frecuentemente más de medio camino hacia la solución del problema”

W. Heisenberg¹

I. PROLEGÓMENOS

La mañana del 11-S, EEUU se despertaba asistiendo al mayor atentado sufrido nunca en su propio territorio. El resto del mundo lo contemplábamos a través de nuestros televisores. Cuatro aviones comerciales habían sido secuestrados de forma prácticamente simultánea en tres aeropuertos diferentes, y fueron convertidos en bombas suicidas al ser estrellados contra las dos torres gemelas del World Trade Centre en Nueva York y el Pentágono, emblemas del modelo financiero y político estadounidense respectivamente. Un cuarto avión, que realizaba la ruta Newark-San Francisco, se estrellaba poco después en Pennsylvania. Los ataques fueron llevados a cabo por la organización terrorista Al Qaeda y habían sido planificados desde territorio afgano, un territorio que, en aquel tiempo, se encontraba bajo el gobierno talibán.

¹ W. Heisenberg, *Física y Filosofía*, Buenos Aires, La Isla, 1959, p. 21.

El entonces presidente de los EE.UU, G. W. Bush, se apresuró en declarar una guerra a al Qaeda, desde luego, pero también “a todos los terroristas de alcance global”² aclarando, por si hubiera quedado alguna duda, que no haría ninguna distinción entre los terroristas que habían cometido los atentados y aquellos que les dieran cobijo. EEUU, y con él “la civilización”³, estaba en guerra contra El Mal y, nos advertía Bush, ganarla iba a llevar tiempo⁴.

Quedó de manifiesto, desde el primer minuto, que EEUU descartaba el modelo criminal y optaba por el paradigma bélico para combatir y derrotar al “nuevo” enemigo: el terrorismo internacional. ¿Por qué se recurrió al modelo bélico? ¿Cómo se justificó? Si la elección de paradigma ya era, de por sí, inédita y problemática, los problemas se multiplicaron en la medida en que, en la práctica, se fue configurando un paradigma bélico *suigeneris* que se desviaba en puntos cruciales del marco jurídico que opera en tiempos de guerra. ¿En qué medida podía la elección y despliegue de este paradigma estar impactando en el Derecho Internacional? Sus planteamientos y objetivos quedarían sellados en el famoso documento de la Estrategia de Seguridad Nacional de 2002⁵, que consagraba la guerra

² Presidente G. W. Bush, *Address to a Joint Session of Congress and the American people*, 20 de septiembre de 2001. Disponible en <https://archive.org/details/gwb2001-09-20.flac16/gwb2001-09-20d1t01.flac> (última consulta marzo 2017).

³ *Ibid.*

⁴ “This war is going to take a while”. Presidente G. W. Bush, *Discurso desde la Casa Blanca*, 16 de septiembre de 2001. Disponible en <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010916-2.html> (última consulta marzo 2017).

⁵ The National Security Strategy of the United States of America, The White House, Septiembre 2002. En adelante, NSS 2002. Disponible en <https://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (última consulta marzo 2017).

preventiva y las políticas de seguridad agresivas. La necesidad de explicar las intervenciones armadas y los recortes en derechos y libertades que estaban por venir urgió a los responsables a buscar los argumentos y las razones que apoyasen sus decisiones y sus actuaciones. El difícil o imposible acomodo de estas decisiones en el marco jurídico vigente les obligó a modificar su estrategia: el objetivo ya no era convencer de la legalidad de sus políticas sino de la obsolescencia del Derecho y la necesidad de modificarlo o, sencillamente, de dejarlo de lado.

II. OBJETIVOS Y ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

Ante esta realidad, la idea de llevar a cabo esta investigación nace de una preocupación fundamental: el creciente descrédito del Derecho Internacional Público con ocasión de la “guerra global contra el terrorismo”⁶. Desde el 11-S, y con el terrorismo internacional como coartada, se ha desplegado un dispositivo –el de la “guerra global contra el terrorismo”– en el seno del cual se han multiplicado las prácticas y los discursos que propugnan un ensanchamiento o flexibilización de las normas y principios que sustentan el Derecho Internacional Público o que, directamente, lo acusan de obsoleto e impugnan su vigencia.

Con este punto de arranque, me interesa especialmente someter a examen los argumentos –a menudo de índole moral, política o incluso religiosa– empleados a la hora de justificar cada una de las decisiones que, en el seno de esta “guerra contra

⁶ En adelante, la identificaré por el acrónimo GGCT.

el terrorismo”, han expresado una desviación de la norma tradicional y han reclamado su modificación o supresión, valorando en qué medida pueden estos planteamientos estar poniendo en riesgo los pilares sobre los que se asienta el Derecho Internacional Público y, muy en particular: la prohibición del uso de la fuerza armada, la noción de conflicto armado y los principios de autonomía y no discriminación del *jus in bello*.

Pero antes de descender a la pormenorización de los objetivos y de la estructura del trabajo, considero conveniente aclarar en este punto algunas cuestiones relativas a mi visión de la disciplina jurídica y al enfoque que adoptaré, pues es a partir de aquí desde donde abordaré las múltiples problemáticas que se plantearán.

Quien decida acercarse a esta obra va a encontrarse con un trabajo que camina entre dos aguas –el Derecho Internacional Público y la Filosofía del Derecho- que, aunque provienen de una misma fuente, toman cauces diversos. Ha sido mi ambición y mi deseo tratar de llevar a buen puerto esta dualidad, pero he de reconocer que éste ha sido también uno de los principales desafíos a los que me he enfrentado –si con mayor o menor fortuna, será el lector quien lo juzgue-.

Empleando el esquema propuesto por Hernández Marín, el estudio del Derecho puede ser abordado desde una perspectiva interna, que contempla el derecho como un fenómeno aislado de otras disciplinas, y desde una perspectiva externa, que atiende a las relaciones que se dan entre la norma jurídica y otros fenómenos externos⁷. Pues bien, ambos puntos

⁷ R. Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 12-13. Es importante matizar que, con esta

de vistas son imprescindibles y, a mi modo de ver, absolutamente complementarios: “el conocimiento interno del Derecho”, señala acertadamente Hernández Marín, “debe siempre preceder a su conocimiento externo”⁸, lo que implica que a la reflexión problematizadora propia de la filosofía debe necesariamente precederle el conocimiento profundo y preciso del elemento problemático, es decir, de la norma jurídica positivizada. Una norma que, en el orden internacional, presenta algunas peculiaridades que merecen, al menos, ser señaladas.

Aunque en mi tesis sostengo que esta característica se ha visto exacerbada por efecto de la “guerra contra el terrorismo”, lo cierto es que el Derecho Internacional arrastra desde sus mismos orígenes el lastre de ser constantemente blanco de acusaciones de inutilidad, ineficacia o, más recientemente, obsolescencia. A diferencia de otras disciplinas jurídicas, “la ciencia jurídica internacionalista”, lamenta Ferrajoli, “todavía no se ha librado de cierta falta de seguridad en sí misma”, lo cual le habría provocado cierto “complejo de inferioridad científica y jurídica”⁹.

Pero que el ordenamiento internacional entrañe especificidades –problematicidades inherentes, si se quiere- que no se presentan en los ordenamientos domésticos no significa que no sea un ordenamiento jurídico. La peculiaridad del Derecho Internacional es consecuencia, entre otras cosas, de la

división, el autor está pensando en la distinción entre teoría del derecho y filosofía del derecho, siendo ésta última la relativa al enfoque externo, la que se ocupa de los factores no jurídicos que condicionan las normas así como de las consecuencias que las normas tienen sobre tales condicionantes. *Ibid.*, pp. 12-13.

⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁹ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (3 vols.), trad. De P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, Vol. II, p. 480.

peculiar naturaleza del grupo social que regula, la sociedad internacional. El Derecho Internacional Público nació con el nacimiento de los Estados modernos con la finalidad de disciplinar las relaciones entre ellos –por entonces sujetos únicos de la sociedad internacional-¹⁰. A partir de ahí –muy especialmente desde que se creara la organización mundial por excelencia, la ONU, en 1945- la sociedad internacional ha experimentado un proceso ininterrumpido de cambios y de crecimiento ligados al surgimiento de nuevos actores –algunos de ellos con pretensiones de soberanía o de independencia- y a la creciente importancia de la esfera individual en una sociedad eminentemente interestatal. Podríamos afirmar sin incurrir en una exageración desmedida que la dependencia del Derecho Internacional de las circunstancias sociales e históricas es extremada, pecando acaso, como apunta Aguilar Navarro, de “auténtica servidumbre. (...) Si la sociedad internacional es una sociedad en formación; el Derecho Internacional es un derecho en gestación”¹¹. La propia Carta de Naciones Unidas, instrumento con el que cobra vida el sistema jurídico internacional de nuestro tiempo, nació como respuesta al trauma provocado por el acontecimiento de las dos Guerras mundiales con el propósito de garantizar la convivencia pacífica entre Estados. Poco tiempo después, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), llegó el

¹⁰ El término Derecho Internacional Público fue utilizado por primera vez por el británico Bentham en 1780, como forma de distinción con respecto al Derecho nacional, y sustituyendo al término *ius Gentium*. Véase A. J. Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 27.

¹¹ M. Aguilar Navarro, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Ediciones Iberoamericanas, 1952, Tomo I, Vol. I, p. 35. En el mismo sentido se manifiesta también Mosler: “International Law is result of historical development”, en H. Mosler, “The international society as a legal community”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, (R.C.A.D.I.)*, Vol. 140, 1974, IV, p. 17.

reconocimiento de una lista de derechos individuales fundamentales cuya protección e implementación quedaba en manos de los Estados, una lista que, con el paso de los años y por la vía de nuevos instrumentos internacionales¹², ha incorporado nuevos derechos y obligaciones y que, a día de hoy, sigue en permanente evolución. Un año después de la Declaración, en 1949, se redactaron los cuatro Convenios de Ginebra con el objetivo de garantizar a los individuos una serie de protecciones básicas incluso en tiempos de guerra, dando cuerpo normativo al llamado Derecho Internacional Humanitario o *jus in bello* que, de nuevo, se ha visto desarrollado –aunque en menor medida que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos- con los Protocolos Adicionales de 1977. Y ya en las últimas décadas, uno de los grandes avances del Derecho Internacional Público se ha manifestado en la configuración de un Derecho Penal Internacional, materializado en la instauración de una jurisdicción penal permanente que conocerá de los crímenes más graves que cometen los individuos (agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra). Baste esta reducidísima muestra para señalar que el cambio permanente en la esfera internacional conlleva inevitablemente ciertas notas de provisionalidad y elaboración paulatina para su ordenamiento jurídico que, como dice Rodríguez Carrión, se encuentra consecuentemente “permanentemente inacabado” y “en búsqueda constante de su plenitud”¹³.

¹² De la dilatada lista de instrumentos jurídicos que conforman actualmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destacamos los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

¹³ A. J. Rodríguez Carrión, *Op. cit.*, p. 65.

Este aspecto se aprecia especialmente en el proceso de formación de la norma jurídica internacional. El Derecho Internacional lo crean y desarrollan progresivamente los Estados, no sólo a través de la elaboración de tratados, sino también a través de su actuar en el tiempo. La norma consuetudinaria es, precisamente, el resultado de una práctica sostenida en el tiempo generalmente aceptada como derecho por los Estados¹⁴. Ahora bien, determinar la cristalización de una nueva norma por la vía de la costumbre no es tarea sencilla. Por un lado, la entrada en juego de una nueva costumbre a menudo carece de un momento inicial claro; por otro, tampoco la práctica de los Estados a tener en cuenta suele ser fácil de interpretar: en primer lugar, no todos los Estados tienen la misma capacidad para influenciar en las relaciones internacionales¹⁵ y, en segundo, la práctica relevante a estos efectos no sólo viene determinada por los actos sino también por las palabras, que a menudo se usan de manera deliberadamente confusa y que, sin embargo, desempeñan un papel crucial. Todo discurso sobre el derecho puede tener efectos sobre la forma de entender el derecho vigente, bien consolidándolo, bien modificándolo, bien extinguiéndolo. Como señala García Amado, el Derecho es

¹⁴ El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce como fuentes del Derecho las convenciones internacionales, los principios generales del Derecho Internacional y “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho”.

¹⁵ Desde este punto de vista, Rodríguez Carrión clasifica a los Estados en tres grupos diferentes: un primer grupo –reducido- lo conformarían aquellos Estados que tienen capacidad para influenciar las relaciones internacionales y cuya conducta suele marcar la pauta predominante; en el otro extremo, nos encontraríamos aquellos –también pocos- Estados que, con diversa fundamentación y objetivos, rechazan las pautas de comportamiento generalmente establecidas por el primer grupo; en un punto intermedio se encuentra el último grupo, conformado por la mayoría de Estados de la sociedad internacional, aquellos que, evitando la confrontación o contestación al primero, asumen la posición de dirección o liderazgo de estos y aceptan sus pautas. Véase J. Rodríguez Carrión, *Op. cit.*, pp. 50-51.

también “lo que se dice sobre el derecho”¹⁶. Esta premisa justifica –espero- la atención que, en mi empeño por identificar el impacto de la GGCT en el Derecho Internacional, prestaré a lo largo del trabajo al discurso de la “guerra contra el terrorismo” o, por decirlo más correctamente, a lo que se ha dicho –y cómo se ha dicho- sobre el Derecho Internacional con ocasión de la guerra contra el terrorismo¹⁷.

A lo anterior se le suma otra particularidad: en el ordenamiento internacional son los mismos sujetos que crean la norma jurídica quienes deben interpretarla y aplicarla¹⁸. La efectividad de la norma jurídica depende de la relación entre norma y realidad –conducta-, lo cual nos remite directamente al clásico problema de la obediencia que, en el ámbito internacional, es tan relevante como espinoso. ¿Por qué los Estados (des)obedecen las normas internacionales? ¿Qué guía la conducta de los Estados? ¿De qué o quién depende que un Estado obedezca? Los negacionistas del Derecho Internacional niegan el carácter jurídico de este ordenamiento precisamente sobre la base de que cada Estado actúa guiado por su propio

¹⁶ J. A. García Amado, “Sobre los modos de conocer el derecho. O de cómo construir el objeto jurídico”, en *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No.11, 1992, pp. 195-196.

¹⁷ Teniendo en cuenta la distinta relevancia (y capacidad de influencia) de la conducta de unos Estados u otros –a los únicos efectos de determinar la emergencia de una nueva norma consuetudinaria, como se ha visto en la nota al pie número 13-, el análisis de dicho actuar y discurso en el curso de la GGCT se centrará fundamentalmente en EE.UU.

¹⁸ Esta afirmación general se ve matizada por la existencia de la jurisdicción universal del Tribunal Internacional de Justicia, pero se trata de una jurisdicción facultativa. El Derecho internacional obliga a los Estados a resolver sus controversias por medios pacíficos (artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas), pero no impone un método concreto. Por lo tanto, del mismo modo que un Estado no se obliga sin su consentimiento, no se encuentra sometido a ninguna jurisdicción internacional sin su voluntad.

interés sin que exista ninguna forma de coacción¹⁹. Ello explicaría el escaso o nulo cumplimiento de dichas normas y, sobre la premisa de que la validez jurídica depende de su eficacia y ésta del número de veces en que una norma es observada, concluyen que el Derecho Internacional no es, en rigor, Derecho.

No son éstas, sin embargo, mis coordenadas de trabajo. En primer lugar, considero, alineándome con el “pacifismo jurídico” de Bobbio o Ferrajoli, que el Derecho Internacional es una herramienta fundamental para el mantenimiento de la paz –entendida como ausencia de guerra- y que, de hecho, la función primordial –además de originaria- del ordenamiento jurídico internacional es la de asegurar que los Estados se abstienen en el empleo de la fuerza unilateral en sus relaciones con otros Estados²⁰. A partir de ahí, y al contrario de los paradigmas tanto negacionistas como iusnaturalistas, ubico al Derecho Internacional dentro del paradigma del Derecho positivo. Ahora bien, frente al positivismo kelseniano –que se apoyaba en la idea de “guerra como sanción” para sustentar la naturaleza jurídica del Derecho Internacional-, considero más acertada la hipótesis ferrajoliana según la cual la prohibición de la guerra es, precisamente, la norma jurídica “institutiva”²¹ del Derecho Internacional; es decir, el ordenamiento internacional sería un

¹⁹ J. Austin, R. Kagan, J. Bolton, P. Wolfowitz son algunos de los exponentes más destacados de esta vertiente.

²⁰ Una visión de las funciones del Sistema jurídico internacional y, en particular, de la confrontación dicotómica entre la aspiración de la justicia y la de paz-, en la que se señala la preeminencia de la paz sobre otros fines y que suscribo plenamente es la de M. Koskeniemi en “The police in the Temple. Order, Justice and the UN: a Dialectical View”, en *European Journal of International Law*, Vol. 6, 1995, pp. 325-348.

²¹ El adjetivo es de J.A. García Saez, “El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia Iuris”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 26, 2012, pp. 82-102, p. 92.

ordenamiento *jurídico* desde el momento en que se prohíbe la autotutela en el recurso a la fuerza y las decisiones sobre la misma dejan de depender de la arbitrariedad y subjetividad de cada Estado y se confían a un tercero imparcial –que, en el sistema instaurado por la Carta de la ONU, es el Consejo de Seguridad-²². El Derecho Internacional quedaría constituido como ordenamiento jurídico por la prohibición de la guerra. En consecuencia, la positivización de la prohibición de la guerra en la Carta de la ONU convierte el principio de la paz en fundamento jurídico internacional²³. Cuestión distinta, que no afecta a la juridicidad del ordenamiento, es la que plantea el diseño y la estructura de ese tercero neutral, el Consejo de Seguridad.

Los problemas del Derecho Internacional no se agotan, ni mucho menos, con los que acabo de indicar. Me dejo muchos otros en el tintero, todos ellos de gran enjundia y relevancia, pero por ahora únicamente pretendo dejar señalados aquellos que, de manera reiterada, aparecen en el fondo de los debates que se han planteado -o, si se quiere, retomado- a tenor de la guerra contra el terrorismo y que abordaré en mi trabajo.

Volviendo a la doble perspectiva para el estudio del Derecho que invocábamos al comienzo de esta sección, recordemos, pues, que el dato primario sobre el que se suscitarán las discusiones y que, insistimos, hemos de conocer en profundidad, será siempre la norma jurídica internacional, especialmente cuestionada en el contexto de la GGCT. A partir

²² Desde este punto de vista, no cabe hablar de un orden internacional *jurídico* con anterioridad a la Carta pues, en la época pre-onusiana, la libertad de los Estados en las decisiones sobre el recurso a la fuerza tenía a la sociedad internacional sumida en una especie de estado de naturaleza hobbesiano, pre-jurídico.

²³ L.Ferrajoli, *Principia iuris...*, II, *cit.*, p. 481 y 487.

de ahí, el planteamiento con el que se pretende analizar dicha problemática es el de la Filosofía del Derecho. Si tenemos en cuenta el carácter social e histórico del Derecho Internacional y partimos de una concepción del Derecho como un saber no originario ni productor sino producido siempre en conexión con otras disciplinas, entonces la Filosofía del Derecho debe indagar no sólo en lo que el Derecho dice, sino también en lo que no dice y, desde luego, también en su relación con otros órdenes, como el moral o el político. No pretendo afirmar que el Derecho deba ser entendido únicamente como producto de circunstancias externas, sino, más bien, que la visión del filósofo del Derecho debe caracterizarse, como dice Campione, por “un cierto alejamiento del punto de observación, por intentar ampliar la perspectiva para abarcar no solamente el espacio que el derecho aparentemente ocupa, sino también el que está más allá”²⁴, sin perder de vista que el Derecho es un saber referido siempre a una realidad social e histórica que no sólo lo circunscribe, sino que también lo condiciona. “La filosofía del derecho”, dice Corradini, “siempre trasciende lo que se define como derecho”²⁵.

Desde esta perspectiva, los esfuerzos de esta investigación se centrarán por tanto en el estudio de los desafíos filosófico-jurídicos que afronta el Derecho Internacional al ser presentada la guerra como opción única, necesaria, justa y

²⁴ R. Campione, “Estructura y Función: la filosofía del derecho como teoría social”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Serie V, Anno LXXXV, No. 4, Octubre/Noviembre 2008, pp. 613-668., p. 619.

²⁵ Corradini H. Broussard en “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Vol. 4, 1985, p. 538. Aunque, cabe matizar, con la “trascendencia” Corradini está refiriéndose a una filosofía inevitablemente meta-física, a mí me interesa también señalar su carácter inter-disciplinar.

eficaz para combatir un fenómeno transnacional como es el terrorismo internacional.

Ello reclama, por un lado, un conocimiento pausado del marco normativo involucrado –en particular, *jus ad bellum*, *jus in bello*, y DIDH- y de sus inherentes debilidades, pero también de los hechos problemáticos que se han dado en la realidad en la que opera –usos de la fuerza preventivos, detenciones secretas, asesinatos selectivos, etc- para, a partir de ahí, ser capaces de examinar críticamente la manera en que las eventuales desviaciones de la norma han sido justificadas. Teniendo en cuenta la carga subversiva y el aura de hito del que ha sido investido el “11 de septiembre” a la hora de justificar cualquier postura que suponga un descrédito del Derecho Internacional, consideramos obligado incorporar este elemento al análisis con el objetivo de valorar hasta qué punto estamos ante fenómenos y argumentos genuinamente novedosos –que surgen con el 11-S- o ante nuevas versiones de viejos discursos que se creían superados. Además de examinar las prácticas y sus justificaciones, me interesa muy especialmente detenerme en el estudio del razonamiento de las pretensiones que afectan a la flexibilización o refutación del Derecho Internacional en cada caso para, en última instancia, discutir las implicaciones que estas modificaciones podrían conllevar en caso de prosperar.

III. ESTRUCTURA

Planteada de esta manera la elección del tema, el enfoque y los objetivos, queda por exponer la estructura formal que vertebrará esta obra.

Si al Qaeda atentaba en suelo estadounidense el 11 de septiembre de 2001, el 7 de octubre de ese mismo año EEUU lanzaba, con el apoyo de Reino Unido, las primeras bombas y misiles cruceros contra centros de mando del gobierno talibán y campos de entrenamiento de al Qaeda en Afganistán, en un alegado ejercicio de legítima defensa. No todo uso de la fuerza desemboca en una guerra, pero toda guerra comienza con la decisión de recurrir a la fuerza. En ese sentido, con independencia de si –o en qué medida- puede hablarse o no de guerra en este caso, lo primero que debemos hacer es examinar, siguiendo un razonamiento cronológico, la decisión misma de recurrir a la fuerza. Esta tarea nos ubica en el marco normativo del *jus ad bellum* a ella dedicaré el primer capítulo de este trabajo.

La Carta de Naciones Unidas consagra la prohibición del uso de la fuerza armada como principio rector del sistema que con ella se crea, añadiendo, no obstante, dos excepciones que la limitan: que exista legítima defensa o que exista autorización del Consejo de Seguridad. Sin embargo, los usos de la fuerza armada llevados a cabo después del 11-S revelan una manera de entender la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones que reclama la necesidad de recurrir a interpretaciones más flexibles de las excepciones que ya existen o, directamente, de incorporar otras nuevas. Yendo un paso más allá, con ocasión de estas intervenciones se ha llegado a señalar que la norma que prohíbe el uso de la fuerza habría “muerto” –perdido su carácter jurídicamente vinculante- o que, en cualquier caso, por mor de la práctica de los últimos años, habría emergido una nueva norma de carácter consuetudinario más permisiva que la convencional. Tras haber expuesto el marco normativo vigente y su contexto histórico, dedicaré el capítulo primero a analizar los

diversos modos en que el régimen del *jus ad bellum* está siendo impugnado, sometiendo a examen cada una de las pretensiones señaladas y sus correspondientes argumentarios y tratando de identificar las implicaciones que podría conllevar un desgaste del *jus ad bellum* los términos que describa.

Una cuestión que, como ya he adelantado, no es trivial para el Derecho, es la diferencia entre “uso de la fuerza” y “guerra”. Bajo el paraguas de una realidad bautizada como “guerra contra el terrorismo” se ha recurrido a la fuerza armada en numerosas ocasiones; ahora bien, teniendo en cuenta que el entonces presidente G.W. Bush decidió situar todas sus decisiones sobre el recurso a la fuerza en el contexto de un proyecto bélico global y más abarcante (la guerra contra el terrorismo); y siendo consciente al mismo tiempo de las consecuencias anudadas a la caracterización de un contexto como guerra en términos jurídicos –la existencia de un conflicto armado da entrada a un régimen jurídico muy específico, el *jus in bello*–, resulta fundamental aclarar en este punto qué se entiende por guerra. A esta labor ceñiré el comienzo del capítulo segundo para, a continuación, una vez expuesto el marco jurídico de referencia, valorar si el término que se está empleando sistemáticamente para caracterizar los fenómenos violentos acontecidos en el contexto de la lucha contra el terrorismo es coherente con dicho marco. Sin embargo, las dificultades que surgen a la hora de subsumir una realidad tan compleja y heterogénea como la “guerra contra el terror” en alguna de las categorías previstas por la norma, son ahora invocadas para reclamar una revisión de los estándares jurídicos tradicionales y una flexibilización la noción de “guerra” –y, en consecuencia, una ampliación del ámbito de aplicación del *jus in*

bello-. Al examen crítico de estas propuestas de modificación, de sus fundamentos e implicaciones, dedicaré el final del capítulo.

Aunque pueda parecer una obviedad, cabe concebir el capítulo dos como una transición lógica entre el uno y el tres o, mejor dicho, como el preludio necesario para acometer la labor del capítulo tres. Si el primer capítulo hacía referencia al *porqué* del uso de la fuerza – a las causas-, el tercero se ocupará del *cómo*, de su conducción. Pero para poder valorar en qué medida un hecho se ha ajustado a derecho, es fundamental aclarar previamente cuál es la norma jurídica aplicable, de ahí que dediquemos el capítulo dos a la labor de caracterización jurídica del contexto. Ya en el capítulo tercero, y siguiendo una estructura muy semejante a la del primero, expondré las prácticas más controvertidas llevadas a cabo en el contexto de la lucha contra el terrorismo –designación de “enemigos combatientes”, detenciones secretas, torturas, asesinatos selectivos, empleo de drones, etc, y desgranaré los argumentos de diversa índole -jurídica, política, moral- que los han acompañado. Con menos sorpresa que en el capítulo uno, constataremos cómo las prácticas y los razonamientos expuestos tienen en común la impugnación del marco normativo vigente y la pretensión de su flexibilización algo que, como explicaré, no sólo no está justificado sino que podría estar socavando los principios más relevantes del *jus in bello*.

Señalaba unas páginas más arriba que “La guerra contra el terrorismo” nos presenta la guerra como medio o solución adecuada para enfrentar un problema, el terrorismo. Si en el capítulo dos analizaba la crisis de la noción de “guerra” –el medio- desatada a raíz del 11-S, en el capítulo cuatro me propongo analizar los problemas asociados a la noción de “terrorismo” –el problema-. En este caso, las dificultades tendrán

que ver, no con el carácter anticuado de la definición, sino con el inevitable componente político e ideológico del fenómeno que se intenta definir, haciendo de éste un campo especialmente expuesto al abuso y a los dobles raseros. En este sentido, se apunta directamente a la ausencia de una definición internacional de “terrorismo” como causa del carácter abusivo de muchas de las definiciones nacionales o regionales generadas a raíz del 11-S. Sin embargo, en este capítulo, tras realizar un breve repaso al tratamiento del fenómeno del terrorismo a lo largo de la historia, y una vez ubicados en el marco normativo de nuestro tiempo, examinaré los argumentos más frecuentemente invocados a la hora de justificar la conveniencia de una definición legal internacional de terrorismo en los términos que se sugieren, cuestionando los motivos últimos que la fundamentan e indagando en las posibles causas que pueden explicar los sistemáticos fracasos en los que incurre esta empresa.

Por último, tras haber realizado un examen crítico de las prácticas y discursos que, con el pretexto de la guerra contra el terrorismo, ponen en jaque los distintos ordenamientos jurídicos implicados, y tras haber constatado con preocupación el potencial de la “guerra contra el terrorismo” como dispositivo marco eficaz a la hora de justificar l al Derecho Internacional, lo que nos proponemos en el quinto capítulo es de-construir dicho dispositivo marco, tratando de identificar aquellos elementos en los que reside dicho potencial justificador. Por tanto, una vez diseccionado el fenómeno de la guerra contra el terrorismo, y tras haber constatado el desgaste al que están siendo sometidos los regímenes normativos involucrados, en este capítulo abordaremos la “guerra contra el terrorismo” como un dispositivo único cuyo peculiar funcionamiento nos obliga a

indagar qué es aquello que lo hace especial, novedoso, eficaz y, eventualmente, una amenaza para el Derecho Internacional. Con este propósito, indagaremos en el contexto ideológico en el que se despliega y del que se nutre para, finalmente, atrevernos a identificar los que pueden ser los elementos centrales, más explicativos y más problemáticos del discurso de la guerra contra el terror.

CAPÍTULO I

LA GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO Y EL *JUS AD BELLUM*: FORMAS Y ALCANCE DE UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1 INTRODUCCIÓN

Si hay una cuestión que incide directamente en la convivencia pacífica entre individuos y sociedades y que, por tanto, debe ser permanentemente reflexionada y revisada, es, sin duda, la cuestión relativa a la decisión de cuándo recurrir a la violencia y, especialmente, los criterios que adherimos para justificarla²⁶. Sin embargo, y por extraño que pueda parecer, el Derecho ha permanecido hasta hace bien poco al margen de este imprescindible debate que, por otro lado, ha sido históricamente lidiado en el terreno de la moral, la filosofía o la teología. No será hasta el siglo XX cuando, por primera vez, se configure un marco jurídico –el *jus ad bellum*– que discipline el recurso a la violencia en el ámbito internacional y, en particular, el recurso a la fuerza armada. Una regulación que, fruto de la conmoción provocada por la experiencia de las dos Guerras Mundiales, irrumpe en el orden internacional poniendo fin a una etapa de libertad y absoluta discrecionalidad de los Estados a la

²⁶ R. Bernstein, *Violencia: pensar sin barandillas*, Barcelona, Gedisa, 2013, p. 17.

hora de decir recurrir a la fuerza con una regla fundamental: la prohibición de la guerra como medio de solución de conflictos, consagrada en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas. Sería ingenuo pensar que la guerra iba a dejar de existir por el mero hecho de haberla prohibido jurídicamente, pero, a pesar del incesante goteo de ocasiones en los que los Estados han violado la norma a lo largo del pasado siglo, lo cierto es que, desde que se consagraran estas reglas, los Estados se han esforzado por manifestar su compromiso con ellas y con los objetivos que persiguen.

Sin embargo, los acontecimientos de los últimos quince años –ocurridos bajo el paraguas de la “guerra”²⁷ contra el terrorismo- parecen haber precipitado el debate sobre los límites precisos del régimen jurídico del *jus ad bellum*, sobre su efectividad, o incluso sobre su vigencia misma. En este contexto, una vez hayamos explicado el marco jurídico que opera en nuestros –sin olvidarnos de sus elementos más problemáticos-, el objetivo principal de este capítulo será analizar en qué medida los controvertidos usos de la fuerza armada llevados a cabo con el pretexto de la lucha contra el terrorismo, junto con sus discursos legitimadores, pueden estar erosionando dicho régimen, tratando de precisar los términos concretos de la crisis de este cuerpo normativo y, en última instancia, su alcance.

²⁷ La propia noción de “guerra” ha sido también cuestionada y objeto de debate, fruto de las dificultades que plantea encajar una realidad tan compleja como la “guerra contra el terrorismo” en alguna de las categorías tradicionales de “conflicto armado”. Este problema será analizado a fondo en el Capítulo II de este trabajo.

1.2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL *JUS AD BELLUM*

Como acabamos de apuntar, el de las causas que justifican el recurso a la guerra es un debate históricamente ligado a la filosofía, la teología y el iusnaturalismo, pues las primeras teorías legitimadoras de las guerras nacen en la Edad Media²⁸ con el objetivo de guiar a los creyentes a la hora de decidir cuándo el recurso a la guerra era justo, moral y acorde a la ley divina²⁹. Dichos postulados constituyen el germen de la larga y famosa tradición³⁰ de la “guerra justa”, un conjunto de teorías justificadoras³¹ de la guerra que se caracterizan por

²⁸ A pesar de que las primeras reflexiones sobre la justicia de la guerra se atribuyen a Marco Tulio Cicerón (106 a.C. – 43 d.C.), fue en la Edad Media cuando se dio cuerpo doctrinal a este conjunto de teorías. Como señala J.T. Johnson: “while the deepest roots of this tradition are to be found in the hebraic and greco-roman antecedents to western culture and in early christian thought, we know it today substantially in the conceptual form that was given just war doctrine in the late middle ages and the early modern period”. J.T Johnson, “Recent strategic developments: a critical overview from a just war perspective”, en *Analyse & Kritik*, Vol. 9, No. 1-2, 1987, pp. 120–141, p. 121.

²⁹ La confusión reinante en la Edad Media –y parte de la Edad Moderna- a la hora de discernir entre Derecho y Moral, explica en gran medida la combinación de argumentos de carácter teológico, filosófico y pseudojurídico.

³⁰ A menudo se emplean indistintamente las expresiones teoría-tradición-doctrina de la guerra justa. En la medida en que no estamos frente a una teoría unitaria sino más bien ante un conjunto de teorías que comparten una serie de características comunes, lo más preciso sería emplear únicamente los términos tradición o doctrina. Lo explica Rodin: “it is more accurate to talk about the “just war tradition” rather than the “just war theory”, for it includes a large number of diverse yet related positions”. D. Rodin, *War and self-defense*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp.103-105.

³¹ Efectivamente, más que para limitar el recurso a la guerra, estamos ante teorías elaboradas para justificarla. L. Baccelli, “De Salamanca a Oslo. Metamorfosis de la guerra justa”, en R. Campione, y F. Ruschi (coords.), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp.137-169, p.138. Respecto al modo en que la guerra ha sido justificada, Bobbio distingue tres grupos de teoría: 1) las que tienden a justificar todas las guerras (belicistas); 2) las que tienden a no justificar ninguna (pacifismo activo); 3) las intermedias, que aprueban unas y condenan otras. A este último grupo corresponde la doctrina de la guerra justa. N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa, Barcelona, 1982, p.51.

tratar la cuestión del recurso a la guerra haciendo hincapié en el problema de la legitimidad de la causa³². A pesar de su antigüedad, estas teorías no sólo suponen una parte sustancial de la reflexión histórica sobre la justificación de la guerra sino que, como se irá viendo a lo largo de este trabajo, aún hoy desempeñan un papel relevante en la legitimación de las guerras contemporáneas, por lo que conviene dedicarles cierta atención.

Durante el gobierno del Emperador Constantino I, en el siglo IV, comienza la expansión de la Iglesia: el emperador se inmiscuye en cuestiones de la Iglesia al tiempo que la Iglesia actúa como valedora del Emperador. En este contexto, los teólogos ya no pueden seguir defendiendo el irenismo de los primeros siglos, y deberán esmerarse para ofrecer una serie de pautas que, conforme a la ética cristiana, permitan justificar determinadas guerras y empresas imperiales³³. Es entonces, en los albores de la Edad Media, cuando San Agustín, en un intento por conciliar la ética cristiana con la defensa del Imperio, escribe “La Ciudad de Dios”, donde revela que, si bien es cierto que los hombres debían desear la paz y odiar la guerra, el uso de la fuerza estaba justificado en aquellos casos en los que existía la necesidad de reparar un perjuicio³⁴. No obstante, la formulación

³² Según Elías Díaz, se trataría de una legitimidad crítica o legitimidad racional-filosófica. E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1984, pp. 385-390. A pesar del debate en torno a la naturaleza de la Tradición de la Guerra Justa como un discurso moral o jurídico -y sin pretender negar que a lo largo de sus distintas fases históricas dicha doctrina va asimilando distintas perspectivas, desde el derecho natural hasta el realismo político-, estamos, en términos globales, ante una doctrina eminentemente moral que forma parte del ámbito de la legitimidad.

³³ L. Bacceli, *Op. cit.*, p. 137. Un rastreo mucho más detallado de los orígenes de la doctrina de la guerra justa y de su convivencia y conexión con el cristianismo puede verse en R. Campione, *El nomos de la guerra. Genealogía de la guerra justa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

³⁴ Aunque a menudo se apunta al perjuicio precisamente como “justa causa”, conviene matizar que la ética de la guerra justa de San Agustín se

clásica de la doctrina de la guerra justa se considera obra de Santo Tomás (s. XIII), que definió en unos términos mucho más precisos que San Agustín cuándo una guerra podía ser considerada justa:

“Tres cosas se requieren para que sea justa una guerra. Primera, la *autoridad del príncipe*, por cuyo mandato se ha de hacer la guerra. No incumbe a la persona particular declarar la guerra, porque puede hacer valer su derecho ante tribunal superior. Además, la persona privada tampoco tiene competencia para convocar a la colectividad, cosa necesaria para hacer la guerra. Ahora bien, dado que el cuidado de la república ha sido encomendado a los príncipes, a ellos compete defender el interés público de la ciudad, del reino o de la provincia sometidos a su autoridad. [...] Se requiere en segundo lugar *justa causa*, a saber, que quienes son atacados merezcan por alguna culpa esa impugnación. [...] Finalmente, se requiere que sea *recta*

enfoca más desde la perspectiva de las intenciones o las finalidades de la Guerra –corregir una injusticia o restaurar la paz– que desde la perspectiva de la causa. Así lo considera A. Bellamy, *Guerras Justas. De Cicero a Iraq*, Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 55-60. O, como dice Encarnación Fernández, más desde la perspectiva de la causa final (la paz justa) que desde el punto de vista de la causa eficiente (la injuria). E. Fernández, *De Vitoria a Libia: reflexiones en torno a la responsabilidad de proteger*, Granada, Comares, 2013, p. 39. La Guerra justa es según San Agustín aquella que persigue o intenta alcanzar la paz justa. Escribe en *La ciudad de Dios* que “la Paz es, pues, también el fin perseguido por quienes se afanan en poner a prueba su valor guerrero presentando la Guerra para imperar y luchar. De donde se sigue que el verdadero fin de la Guerra es la paz. El hombre, con la guerra, busca la paz”. “La ciudad de diosL XIX, 12, 1 en *Obras de San Agustín*, Edición bilingüe, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, Vol XVI/XVII, 1958, pp. 1393-4.

la intención de los contendientes: una intención encaminada a promover el bien o evitar el mal³⁵”.

A finales del siglo XV, el descubrimiento del continente americano centró las preocupaciones en la legitimidad de la conquista. Francisco de Vitoria, en su empeño por dar con una serie de pautas aplicables a esta nueva y compleja realidad, elaboró una teoría de la guerra justa que giraba en torno a cuatro requisitos fundamentales: i) la autoridad del príncipe, ii) la causa justa, iii) la recta intención y, como novedad, iv) la manera de hacer la guerra³⁶.

Pero, a pesar del protagonismo que ganó gracias a los grandes teólogos de la Edad Media, la doctrina de la guerra justa no tardó en entrar en crisis. Los baremos de la ética cristiana en los que se fundamentaba esta tradición empezaron a dejar de reflejar una unidad inquebrantable³⁷, y las deficiencias de la

³⁵ T. de Aquino, *Suma Teológica III, Parte II-II (a)*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, p. 337 y ss.

³⁶ Aunque a menudo se rechaza la “modernidad” de Vitoria, precisamente por la presencia de contenidos teológicos, Schmitt puso de manifiesto la relevancia de este autor al manifestar que “planteó la cuestión del derecho a la conquista con una objetividad y neutralidad completamente apolítica, al menos a primera vista”. C. Schmitt, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius publicum europaeum*, Granada, Comares, 2002, p. 86. Baccelli también reivindica la magnitud de la novedad teórica de Vitoria: Vitoria se distancia de Tomás de Aquino al utilizar el término *ius* también en sentido subjetivo. La guerra, para Vitoria, es justa cuando se lleva a cabo para reaccionar ante la violación de derechos naturales y universales. En L. Baccelli, *Op. cit.*, p. 141. Para Encaración Fernández, Vitoria representa ni más ni menos que el precedente de la legitimación de las intervenciones humanitarias. E. Fernández, *Op. cit.*, p. 61 y 62. Para Arbeláez Herrera, Vitoria es uno de los autores que más aporta a la tradición de la guerra justa y, además, resulta innovador al tratar cuestiones como la justa condena a los culpables o la reconstrucción de la nación vencida. En A. Herrera, “La noción de guerra justa. Algunos planteamientos actuales”, en *Analecta Polit.*, Vol. 1, No. 2, enero-junio 2012, pp. 273-290, p. 279.

³⁷ R. Campione, “El trilema de *Polemos*: derecho, guerra y relaciones internacionales”, en R. Campione, R. y F. Ruschi (coords.), *Guerra*,

doctrina se hacían cada vez más evidentes: no ofrecía herramientas o criterios universalmente válidos para resolver aquellas situaciones en las que ambos bandos reclamasen estar en posesión de causa justa, pues era el interesado, y no un tercero neutral, quien apreciaba y valoraba si tal justicia existía. Hugo Grocio, en lo que podría ser uno de los primeros indicios de secularización de la doctrina, tomó la noción de guerra justa de los teólogos medievales y abordó el problema de la legitimidad de la guerra haciendo referencia no a la ley divina sino a la ley natural³⁸. Alberico Gentili sería el primero en reivindicar que las cuestiones relativas a la guerra se reservasen exclusivamente a los juristas³⁹. Así, el paradigma medieval de la guerra justa se fue debilitando y, poco a poco, la idea de que los juicios morales, religiosos o filosóficos sobre las causas de las guerras debían quedar fuera del debate se fue abriendo paso⁴⁰.

La superación de las teorías de la guerra justa y, por ende, la “transmigración del debate del reino de la moral a los territorios del derecho”⁴¹, se consolida con la llegada del orden westfaliano y el desarrollo del *Ius Publicum Europaeum*. La Paz de Westfalia de 1648 consagró el principio de soberanía de los Estados e instauró un nuevo orden internacional en el que Europa quedaba organizada como un sistema de Estados-Nación que se convertirían en los actores centrales del panorama

Seguridad y Derecho en las Relaciones Internacionales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 187-211, p. 190.

³⁸ H. Grocio, *Del derecho de la guerra y la paz*, Vol. I, Madrid, Editorial Reus, 1925.

³⁹ A. Gentili, *De iure belli*, Libri tres, Oxford, Clarendon, 1877, p. 55.

⁴⁰ Un estudio más profundo de la crisis de la doctrina medieval de la guerra justa puede verse en R. Campione, *El nomos de la guerra...*, *cit.*

⁴¹ R. Campione, “El trilema de *Polemos...*”, *cit.*, p. 191.

internacional⁴². Los Estados estaban dotados, en cuanto soberanos, de plenos poderes en sus respectivos territorios, y el derecho a emplear la guerra cuando creyesen conveniente era uno de los mayores atributos, si no el principal, de dicha soberanía. Simultáneamente al abandono de todo intento de justificar las guerras en atención a la justicia de sus causas, se fue consolidando el dogma según el cual los Estados tenían libertad absoluta para hacer la guerra, independientemente de los motivos y propósitos de la misma –siempre y cuando, eso sí, se atuviesen a determinadas exigencias formales-⁴³. Dicho de otro modo, los juicios sobre la guerra dejaron de ser juicios sobre su legitimidad en función de la causa material que las desencadenaba o del fin que persiguieran, y se convirtieron en juicios sobre su legalidad en función de la calidad institucional⁴⁴ de las entidades que las declaraban (los Estados) y del modo en que se conducían⁴⁵.

En este contexto se configura de manera progresiva un Derecho Internacional estrictamente positivo y eurocéntrico, exclusivamente dirigido a regular las relaciones entre los Estados-nación –sujetos únicos de Derecho Internacional- y que, en lo que respecta a la guerra, se desentenderá por completo de los problemas tratados por el *jus ad bellum* para centrarse en las

⁴² E. Fernández, *Op. cit.*, p. 67.

⁴³ “States could resort to war for a good reason, a bad reason or no reason at all”. *Vid.* H. W. Briggs, *The Law of Nations: Cases, Documents and Notes*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 976.

⁴⁴ De acuerdo con Schmitt: “la justicia de la guerra ya no reside en la concordancia con determinados contenidos de normas teológicas, morales o jurídicas, sino en la calidad institucional de las formaciones políticas que libran entre ellas la guerra sobre un mismo plano. (...)”. En C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, *cit.*, p. 128.

⁴⁵ Siguiendo con Schmitt: “un duelo no es justo porque siempre obtiene la victoria la causa justa, sino porque la observación de la forma incluye garantías”. *Ibid.* p. 129.

normas que regulan el modo de conducir las (*jus in bello*)⁴⁶. Con la sustitución del iusnaturalismo por el positivismo llegarían también, a mediados del siglo XVIII, los primeros intentos de elaboración teórica del principio de no intervención⁴⁷. Vattel, uno de los primeros, junto con Wolff, en desarrollar esta idea, defendía que, en aquellas cosas que no interesen más que a la Nación, ninguna potencia extranjera tenía derecho a inmiscuirse ni a intervenir, a menos que fuese requerida para ello o que se viese empujada a hacerlo por razones especiales⁴⁸. Prueba del carácter eurocéntrico del Derecho, conviene recordar que lo anterior se aplicaba exclusivamente a los Estados-nación europeos; fuera del “círculo” de potencias occidentales la guerra se admitía sin reparos⁴⁹.

Los primeros esfuerzos por volver a restringir la libertad para ir a la guerra y regular, ahora ya jurídicamente, las causas o supuestos para usar la fuerza armada no llegaron hasta principios del siglo XX, con las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y 1907. Más tarde, el Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919, aunque no prohibía la guerra, sí limitaba sus

⁴⁶ A ellas les dedicaré el capítulo III de este trabajo.

⁴⁷ No me refiero a la corriente positivista, que aún no había nacido, sino a ese desplazamiento, a esa transmigración de la reflexión teórica del ámbito del derecho natural al terreno de la ley. Sobre el principio de no intervención, véase E. Fernández, *Op. cit.*, p. 67.

⁴⁸ *Ibid.* p. 68. Citando a Vattel, E., *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Carnegie Institution, Washington, 1916, Libro I, Cap. III, sección 37: “n’est en droit de s’en mêler, ni ne doit e intervenir”. Y citando también a Wolff, C. *Jus Gentium methodo scientifica pertractatum*, Oxford, Clarendon Press, 1934, secciones 636 y 637.

⁴⁹ Un círculo inicialmente formado por los países europeos al que más tarde se incorporarían EEUU y algunos países latinoamericanos. Recordemos que Schmitt explicó el fracaso de esta época precisamente por el hecho de que el reparto de tierras, la reordenación del mundo, el nuevo *nomos* de la tierra, no vino acompañado por la consiguiente reordenación o reconfiguración del Derecho. C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, *cit.*, pp. 233-243.

condiciones de ejercicio⁵⁰ y, con el propósito de desarrollar un método que permitiese resolver las disputas pacíficamente, se redactó el “Protocolo de Ginebra para la Solución Pacífica de Controversias” de 1924, aunque nunca llegó a entrar en vigor. Hubo que esperar hasta la firma del Pacto General de Renuncia a la Guerra de 1929 (también conocido como el pacto Briand Kellogg) para la positivización, por primera vez en el Derecho Internacional, del principio general de solución pacífica de controversias⁵¹ y, lo que es más importante, para una condena y renuncia expresa de la guerra como modo de solución de controversias internacionales⁵². Aunque la prohibición no se aplicaba a toda la comunidad internacional ni afectaba a otros usos menores de la fuerza, lo cierto es que este pacto se considera el germen de la actual regulación del *jus ad bellum* consagrada en la Carta de Naciones Unidas, que pasamos a examinar a continuación.

⁵⁰ Artículo 10 Pacto de la Sociedad de Naciones: “los miembros de la sociedad se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la sociedad. En caso de agresión, de amenaza o de peligro de agresión, el consejo emitirá opinión sobre los medios de asegurar la ejecución de esta obligación”.

⁵¹ Artículo 2 Pacto Briand-Kellogg 1928: Las Altas Partes Contratantes reconocen que el arreglo o la solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera que sea su naturaleza u origen, que pudieran surgir entre ellos, no deberá jamás buscarse sino por medios pacíficos.

⁵² Artículo 1 Pacto Briand-Kellogg 1928: Las Altas Partes Contratantes, en nombre de sus pueblos respectivos, declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas.

1.3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CARTA DE NACIONES UNIDAS

Mientras que en el orden westfaliano la libertad de los Estados para ir a la Guerra se consideraba la mayor expresión de su soberanía, en el orden instaurado por la Carta de Naciones Unidas, el reconocimiento de la soberanía de los Estados⁵³ se hará en sintonía con la no-intervención⁵⁴. Apunta Ferrajoli, como hemos señalado al introducir este trabajo, que el actual sistema de Naciones Unidas supuso la auténtica refundación del Derecho Internacional por cuanto que, hasta entonces, al no haberse preocupado el Derecho por regular las razones jurídicas de los Estados para emplear la fuerza, estos se hallaban sumidos en un estado de ausencia de Derecho propio del estado de naturaleza descrito por Hobbes⁵⁵.

El principio de no intervención, nuevo corolario del principio de respeto a la soberanía e integridad territorial de los Estados –en claro contraste con el orden instaurado por Westfalia-, se consagra en la Carta de Naciones Unidas con la clara intención de frenar la vieja tendencia intervencionista de

⁵³ Artículo 2.1 Carta de Naciones Unidas: La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

⁵⁴ Artículo 2.7 Carta Naciones Unidas: Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.

⁵⁵ L. Ferrajoli, “Guerra, ética e diritto”, en *Ragion Pratica* 7, 1999, 13, pp. 117-128: “Esso (la prohibición de la guerra) e per così dire la norma costitutiva di ogni ordine giuridico, sia interno sia internazionale, che rifiuta la guerra e con essa l’illimitata sovranità degli Stati che nel diritto di guerra, equivalente internazionale della libertà selvaggia propria dello stato di natura, aveva il suo principale attributo. Per questo l’idea della guerra giusta e ancor più della guerra ética, estromessa dal nuovo diritto internazionale nato con la carta dell’ ONU, può essere oggi riesumata solo a prezzo di una regressione alle forme pregiudicizie delle vecchie relazioni tra stati”.

las grandes potencias en los países ahora ya independizados⁵⁶. El otro gran pilar en el que se cimienta el Sistema de Naciones Unidas y que constituye la base del *jus ad bellum* actual es, en efecto, el principio de prohibición de la fuerza, apuntalado en el artículo 2.4 de la Carta en los siguientes términos:

“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 la ONU”.

Conviene precisar algunas observaciones que nos serán de gran utilidad para más adelante poder valorar y discutir el fondo de las cuestiones que se plantearán:

- El precepto no emplea el término “guerra” sino la noción, mucho más amplia, de “uso de la fuerza” que, a su vez, no viene acompañado del adjetivo “armada”. “Uso de la fuerza” es una categoría más amplia que “guerra”, pues la fuerza puede ejercerse de muy diversas formas, siendo la guerra sólo unas de sus muchas expresiones. La omisión del calificativo “armada” ha suscitado numerosos debates sobre el ámbito preciso al que se refiere la fórmula escogida; sin embargo, baste aquí con señalar que, aunque el artículo 2.4 sólo utiliza el término “fuerza”, la doctrina mayoritaria interpreta que, atendiendo tanto a los

⁵⁶ M. Kaldor, “Una década de intervención humanitaria (1991-2000)”, en M. Kaldor, *El poder y la fuerza. La seguridad de la población civil en un mundo global*, Barcelona, Tusquets, 2010, p.63.

trabajos preparatorios de la Conferencia de San Francisco como al Preámbulo de la Carta (en los cuales se habla de fuerza armada), la prohibición se refiere únicamente a la fuerza “armada” y no a otros tipos de ejercicio de fuerza como pueden ser las presiones políticas o económicas⁵⁷. La relevancia de la cuestión radica en las distintas consecuencias jurídicas que tiene calificar un determinado supuesto en unos términos o en otros. La responsabilidad internacional de un Estado por incumplimiento de una obligación internacional se derivará en todos aquellos casos en los que haya usado o haya amenazado con usar la fuerza contra otro Estado⁵⁸, mientras que el derecho a la legítima defensa únicamente se activa en aquellos supuestos en los que se haya producido un uso de la fuerza cualificado: un ataque armado⁵⁹.

- No sólo se prohíbe usar la fuerza sino también la acción de amenazar con usarla, de manera que la amenaza misma constituiría una violación del Derecho

⁵⁷ Y. Dinstein, *War, aggression and self-defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p.86. R. Regueiro Dubra, *La legítima defensa en derecho internacional*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2012, pp. 73-79. Una vez convenido que el precepto se refiere a usos de la fuerza armada, surge inmediatamente el debate en torno a si debe exigirse cierta intensidad. La Resolución 2625 aporta cierta claridad dando una lista de ejemplos de uso de la fuerza que también estarían prohibidos (la propaganda de guerras, las represalias armadas, el hecho de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o bandas armadas para hacer incursiones en otro Estado, etc). Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas.

⁵⁸ Artículos 1 y 2 “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Doc. AG/56/83.

⁵⁹ Artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. Se tratará en el epígrafe 1.5.1.1.

Internacional que daría pie a los mecanismos de responsabilidad internacional de los Estados, pero no al derecho de legítima defensa.

- Aunque el precepto menciona expresamente dos objetivos contra los que está prohibido emplear la fuerza, no se trata de una lista exhaustiva ni se agota en ellos el abanico de supuestos en los que opera la prohibición. La fórmula residual “en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de naciones unidas” parece indicar que la intención de los redactores no era limitar el ámbito de aplicación de la prohibición sino ampliarlo⁶⁰.

- En sus trabajos de codificación del Derecho de los Tratados, la Comisión de Derecho Internacional señaló que la prohibición del uso de la fuerza entre Estados recogida en el artículo 2.4 constituye un “ejemplo conspicuo de *ius cogens*”, lo que en teoría implica que estaríamos ante un principio que no puede ser derogado bajo ninguna circunstancia y cuya única posibilidad de modificación requeriría reformar la Carta de Naciones Unidas⁶¹.

⁶⁰ Vid. Y. Dinstein, *War, aggression and self-defense...*, cit., p. 87; A. Randelzhofer, “Article 2.4”, en B. Simma, *The Charter of the United Nations: a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 112-136, p. 123

⁶¹ Así lo reflejaba la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso relativo a las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua 1986: *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, párrafo. 190. En adelante, *Caso Nicaragua*. No obstante, algunos expertos, como D’Aspremont advierten de que ni siquiera en este punto hay consenso: “(There is) no scholarly consensus on whether the prohibition constitutes a peremptory norm of international law. (...) Even if the prohibition on the use of force were to be a norm of *ius cogens*, it would not shield against the perils brought about by attempts to enlarge its

- La prohibición del uso de la fuerza tiene, además, naturaleza de norma consuetudinaria, como así fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el Caso Nicaragua⁶², de modo que también los Estados que no hubiesen ratificado el tratado quedan ahora vinculados por ella⁶³.

La consagración de la prohibición del uso de la fuerza y del principio de no intervención como principios rectores del ordenamiento jurídico internacional trajo consigo, como sucede con todos los preceptos prohibitivos, la necesidad de justificar cualquier desviación por parte de los Estados respecto de dichos preceptos. La época de libertad absoluta en el recurso a la fuerza en las relaciones internacionales había llegado a su fin y, a partir de ahora, habría que afanarse en probar la legalidad de cualquier conducta sospechosa de vulnerar la recién implantada prohibición.

La propia Carta de Naciones Unidas completaría la regulación relativa al *jus ad bellum* incorporando dos supuestos en los que, excepcionalmente, era admisible emplear la fuerza⁶⁴:

limitations. (...) It is fundamental to gauge the extent to which states have resorted to abusive understanding of these limitations. En J. D'Aspremont, "Mapping the concepts behind the contemporary liberalization of the use of force in international law", en *Journal of International Law*, Vol. 31, No. 4, 2014, pp.1089-1149, pp. 1105 y 1106.

⁶² *Caso Nicaragua*, párrafo.195

⁶³ Artículo 38 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. UN Doc A/CONF.39/27 (1969).

⁶⁴ ¿Debemos hablar de limitación o de excepción? Aunque el término más frecuente empleado es el de "excepción", D'Aspremont opina que lo más correcto sería hablar de limitaciones y no de excepciones: "the situations where force can legally be used under current international law should be read as "limitations". The term "limitation" seems better suited than the term "exception" or "qualification" in the sense that the situations where the use of force is allowed do not derogate from the prohibition strictly speaking. They simply limit its ambit. Véase J. D' Aspremont, "Mapping

que exista legítima defensa o que exista autorización del Consejo de Seguridad. El artículo 51 permite recurrir unilateralmente a la fuerza a aquellos Estados miembros que hayan sido víctimas de un ataque armado⁶⁵. Fuera de este supuesto, el recurso unilateral a la fuerza no está permitido, pero en el capítulo VII de la Carta se contempla la posibilidad de recurrir a la fuerza, de manera colectiva, cuando el Consejo de Seguridad así lo autorice tras haber determinado la existencia de una brecha o amenaza para la paz y seguridad internacionales. En definitiva, el hasta entonces ilimitado derecho a hacer la guerra se vuelve ahora en su contrario: la prohibición del uso arbitrario de la guerra⁶⁶. Y

the concepts...”, *cit.*, p. 1106. Señala Regueiro que, en el Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito de la Comisión de Derecho Internacional, la legítima defensa se concibe no como excepción al artículo. 2.4. sino como circunstancia excluyente de la ilicitud de un hecho ilícito internacional y, por tanto, de responsabilidad internacional del Estado. R. Regueiro, *op.cit.*, p. 111. Sin embargo, continúa, la legítima defensa del art. 51 forma parte de la norma primaria misma que regula el ejercicio de la fuerza entre Estados, por lo que, técnicamente, el Estado que actúa en legítima defensa no actúa en contra de la Carta, de modo que la legítima defensa es una circunstancia de exclusión de la ilicitud del hecho porque el Estado no llega a cometer un ilícito. *Ibid*, p.123.

⁶⁵ “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”. Cursiva mía para adelantar la importancia que, como veremos enseguida, cobra ese adjetivo. Nótese que se trata del reconocimiento de una facultad o potestad, de manera que el Estado víctima de un ataque armado esta jurídicamente facultado a recurrir a la fuerza, pero no obligado. Desde Vattel hasta Walzer, muchos son los que alegan que defenderse en este supuesto es una obligación moral, no sólo un derecho. Walzer, por ejemplo, habla de que el ataque armado es coercitivo en la medida en que activa en la víctima el deber moral de responder, de modo que no hacerlo sería una conducta inmoral. El ataque armado interpela moralmente a quien lo ha sufrido. M. Walzer, *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Paidós, Barcelona, 2001.

⁶⁶ S. Pietropaoli, “*Jus contra bellum?* Consideraciones sobre legítima defensa y uso de la fuerza en la época de la guerra global”, en R. Campione y F. Ruschi. (coords), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 169-186, p. 170.

sobre la base de las dos mencionadas excepciones se construye el nuevo *jus ad bellum*⁶⁷.

Sin embargo, la necesidad de los Estados, en el nuevo orden jurídico, de justificar cualquier uso de la fuerza en los términos que plantean estas dos excepciones y no en otros les ha llevado muchas veces a echar mano de discursos que ‘estiran’ la norma hasta límites cuando menos discutibles con tal de defender la cobertura legal de sus conductas. Dicho de otro modo, los discursos desplegados para justificar el recurso a la guerra se han convertido en una combinación de expresiones y eufemismos que buscan rehuir el régimen vigente y, al mismo tiempo, aparentar que se respeta. Siendo esto extensible a prácticamente la totalidad de Estados que han recurrido a la fuerza a lo largo del siglo XX, existe la impresión generalizada de que los intentos por flexibilizar estos supuestos se han vuelto más frecuentes y, sobre todo, más controvertidos -al tiempo que populares-, a raíz del 11-S y sus posteriores intervenciones militares.

1.4. LAS DOCTRINAS BUSH Y OBAMA

Inmediatamente después de los devastadores ataques del 11 de septiembre de 2001, el Presidente G.W. Bush declaraba

⁶⁷ Un *jus ad bellum* que, precisamente por estar fundado en la idea de que es necesario “quitar” a los Estados la libertad para decidir unilateralmente sobre la guerra –es decir, el derecho soberano *ad bellum*–, se habría convertido más bien en “*jus contra bellum*”. Esta expresión, con la que se pretende hacer hincapié en el hecho de que la nueva ordenación jurídica prohíbe y criminaliza la guerra, nos remite directamente a los problemas que plantea la criminalización de la guerra para la independencia del *jus in bello*, es decir, las relaciones entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*, que analizaremos en el capítulo III.

públicamente una guerra contra el terrorismo que le llevaría, primero, a lanzar una intervención militar en Afganistán y, más tarde, otra en Irak. El primer uso de la fuerza tras el 11-S se manifestó en la intervención militar “Operación Libertad Duradera”, desplegada por EEUU en Afganistán en octubre de 2001, y se presentó como un acto de legítima defensa en respuesta a los atentados terroristas del 11-S.

Bajo el nombre “Operación Libertad Iraquí” se puso en marcha la intervención estadounidense en Iraq en marzo de 2003, siguiendo una construcción argumental algo distinta y llamativamente cambiante. Durante un corto espacio de tiempo, se intentó buscar el apoyo de la comunidad internacional invocando una supuesta autorización del Consejo de Seguridad para intervenir⁶⁸. El fracaso de este intento de justificación no desanimó a la Administración Bush, que decidió, unilateralmente, emprender la fuerza armada contra Iraq de todos modos recurriendo esta vez, de cara a la galería, a dos argumentos que se alternaron e intercambiaron indistintamente: por un lado, el argumento de la legítima defensa preventiva y, por otro, el argumento de la intervención en defensa de los derechos humanos y de la democracia.

Esta controvertido punto de vista respecto al derecho de EEUU a usar la fuerza armada preventiva y unilateralmente ya había encontrado su plasmación oficial en el documento de 2002 que contenía la nueva Estrategia de Seguridad Nacional para luchar contra el terrorismo y en el que se declaraba que EEUU actuaría contra las amenazas “en surgimiento”, “antes de que

⁶⁸ Se alegaba que la Resolución 1441 del CS autorizaba a EEUU a emprender dicha Guerra porque Iraq representaba una amenaza grave para la paz y seguridad internacionales por su potencial para emplear armas de destrucción masiva y por su connivencia con el terrorismo.

estas terminen de formarse”, porque –continuaba- EEUU ya no podía “seguir dependiendo exclusivamente de la lógica de la reacción” ni “dejar que sus enemigos diesen el primer golpe”⁶⁹. Este documento aclaraba, además, que estas acciones preventivas alcanzarían no sólo a los terroristas sino también a los Estados que los apoyaran, a Estados que estuvieran al margen de la ley. Por si quedaba alguna duda, recalca que “EEUU no dudaría en actuar solo si fuese necesario”⁷⁰.

El presidente Bush ya había comenzado a sentar las bases de lo que sería el discurso legitimador mediático de la intervención militar en Irak durante su discurso a la nación el 8 de octubre de 2002, reclamando que, a la luz de los devastadores del 11-S, y ante las claras evidencias de peligro, América no estaba dispuesta a “esperar a la prueba final, el arma humeante, que pueda venir en forma de hongo atómico”⁷¹. A principios de marzo de 2003, Bush advertía de que: “when it comes to our security, if we need to act, we will act, and we really don’t need the United Nations approval to do so. (...) When it comes to our security, we really don’t need anybody’s permission”⁷². Pocos días después, el 17 de marzo de 2003, al anunciar la inminente invasión de Irak -a pesar de la ausencia de apoyo de la ONU-, el presidente Bush se justificó diciendo que aguardar un momento más sería un acto suicida, pues “la

⁶⁹ NSS, p. 15.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁷¹ Presidente G.W. Bush, *Remarks by the president on Irak at the Cincinnati Museum Center*, 8 octubre 2002, citado en New York Times el 9 octubre de 2002.

⁷² Press Release, The White House, *President George Bush discusses Iraq in national Press conference*, Marzo 6, 2003. Disponible en <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030306-8.html>. (Última consulta marzo 2017).

seguridad del mundo” requería el desarme de Sadam Husein “ahora”⁷³.

La Administración Obama, por su parte, a pesar de que puso cierto empeño en desmarcarse del discurso de su predecesor, en los meses de agosto y septiembre de 2014 tomó la decisión de intervenir militarmente en Iraq y Siria, respectivamente, para luchar contra la amenaza terrorista - ahora representada fundamentalmente en el grupo terrorista Estado Islámico-. Resulta interesante, y especialmente revelador, recordar las palabras que el Presidente Obama escogió pronunciar en la Academia Militar de West Point en mayo de 2014⁷⁴ -unos meses antes de tomar la decisión de intervenir- para explicar a los jóvenes recién graduados la estrategia de su administración respecto al uso de la fuerza. Aquel día, Obama recordaba a los futuros soldados del ejército americano que la mayor amenaza para los EEUU no provenía de otros Estados sino de grupos terroristas no estatales, y explicaba a su atento auditorio que su administración “sólo” contemplaba intervenir (mediante la fuerza armada) en casos de “amenazas directas” a los intereses y seguridad Americanos, siendo el “umbral” para intervenir más exigente en caso de que la amenaza no fuese directa. Obama anunció su intervención militar contra Siria en la víspera del decimotercer aniversario de los atentados del 11-S. En la carta aportada al Secretario General de Naciones Unidas⁷⁵,

⁷³ B. Barber, *El imperio del miedo. Guerra, terrorismo y democracia*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 101.

⁷⁴ Presidente B. Obama, *Discurso en West Point*, mayo 2014. Discurso íntegro disponible en <http://www.voltairenet.org/article184032.html> (Última consulta en marzo de 2017).

⁷⁵ Carta del Representante Permanente de EEUU ante la ONU al Secretario General de Naciones Unidas, concerniente a la justificación jurídica de la intervención en Siria, de 23 de septiembre de 2014. Disponible en

Ban Ki Moon, y al Consejo de Seguridad, EE.UU. explicaba que habían iniciado medidas militares en territorio sirio, necesarias y proporcionadas, para combatir la amenaza representada por los grupos terroristas ISIS y Khorasan (rama de Al Qaeda en Siria), y justificaban dicha decisión empleando dos argumentos:

- Para la intervención en Irak, se argumentó que, puesto que Irak había solicitado ayuda ante la ONU, se trataba de un supuesto de legítima defensa colectiva.

- Para el caso de Siria, sin embargo, se alegó que, ante las claras muestras de que el gobierno sirio ni podía ni iba a combatir al terrorismo, y teniendo en cuenta que éste representaba una amenaza directa tanto para EEUU como para sus aliados, EEUU debía intervenir también en legítima defensa⁷⁶.

1.5. EL CUESTIONAMIENTO DEL JUS AD BELLUM

El lenguaje empleado a la hora de comunicar y justificar las decisiones que han implicado usos de la fuerza armada después del 11-S expresa una manera de entender la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones que postula la necesidad de recurrir a interpretaciones más flexibles de las excepciones que ya existen o, directamente, a la incorporación de otras nuevas. Por lo tanto, aunque tales discursos comparten un mismo punto de partida –el cuestionamiento del *jus ad bellum*–, dicho cuestionamiento ha tomado forma en dos tipos de pretensiones diferentes: por un lado, la interpretación expansiva

<https://www.justsecurity.org/15436/war-powers-resolution-article-51-letters-force-syria-isis-khorasan-group/>. (Última consulta en abril 2017).

⁷⁶ *Ibid.*

de las limitaciones existentes, por otro, la inclusión de nuevos supuestos que permitan el recurso a la fuerza.

En vista de la perpetuación de estos enfoques respecto al uso de la fuerza más allá de la puntual administración Bush, y en vista de la acogida que han tenido en buena parte de la opinión pública y académica al albor de la guerra contra el terrorismo, conviene detenerse a examinar sus elementos más controvertidos.

1.5.1. LA INTERPRETACIÓN EXPANSIVA DE LAS LIMITACIONES EXISTENTES

1.5.1.1. Expansión de la legítima defensa

Después del 11-S ha ganado popularidad el discurso de que la Carta de Naciones Unidas debería ser interpretada no sólo en sintonía con el derecho consuetudinario preexistente sino, además, teniendo también en consideración las nuevas circunstancias que, lógicamente, no pudieron ser previstas en el momento de su redacción.

Conscientes de la necesidad de dar apariencia de legalidad a sus decisiones sobre el uso de la fuerza, las autoridades que defienden la “guerra contra el terrorismo” han invocado construcciones de la legítima defensa que se basan en interpretaciones cuando menos problemáticas de sus tres elementos fundamentales: la intensidad del ataque armado, la autoría del ataque armado (es decir, contra quién cabe dirigir la respuesta en legítima defensa), y el nexo temporal entre el ataque y la respuesta armada.

El debate en torno a la correcta interpretación del artículo 51 ha sido sobradamente tratado a lo largo del siglo XX. No es por tanto una discusión novedosa ni mucho menos

consecuencia específica de la denominada guerra contra el terrorismo, pero un análisis de los efectos de estos discursos en el *jus ad bellum* requiere inevitablemente someter a examen los argumentos con los que se han intentado fundamentar tales pretensiones.

1.4.1.1.1. *La intensidad del ataque armado.*

El ataque armado es la premisa fundamental que desencadena el derecho de legítima defensa y que, además, marca el inicio y el fin del ejercicio del derecho. Conviene dejar lo más meridianamente claro posible, sin embargo, que no cualquier uso de la fuerza ilegal, no cualquier vulneración del artículo 2.4 de la Carta, puede ser considerado como ataque armado desde el punto de vista del artículo 51 y, por tanto, justificar una respuesta en legítima defensa⁷⁷. Mientras que el artículo 2.4 prohíbe emplear la fuerza o amenazar con emplearla, el artículo 51 permite actuar en legítima defensa únicamente cuando se ha producido un ataque armado, un uso de la fuerza cualificado que se distingue de otros en virtud de su escala e intensidad.

Aunque recientemente ha ganado cierta popularidad la idea de que la existencia de un ataque armado ha dejado de ser *conditio sine qua non* para convertirse en una noción más amplia que equipara el ataque armado del artículo 51 a cualquier uso de la fuerza o amenaza del artículo 2.4, solapar ambos preceptos perdiendo de vista esta disquisición no tiene otro objetivo que el de admitir recurrir a la fuerza en casos en los que no se ha

⁷⁷ Me remito aquí a las aclaraciones preliminares relativas a la distinción fuerza – fuerza armada – guerra que hemos realizado en el punto 1.3 de este mismo capítulo.

llegado a producir un ataque armado pero sí algún otro uso de la fuerza menor o una mera amenaza⁷⁸.

La Corte Internacional de Justicia se ha afanado en articular esta crucial distinción entre violaciones del artículo 2.4. que sí son susceptibles de ser calificadas como ataque armado, por un lado, y violaciones del artículo 2.4 que los jueces han llamado “usos menores de la fuerza”, por otro, siendo la legítima defensa aplicable únicamente en el primer caso. En el caso Nicaragua, la Corte abordó el problema que se planteaba a la hora de calificar ataques que habían sido llevados a cabo no por Estados sino por grupos no estatales -tales como guerrillas, grupos insurgentes, terroristas, etc.- Aunque el problema de la autoría lo trataremos en el siguiente punto, lo que interesa señalar por ahora es que la Corte entendió que, siempre y cuando la gravedad de dicha acción sea tal que pueda equipararse a un ataque armado en el sentido del artículo 51, los actos llevados a cabo por grupos de particulares pueden activar el ejercicio de la legítima defensa si dichos ataques son atribuibles al Estado contra el que se dirigirá dicha respuesta. En un intento por clarificar aún más la cuestión, enumeró una serie de supuestos que no constituían usos de la fuerza calificables como ataque armado y, por tanto, no activaban la legítima defensa –como, por ejemplo, el apoyo a fuerzas rebeldes mediante el suministro de armas, el apoyo logístico, el lanzamiento de misiles contra buques mercantes, disparos repetidos contra un helicóptero militar desde una patrullera, el sembrado de una mina con la que se encuentra un navío de guerra o el entrenamiento de grupos armados⁷⁹. En cambio, sí

⁷⁸ Lo veremos más detenidamente al hablar del elemento temporal en el punto 4.1.1.3.

⁷⁹ *Caso Nicaragua*, párrafo 195.

constituían ataque armado los casos de “agresión indirecta”, un concepto regulado en la Definición de Agresión aneja a la resolución 3314 de la Asamblea General⁸⁰ y que hace referencia a aquellas “agresiones” que, siendo equiparables por su gravedad a los que se enumeran en las letras a-f de la definición de agresión del artículo 3, se consideran también ataques armados a pesar de haber sido cometidas indirectamente por Estados. Como vamos a ver a continuación, la CIJ parecía así abrir la puerta a reconocer como ataque armado cualquier agresión lo suficientemente grave, independientemente de la naturaleza del autor de la agresión –estatal o no estatal-. La identificación del autor –o mejor, la exigencia de que el ataque provenga de un Estado- sería, desde esta óptica, no un elemento necesario para determinar si existe o no ataque armado sino más bien para determinar, en un momento posterior, contra quién debe llevarse a cabo la legítima defensa.

1.4.1.1.2. *La atribución del ataque armado.*

Otra de las principales controversias planteadas por la guerra global contra el terror en el régimen jurídico de la legítima defensa tiene que ver con la posibilidad de una flexibilización o, incluso, una supresión, del requisito de la necesaria participación y responsabilidad estatal en el ataque armado que activa la legítima defensa. Parece que el 11-S ha marcado un cambio de tendencia en la actitud de los Estados, ahora más dispuestos a usar la fuerza contra Estados que, sin ser responsables de ningún ataque armado, son acusados de tener algún tipo de conexión indirecta o pasiva con los terroristas.

⁸⁰ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El caso paradigmático que apresuró este debate lo encontramos en la respuesta llevada a cabo contra Afganistán inmediatamente después de los atentados de AQ el 11-S. Los ataques del 11 de septiembre de 2001 fueron llevados a cabo por la organización terrorista Al Qaeda y planificados desde territorio afgano, un territorio que en aquel tiempo se encontraba bajo el gobierno talibán. El Presidente Bush dijo entonces que EE.UU. no haría ninguna distinción entre los terroristas que habían cometido los atentados y aquellos que les dieran cobijo⁸¹. Un mes más tarde, en la carta enviada a Naciones Unidas comunicando su intervención, señalaba que los ataques del 11-S representaban un ataque armado apoyado por el régimen talibán en Afganistán, por lo que EE.UU. iba a llevar a cabo operaciones militares contra los campos de entrenamiento de Al Qaeda y contra las instalaciones talibanes en Afganistán⁸². El hecho de que un gran número de Estados defendieran la legalidad de esta intervención en estos términos, sumado a las medidas legales adoptadas por organismos internacionales en respuesta a aquellos atentados⁸³ podría estar indicando que el criterio de

⁸¹ “The US would make no distinction between the terrorist who committed these acts and those who harbour them”, George W. Bush “Address to the Nation on the Terrorist Attacks”, *Weekly Compilation of Presidential Documents*, 14 Septiembre 2001.

⁸² UNSC *Letter from the Permanent Representative of the USA to the UN*, UN Doc S/2001/946, 7 Octubre 2001.

⁸³ El Consejo de Seguridad adoptó las resoluciones 1368 y 1373, que reconocían y reafirmaban el inherente derecho a la legítima defensa de acuerdo con La Carta” (UNSC Res. 1368, 12 Septiembre 2001, UN Doc. S/Res/1369; y UNSC Res. 1373, 28 Septiembre 2001, UN Doc. S/Res/1373). La OTAN invocó el artículo 5 del Tratado de Washington, declarando que el ataque contra los Estados Unidos era un ataque contra los miembros de la OTAN. (North Atlantic Treaty Organization (NATO), *Statement by the North Atlantic Council*, 12 Septiembre 2001) La Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó una resolución similar reconociendo el derecho de legítima defensa del artículo 51 y señalando además que: ‘those responsible for aiding, supporting, or harboring the perpetrators of [9/11] are equally complicit in these acts’. (Organization of America States (OAS),

atribución de responsabilidad estatal por el ataque inicial se habría visto (o, en cualquier caso, debería verse) o bien acomodado a las nuevas realidades o bien directamente eliminado.

Con anterioridad al 11-S y a la GGCT, se entendía mayoritariamente que la legítima defensa únicamente estaba justificada si el ataque armado había sido cometido por un Estado o, en su defecto, si el ataque armado era atribuible a un Estado. De hecho, los usos de la fuerza armada llevados a cabo contra grupos no estatales en la década de los 80 fueron sistemáticamente condenados por la comunidad internacional⁸⁴.

La Corte Internacional de Justicia estableció que, a la hora de determinar si un acto ejecutado por un grupo no estatal podía ser atribuido a un Estado, había que exigir un ‘control efectivo’⁸⁵ por parte de dicho Estado sobre las actividades del grupo en cuestión, un estándar que fue corroborado por la jurisprudencia vertida posteriormente⁸⁶ -incluso después del 11S-, y también por la Comisión de Derecho Internacional⁸⁷.

Strengthening Hemispheric Cooperation to Prevent, Combat, and Eliminate Terrorism, 21 Septiembre 2001, OAS Res. RC.23/RES.1/01, párrafo. 3). La Unión Europea manifestó “todo su apoyo” a la acción emprendida en legítima defensa “de conformidad con La Carta y con la Resolución del CS 1368”. Una relación detallada de la reacción de los Estados, puede verse S. Ratner, “*Jus ad bellum and jus in bello* after septiembre 11”, en *American Journal International Law*, Vol. 96, 2002, pp.905-921, p. 910.

⁸⁴ Véase, por ejemplo: SC Resolution 573 condemning the 85 raid by Israel on the PLO headquarters outside Tunis; GA Resolution 41/38 condemning the raid of the US against Libya.

⁸⁵ *Caso Nicaragua*, párrafo 195.

⁸⁶ *Legal Consequences of the construction of a Wall in the occupied palestinian territory*, Advisory opinion, 9 julio 2004, ICJ, párrafo 139; *Case concerning armed activities on the territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (merits) Judgment 19 December 2005, ICJ, Rep 116, párrafo 146.

⁸⁷ ICL, *Draft articles on the responsibility of states for internationally wrongful acts* (en adelante, ‘*ICL Draft articles on responsibility*’), Report of the ILC,

A pesar de que, desde el punto de vista empírico, ningún gobierno, ni siquiera el gobierno afgano de los talibanes, tenía entonces el control efectivo de las actividades que llevaron a al Qaeda a ejecutar los atentados del 11-S⁸⁸, la operación “Libertad Duradera” se desplegó en territorio afgano con un amplio apoyo de la comunidad internacional, lo cual impulsó un amplio debate sobre una posible extensión del régimen jurídico de la legítima defensa, ya fuese relajando el criterio de atribución de autoría o, directamente, eliminándolo.

Parte de la doctrina señala que la práctica reciente de los Estados, especialmente a la luz de la guerra contra el terrorismo, estaría revelando una tendencia a desentenderse cada vez más del análisis de la autoría, lo que habría derivado en un umbral de atribución de responsabilidad específico más flexible que el “control efectivo”⁸⁹.

53rd session 2001, supplement No. 10 A/56/10, Chapter.IV.E.1, artículo 8.

⁸⁸ Así lo manifiesta Heinze: “The degree to which the taliban exercised “effective control” over Osama Bin Laden and al Qaeda is an empirical question, yet reports suggest that al Qaeda was *not* under the control of the taliban government, therefore not satisfying the “effective control” test articulated by the ICJ in “Nicaragua”. En E. A. Heinze, “The evolution of International law in light of the ‘globl war on terror’”, en *Review of International Studies*, Vol. 37, 2011, pp. 1069-1094, p. 1079. Véase también C. Gutiérrez Espada, “Los conceptos de ‘guerra preventiva’ y de ‘legítima defensa preventiva’ a la luz de la jurisprudencia internacional contemporánea”, en J.M. Martínez de Pisón Cavero, (coord.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, p. 269 y 270. Dinstein matiza: “the original outrage of 9/11 could certainly not be imputed or attributed to Afganistan. However, even though the Taliban were not accomplices to the 9/11 events before or during the act, they became accomplices after the act (...) It is claimed that Afghanistan endorsed the armed attack after 9/11 and, therefore, from that moment on, the US could invoke the right of s/d against Afghanistan and take action against it”. Y. Dinstein, *War, aggression and self-defense...*, *cit.*, p. 236 y 237.

⁸⁹ Cassese afirma: “the events of 9/11 have dramatically altered this legal framework (...) Practically all states (...) have come to assimilate a terrorist attack by a terrorist organization to an armed aggression by a state”. En A. Cassese, “Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of

Dicha conclusión se obtiene en virtud de un razonamiento que se basa en las siguientes premisas: i) el artículo 51 requiere atribuir el ataque armado a un Estado, ii) bajo las normas de atribución vigentes los ataques no hubieran podido ser atribuidos a Afganistán y, sin embargo, iii) la invasión de EEUU a Afganistán en 2001 fue considerada como una invasión legal por la mayor parte de la comunidad internacional. De modo que una nueva regla de atribución debe haber emergido⁹⁰. Sin embargo, no solamente no hay acuerdo sobre cuál exactamente sería el nuevo umbral sino que, a día de hoy, ningún Estado ha alegado oficialmente ningún “nuevo” criterio, y tampoco la Corte Internacional de Justicia ha incorporado nuevos tests de atribución de responsabilidad.

international law”, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, p. 993-1001. Schachter opina que “when a government provides weapons, technical advice, transportation, aid and encouragement to terrorists it is not unreasonable to conclude that the armed attack is imputable to that government”. En O. Schachter “The lawful use of force by a state against terrorists in another country”, en Y. Dinstein y M. Tabory (eds.) *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 19, The Hague, Kluwer Law International, 1990, p.218. Véase también J. Griebel y M. Plücker, “New Developments regarding the rules of attribution? The International Court of Justice’s Decision in Bosnia v. Serbia”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, 2008, p. 601. Y la reacción a este artículo por parte de Milanovic en Milanovic “State responsibility for acts of nonstate actors: a comment on Griebel and Plücker”, en *Leiden Journal of International Law*. Vol. 22, 2009, pp. 307-324.

⁹⁰ Una nueva regla de atribución que podría ser desde la que sugiere la “Doctrina Bush” –“harbouring doctrine”- hasta el “substantial involvement” que indican Griebel y Plücker, por ejemplo. *Vid.*, J. Griebel y M. Plücker, *Op. cit.*, p. 601. Griebel y Plücker le reprochan a la Corte Internacional de Justicia no haber asimilado la evolución de las reglas de atribución a raíz del 11-S, y señalan un nuevo estándar, más laxo, que responsabilizará a los estados de cualquier acto en cuya preparación o ejecución se demuestre “substantial involvement”. Especifican, además, que tanto el estándar de “substantial involvement” como el “harbouring test” manifestado en la doctrina Bush funcionarían, en cualquier caso, como “lex specialis” –dentro de las reglas de atribución- únicamente en caso de terrorismo. *Ibid* pp. 619-620. También Cassese defiende un estándar más laxo en A. Cassese, “The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia”, in *European Journal of International Law*, Vol. 18, 2007, p. 649-668, en p. 657.

Pero, más que sobre cuestiones empíricas, la discordia se encasquilla en la primera de las premisas señaladas. Lo explica Milanovic:

“This nice syllogism is also unfortunately troubled by a potentially flawed premise, which is that article 51 of the Charter actually requires attribution of an armed attack to a state. The text simply does not do so –it speaks only of an armed attack, not of an armed attack by or attributable to a state. It could just as easily be read to allow action in self defence against a state which is either unwilling or unable to prevent armed attacks by nonstate actors”⁹¹.

Desde este punto de vista, lo que se cuestiona es si la norma primaria, el artículo 51, exige o no la autoría estatal –o la responsabilidad estatal- en caso de ataque armado o, en su caso, si debe seguir haciéndolo a la luz de las nuevas realidades; pero se sugiere, en todo caso, no alterar la norma secundaria de atribución de responsabilidad⁹².

⁹¹ Milanovic “State responsibility for acts of nonstate actors”..., op.cit. p. 320. Véase también S.D. Murphy, “Terrorism and the concept of “armed attack” in article 51 of the Charter”, en *Harvard International Law Journal* 41, Vol. 43, 2002, pp. 41-52.

⁹² Es lo que defiende, por ejemplo, Milanovic: “It is beyond question that the world faces serious challenges. These challenges, however, are better dealt with –both as a matter of law and as a matter of policy, by adapting the relevant primary rules. It is the *jus ad bellum* which should address the use of force by nonstate actors, not the law of state responsibility. Stretching the rules of attribution is a poor remedy”. En Milanovic, *Op.cit.*, p. 323. D’Aspremont se manifiesta en la misma línea: “there is a strong policy argument in favor of an amendment of rules pertaining to the use of force instead of the secondary rules of attribution. (...) Contemporary problems are better dealt with if primary rules are changed without

Otra alternativa sería, por tanto, prescindir completamente del requisito de la autoría de un Estado⁹³, admitiendo la legítima defensa en caso de ataques de grupos no estatales con total independencia del nexo que tengan con otros Estados⁹⁴. Si un grupo no estatal, declaran, es capaz de emplear la fuerza a escala internacional, y demuestra sobrada capacidad para llevar a cabo ataques a gran escala, estos factores de intensidad y gravedad pesan más que la naturaleza del actor que lo ejecuta⁹⁵.

Pero estirar la legítima defensa hasta el punto de permitir su activación contra cualquier grupo terrorista que haya lanzado un ataque, se encuentre donde se encuentre, supone simplificar en exceso una realidad que, sin embargo, se nos revela complejísima. Entre los Estados con elevada presencia de grupos terroristas podemos encontrar desde Estados estructuralmente muy débiles, incapaces de hacer frente a cualquier tipo de

affecting the general systemic rules”, en J. D’ Aspremont, “Mapping the concepts...”, *cit.*, p. 1126

⁹³ Vid. Y. Dinstein “The international legal response to terrorism”, en R. Ago (ed.), *International law at the time of its codifications: Essays in honour of Roberto Ago*, Vol. II, Milan; Giuffrè, 1987; Y. Dinstein, *War, aggression and self-defense...*, *cit.*, pp. 206-08; D. Murphy “Terrorism and the concept of ‘armed attack’ in article 51 of the UN Charter”, *cit.*; D. Janse, “International terrorism and self defense”, en *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 36, 2006, p.149, pp. 170-71.

⁹⁴ Las operaciones de EEUU contra al AQ en Yemen, Somalia, Pakistán, etc. sugieren que EEUU concibe la legítima defensa contra un grupo terrorista con independencia de su nexo con Afganistán o cualquier otro Estado. Cuando la OTAN determinó que los atentados del 11s constituían un ataque armado, en ningún momento mencionó si dichos ataques eran atribuibles a algún Estado, sino que se centró en la intensidad de los ataques y en su origen exterior.

⁹⁵ Vid. N. G. Printer Jr., ‘The Use of Force against Non-State Actors under International Law: An Analysis of the US Predator Strike in Yemen’, en *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 8, 2003, pp. 331-383, p. 334. E. Wilmshurst, “Principles on international law on the use of force by states in selfdefense”, Chatham House, Royal Institute of International Affairs, Octubre 2005, p. 11: “the source of the attack, whether a state or nonstate actor, is irrelevant to the existence of the right”.

desorden interno, hasta Estados que financian y promueven activamente las actividades de estos grupos, pasando por aquellos que pasivamente consienten o toleran dicha presencia. Pero el Derecho consiste en distinguir y precisar. El simple hecho de asistir o consentir operaciones de un grupo armado de terrorista constituye, efectivamente, un incumplimiento de una obligación de Derecho Internacional, pero en ningún caso puede equipararse a un uso de la fuerza, a una vulneración del artículo 2.4 y, mucho menos, a un ataque armado en los términos del artículo 51. Por otro lado, las consecuencias del ejercicio de la legítima defensa por parte de un Estado afectan directa e inevitablemente a la integridad territorial de otro Estado, de modo que, si se prescindiese de cualquier nexo se permitiría la erosión del principio de inviolabilidad de la integridad territorial, uno de los pilares del *jus ad bellum* del sistema de Naciones Unidas. Tampoco hay que ignorar que una eventual eliminación del nexo entre Estado-actor no estatal implicaría dar un paso más hacia el reconocimiento de personalidad jurídica de los grupos terroristas, una dirección en la que, aunque se han producido algunos avances⁹⁶, es totalmente inconsistente con la manifiesta intención de los Estados de negar cualquier tipo de estatus jurídico a los terroristas o grupos terroristas. La Carta se ocupa de la regulación del uso de la fuerza entre Estados, no entre ni contra grupos de individuos, de modo que, cuando los ataques armados sean llevados a cabo por particulares o grupos no estatales, es necesario probar la atribución de dichas acciones a un Estado para poder emplear la fuerza militar

⁹⁶ La Comisión de Derecho Internacional, por ejemplo, ha reconocido que “movimientos de insurrección” pueden ser responsables de violaciones del Derecho Internacional. ICL *Draft Articles*, artículo 10. No obstante, una amplia parte de la doctrina recela de los efectos que se derivarían de dicho reconocimiento de personalidad jurídica.

legítima y legalmente. Si la responsabilidad estatal no puede ser probada, el uso de la fuerza en legítima defensa, en definitiva, no debe tener cabida.

1.4.1.1.3. *El elemento temporal: Legítima defensa anticipada y preventiva*

Como ya hemos visto, la justificación oficial de Afganistán en 2001 -también Siria e Irak en 2014- se basó en la invocación del artículo 51 de la Carta, que contempla la posibilidad de usar la fuerza en legítima defensa en caso de ataque armado. También en el discurso mediático empleado para Irak en 2003 se echó mano -y con más ahínco aún si cabe que el visto en Afganistán- del argumento de la necesidad de prevenir futuros ataques, si bien no fue ésta la justificación avanzada ante Naciones Unidas.

En un primer intento justificador, los defensores de esta lectura “ampliada”⁹⁷ de la legítima defensa buscaron cobijo en la propia redacción del artículo 51, señalando que la formulación escogida hablaba de un “derecho inmanente” que, a su entender, remitía a un derecho consuetudinario anterior a la cristalización

⁹⁷ En las próximas páginas, veremos que, en el debate sobre dicha ampliación, a menudo se emplean indistintamente -y por tanto incorrectamente- las expresiones “legítima defensa preventiva” y “legítima defensa anticipada”. Aunque, estrictamente, la anticipación hace referencia a un ataque que es inminente -mientras que la prevención opera incluso en ausencia de inminencia de ataque-, a menudo se ha llamado legítima defensa anticipada a algo que en realidad era legítima defensa preventiva, lo cual no hace sino desgastar el significado de los conceptos y aumentar la confusión. En las páginas que siguen, he tratado de ser lo más precisa posible, distinguiendo entre anticipada (*preemptive*) y preventiva (*preventive*) cuando fuera posible, pero hablaré de legítima defensa ampliada o estirada allí donde el discurso, los argumentos, hayan sido empleados indistintamente.

de la Carta⁹⁸, un derecho que ya contemplaba la legítima defensa anticipada y cuyo contenido de ningún modo se habría visto limitado por su posterior formulación convencional⁹⁹. También alegaron que, si bien el artículo 51 menciona explícitamente la legítima defensa en caso de ataque armado, la ausencia de prohibición expresa de otras formas de uso de la fuerza en legítima defensa –sí permitidas, según ellos, por el derecho consuetudinario- obligaba a considerarlas igualmente válidas¹⁰⁰. Otro recurso habitual para justificar la legítima defensa ampliada consistió en apuntar a la práctica de los Estados a lo

⁹⁸ La doctrina que argumenta a favor de dicho derecho, anterior a la Carta, invoca el caso *Caroline*, de 1837, como precedente. En una carta de Daniel Webster, entonces Secretario de Estado de los EEUU al embajador británico en ese país, Henry S. Fox, de 24 de abril de 1841, el Secretario de Estado desarrolló la que sería conocida como “fórmula webster”, según la cual la legítima defensa únicamente era apropiada cuando la necesidad de recurrir a la fuerza fuese “instantánea, acuciante, que no deje posibilidad de lección de otros medios, ni tiempo para deliberar”. J. Basset Moore, “The destruction of the *Caroline*”, en *A Digest of International Law*, Vol. 1, Washington, Government Printing Office, 1906, pp 409-14. No obstante, en todo caso, la doctrina Carolina aceptaría la legítima anticipada, pero no la preventiva. Véase también D. Murphy, “The Doctrine of Preemptive Self-defence”, en *Villanova Law Review*, 50, 2005, p.704; y J. Record, “The Bush Doctrine and war with Iraq”, en *Parameters*, Vol. 33, 2003, pp. 7-9.

⁹⁹ Así lo defienden, entre otros: M.S. McDougal, “The Soviet-Cuban quarantine and self-defense”, en *American Journal of International Law*, Vol. 57, 1963, pp. 597-604, p. 597; D.W. Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, pp. 188-192, señalando que: “the article should safeguard the right of self-defence, not restrict it”. Travaglio observa: “the intention of the drafters of the UN Charter was to incorporate into article 51 all of the rights of self defence that existed in customary international law at the time of the Charter”, en G.M. Travaglio, “Terrorism, international Law and the use of military force”, en *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 18, 2000, p. 145. En la misma línea, véase N. J. Schrijver “Responding to international terrorism: moving the frontiers of international law for enduring freedom”, *Netherlands International law review* Vol. 48, No.3, 2001, pp. 271-291, p. 285.

¹⁰⁰ D. W. Bowett, *Op.cit.*, pp.187-192. M.S. McDougal, *Op.cit.*, p. 598, señalando que: “the conditions have never been restricted to ‘actual armed attack’”. Más adelante, denuncia la falacia en la que incurren quienes, para defender la visión restrictiva de la legítima defensa, sustituyen la expresión ‘if an armed attack occurs’ por “if and only if an armed attack occurs”. *Ibid.* p. 600.

largo del siglo XX como prueba de que estos ya habrían admitido de manera sistemática y consistente el uso de la fuerza frente a amenazas inminentes¹⁰¹.

Por seguir con su mismo orden en la réplica, comenzaremos señalando que ni siquiera hay consenso en torno a la existencia de ese apuntado derecho consuetudinario anterior al derecho consagrado en la Carta, bien porque los hechos del famoso incidente que en teoría dio origen a la norma consuetudinaria no pueden considerarse un precedente válido para supuestos de usos de la fuerza entre Estados¹⁰², bien porque en aquella época no existía ningún tipo de limitación ni estándar legal que rigiesen el uso de la fuerza. Jimenez de Archuaga, entre otros, advierte de que:

“El invocado derecho consuetudinario a una legítima defensa supuestamente pre-existente a la Carta, sencillamente, no podía existir. Antes de 1945 la legítima defensa no era un concepto legal, sino una mera excusa política. Para que existiese el derecho a la legítima

¹⁰¹ Para conocer cuál ha sido la práctica de los Estados, puede verse. I. Brownlie, *International Law and the use of force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963. En relación a los actores no estatales: J. Bethlehem, “Self defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors”, en *American Journal of International Law*, Vol. 106, No. 4, Octubre 2012, pp. 769-777, p. 770.

¹⁰² En aquel “incidente”, los ataques a los británicos por parte de los rebeldes llevaban tiempo en progreso. Ver A. Ghafur Hamid, “The legality of anticipatory self-defence in the 21st century world order: a re-appraisal”, en *Netherlands International Law Review*, No. 54, 2007, pp.441-490, p. 463. Ver también E.J. Pintore, “El caso Caroline, ¿un precedente de legítima defensa preventiva?”, en *Revista de la Facultad Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 2, No. 2, 2011, p.199.

defensa era necesario que existiese la correlativa noción de uso de la fuerza ilegal”¹⁰³.

Incluso aunque hubiese acuerdo en torno a la existencia de un derecho a la legítima defensa anticipada de carácter consuetudinario antes de la instauración de Naciones Unidas, lo que nos importa subrayar es que la Carta, además de cualificar el derecho inmanente a la legítima defensa con una serie de elementos y requisitos indispensables para su ejercicio, deja automáticamente sin efectos cualquier derecho preexistente que no sea compatible con la nueva formulación¹⁰⁴. Que el artículo 51 recoja el origen consuetudinario de un derecho no significa que no aporte o desarrolle nada más, los contornos y límites del derecho son los positivizados en el artículo 51 y, en este sentido, el precepto elabora un nuevo y más preciso derecho restringido a la circunstancia o elemento fundamental de que ocurra un ataque armado.

La cuestión principal ahora se convierte en decidir cuándo se ha producido un ataque armado. La literalidad de la expresión es bastante clara e inequívoca, la frase “en caso de

¹⁰³ E. Jimenez de Aréchaga, “International Law in the past third of a century - General Course in Public International Law”, en *Hague Recueil*, 159, 1978-1, p. 9, traducción mía. Según Brownlie, la práctica de los Estados entre 1920 y 1939 indica que la legítima defensa era simple y llanamente una forma de resistir los actos de agresión. Señala también que, con la excepción de Holanda contra Japón en 1941, la práctica entre 1920 y 1945 continene pocos ejemplos de legítima defensa anticipada. I. Brownlie, *Op.cit.*, p. 274.

¹⁰⁴ Como señala Brownlie: “when the Charter has a specific provision related to a particular legal category, to assert that this does not restrict the wider ambit of the customary law related to that category or problem is to go beyond the bounds of logic: thn why have treaty provisions at all?” . *Ibid*, p. 273. También lo explica Hamid: “when new rules of *jus ad bellum* are universally accepted as *jus cogens*, and any law –treaty or custom- contrary to a rule of *jus cogens* becomes null and void and without any legal effect” A. Ghafur Hamid, *Op.cit.*, p. 467.

ataque armado”¹⁰⁵ es la circunstancia única que permite ejercer la fuerza en legítima defensa¹⁰⁶, y defender que el artículo 51 admite otros supuestos simplemente porque no los niega expresamente¹⁰⁷ es totalmente contrario a toda lógica; no tiene sentido afirmar lo obvio -que la legítima defensa puede ser ejercida si ocurre un ataque armado-, y omitir referencias a supuestos ambiguos o problemáticos -como que la legítima defensa pueda ser ejercida en anticipación o prevención a un ataque armado-¹⁰⁸. Si, además, interpretamos el precepto en el contexto de la Carta, de sus principios y funciones, cualquier excepción al principio fundamental que prohíbe el uso de la fuerza con carácter general debe ser interpretada restrictiva y no ampliamente, pues el sistema instaurado en la Carta está diseñado para evitar la guerra y mantener la paz, otorgando el protagonismo a las medidas colectivas -que debe adoptar el Consejo de Seguridad-, y configurando cualquier uso unilateral de la fuerza como una opción descartada¹⁰⁹. La propia Corte

¹⁰⁵ En inglés: “if an armed attack occurs”.

¹⁰⁶ Así lo recoge la CIJ en el Caso Nicaragua: “if an armed attack occurs” as an essential content or ingredient which qualifies the expression “inherent right”. (...) the exercise of this right is subject to the state concerned having been the victim of an armed attack”. ICJ, *Caso Nicaragua*, párrafo 195. Y así lo corrobora la mayor parte de la doctrina: H. Kelsen, *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*, New York, Frederick A. Praeger, 1950, p.147 (“the Charter restricts the right of s-d by stipulating that the rule applies only against an armed attack, and only as long as the SC has not taken the measures necessary to maintain international peace and security”); Q. Wright, “The Cuban quarantine”, *American Journal of International Law*, Vol. 57, No. 3, Julio 1963, pp. 546-565, p. 546 (“the Charter intended to limit the traditional right of s-d to actual armed attack. (...) Self defense against threats was excluded”); Jackson Nyamuya Maogoto “New frontiers, old problems: the war on terror and the notion of anticipating the enemy”, en *Netherlands International Law Review*, Vol. 51, No. 1, Mayo 2004, pp.1-39.

¹⁰⁷ D.W., Bowett, *Op.cit.*, pp. 187-192.

¹⁰⁸ A. Ghafur Hamid, *Op.cit.*, p. 452.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 459.

Internacional de Justicia, si bien es cierto que interpretó el calificativo “inmanente” como una referencia a un derecho preexistente de naturaleza consuetudinaria, manifestó que dicho derecho estaba sujeto al hecho de haber sido el Estado víctima de un ataque armado¹¹⁰.

Sin embargo, una vez cuestionadas sus interpretaciones de la Carta, los defensores de una legítima defensa ampliada invocarán la práctica de los Estados como “árbitro último” de lo que el derecho realmente es¹¹¹. En esta línea, sucesos como la crisis de los misiles cubanos, la Guerra de los 6 días o la destrucción del reactor nuclear iraní por parte de Israel son algunos de los ejemplos a los que recurren desde esta óptica para probar que, en cualquier caso, la visión restrictiva de la legítima defensa no habría sobrevivido al paso del tiempo. Sin embargo, rescatamos aquí las conclusiones de numerosos y detallados estudios que ya se han realizado sobre la práctica de los Estados para simplemente señalar que ni en los tres ejemplos señalados ni en otros muchos “incidentes”

¹¹⁰ CIJ, *Caso Nicaragua*, párrafos 194 y 195: “in the case of individual sd, the exercise of this right is subject to the state concerned having been the victim of an armed attack”. En el Caso Oil platforms, la Corte señaló que: “the burden of proof of the facts showing the existence of an armed attack rests on the state justifying its own use of force as self defense”. *Vid. Case concerning oil platforms, Iran vs US*, Judgment of 6 noviembre 2003, ICJ Report 2003, p. 161. Recientemente, en la Advisory opinion on the Palestinian Wall –su toma de postura más reciente tras el 11S-, la Corte concluyó que “article 51 recongnizes the existence of a right of self defense in the case of armed attack”. *Vid. Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*, Advisory Opinion of 9 Julio 2004, ICJ Report 2004, p. 136.

¹¹¹ Siguiendo una óptica claramente realista y escéptica según la cual el Derecho sería únicamente aquello que los Estado creen que es. La legalidad de un precepto no queda sellada hasta que no existe una práctica por parte de los Estados acorde con lo que los tratados dicen sobre el papel. El problema de la existencia y eficacia de las normas lo veremos en el último apartado de este capítulo.

posteriores¹¹² que implicaron usos de la fuerza preventivos –y que de hecho fueron mayoritariamente condenados por la comunidad internacional como ilegales- se invocó la legítima defensa preventiva como justificación oficial¹¹³.

Por tanto, el derecho a una legítima defensa anticipada, antes del 11-S, no estaba reconocido ni en la Carta de Naciones Unidas ni tampoco aceptado por la práctica de los Estados; mucho menos, pues, la preventiva. Sin embargo, los ataques de aquel fatídico día actuaron como un revulsivo, pues la respuesta a los mismos bajo la denominada guerra global contra el terrorismo trajo a primera línea del debate aquellas viejas reivindicaciones sobre la legitimidad y la legalidad de los usos de la fuerza preventivos, reclamando una adecuación de La Carta a los nuevos tiempos¹¹⁴ y logrando, esta vez sí, una aceptación y aquiescencia que no debemos pasar por alto.

¹¹² Bombardeos estadounidenses en Libia 14 abril 1986, o en Irak en junio de 1993. *Vid.* A. Ghafur Hamid, *Op.cit.*, pp. 468-474; y J. N. Maogoto, *Battling terrorism: legal perspective on the use of force and the war on terror*, Aldershot Ashgate, 2005, p. 127.

¹¹³ Crisis de los misiles: el gobierno de los EEUU no invocó la legítima defensa anticipada sino que justificó su acción como una medida autorizada y adoptada por la OEA en virtud del artículo 52 de la Carta Americana. EEUU no quería invocar la legítima defensa porque hubiera creado un precedente para la Unión Soviética que se habría vuelto en su contra. Guerra de los 6 días: la reticencia del CS para condenar a Israel como agresor no puede ser interpretada como equivalente a una admisión de la legitimidad de la legítima defensa anticipada. La justificación oficial inicial de Israel no fue legítima defensa anticipada, sino el haber sido víctima de una agresión por parte de Egipto (UN Doc S/PV 1347, 5 junio 1967 p.4). Fue sólo al cabo del tiempo cuando recurrió al discurso de que, aunque tal ataque no se había producido, Israel estaba en peligro. Reactor nuclear: el CS condenó unánimemente el ataque militar de Israel a Irán como una violación evidente del régimen del *jus ad bellum* de la Carta (SC Res. 487, 19 Junio 1981). Lo expone en profundidad I. Brownlie, *Op.cit.*

¹¹⁴ Se escucha cada vez más el discurso que reclama, como hace Schrijver, “interpretar la Carta de Naciones Unidas como un document vivo” (a “living, breathing document that should be read in light of not only previously existing custom, but also as a responsive to new developments

La propia Estrategia de Seguridad Nacional de 2002 expresa la necesidad de adaptar la interpretación de determinados conceptos a las capacidades y características de los nuevos enemigos: “We must adapt the concept of imminent threat”¹¹⁵.

Lo hace, sin embargo, empleando un lenguaje deliberadamente engañoso, pues opta por hablar de “preemption” (anticipación) y de “imminence” (inminencia), reclamando precisamente que se estiren hasta convertirse en aquello que se evita pronunciar: prevención¹¹⁶. Aunque semejante interpretación de la legítima defensa no tiene cabida en la formulación actual de la Carta de Naciones Unidas, este enfoque se verá arropado por opiniones doctrinales que brotarán con renovado vigor después del 11-S argumentando que el marco normativo anterior a esta fecha se habría visto (o debería verse) alterado por los acontecimientos¹¹⁷.

not contemplated when it was originally drafted”). En N. J. Schrijver, *Op. cit.*, p. 285; en la misma línea se pronuncia también S. R. Ratner, “*Jus ad bellum* and *jus in bello* after September 11”, en *American Journal of International Law*, Vol. 96, No. 4, 2002, pp. 905-921, p. 920.

¹¹⁵ NSS, 2002, p. 15.

¹¹⁶ Aunque el documento caracteriza su nueva estrategia como “preemption” (en español anticipación) y habla de amenazas “inminentes”, más que la anticipación de amenazas inminentes y específicas, su objetivo es prevenir amenazas generales, subjetivas, antes siquiera de que se hayan formado.

¹¹⁷ Defendiendo la legalidad de la legítima defensa preventiva: J. Yoo, “International Law and the war in Iraq”, en *American Journal of International Law*, Vol.97, 2003, p. 573. Sin ir tan lejos, pero defendiendo la evolución del artículo 51 hasta acoger la legítima defensa anticipada: M. Sapiro, “Iraq: the shifting sands of preemptive self-defense”, en *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, p. 599, p. 602: “today it is foolish, if not suicidal, for a state that believed its fundamental security interests were at risk to wait until the first attack. (...) It is simply to recognize that the meaning of a document meant to universally accepted and to remain relevant must also be flexible enough to adapt to changed circumstances”.

Se ha llegado incluso a defender que el marco normativo de la Carta de Naciones Unidas está “muerto”¹¹⁸ a todos los efectos prácticos, de modo tal que la Doctrina Bush de la guerra preventiva no suponía violación de Derecho Internacional alguna, pues no hay violación donde no hay prohibición vigente¹¹⁹. Sin llegar tan lejos, otros argumentan que los preceptos de la Carta que regulan el régimen del uso de la fuerza deberían –precisamente para evitar su irrelevancia jurídica– adaptarse a las características de las nuevas amenazas y a la cambiante naturaleza de las guerras¹²⁰.

Como prueba de la falta de consenso que existe en este punto, el propio Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio parece, aunque en términos muy ambiguos, estar inclinándose a favor de la posibilidad de actuar en legítima defensa cuando el ataque es inminente¹²¹, una

¹¹⁸ T. Franck, “What happens now? The United Nations after Iraq”, en *American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 3, Julio 2003, pp. 607-620, p. 607.

¹¹⁹ “For all practical purposes, the UN Charter framework is dead. (...) If this is indeed the case, then the Bush doctrine of preemption does not violate international law because the charter is no longer reflected in state practice”. En A.C. Arend, “International law and the preemptive use of military force”, en *The Washington Quarterly*, Vol. 26, 2003, pp.89-103, p.101. Otro caso más del uso incorrecto de “preemption” (anticipación) cuando en realidad se está hablando de una doctrina que propugna la prevención.

¹²⁰ Watts señala que: “in order to retain any vestige of effectiveness, self defense has to be a relative concept, relative to the times and circumstances in which is involved”. Véase Sir A. Watts “The importance of international law”, en Michael Byers (ed.) *The role of law in international politics*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 5, at 11. Schmitt, por su parte, denuncia que “Those who urge fidelity to an outdated restrictive interpretation (of imminency) fail to grasp the realities of the 21st century conflict”. En M. N. Schmitt, “The legality of Operation Iraqi Freedom in International Law”, en *International Law Studies*, Vol. 81, 2006, pp. 367-392, p. 376.

¹²¹ Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, *Un mundo más seguro, la responsabilidad que compartimos*, Asamblea General Doc. A/59/565, 2004. En adelante, GANADC *Un mundo más seguro*.

posición que también defiende el Institut de Droit International¹²².

En cualquier caso, lo que parece claro es que sólo una minoría apoya la legítima defensa preventiva en los términos establecidos por la Doctrina Bush¹²³. Por mucho que el argumento de la prevención fuese uno de los más empleados a la hora de intentar buscar apoyos para la intervención en Irak, recordemos que no fue ésta la postura oficialmente avanzada ante Naciones Unidas y, como recuerda Heinze: “la afirmación en abstracto de un derecho no conlleva el mismo peso legal que el ejercicio en la práctica de dicho derecho, algo que no sucedió en 2003”¹²⁴. Por otro lado, la oposición a dicha intervención –en contraste con lo que sucedió en 2001 con Afganistán- fue clamorosa, no sólo ente la sociedad civil sino también entre el elevado número de gobiernos que quisieron desentenderse; y quienes la secundaron, además, lo hicieron más por motivos geopolíticos que por auténtico convencimiento en la legalidad de la fuerza preventiva.

Junto con estos apuntes, queremos también traer a colación la problemática inherente al concepto mismo de prevención. Desde luego, puesto que no se trata de una nueva reivindicación, no se trata tampoco de un debate novedoso. Baste con recordar la polémica suscitada en torno a la tesis de

¹²² Institut de Droit International, Tenth Commission, *Present Problems of the use of armed force in International Law*, Resolución 10A, 27 octubre 2007, párrafo 3: “the righth of s-d arises for the target in case of an actual or manifestly imminent attack”.

¹²³ Una recopilación interesante de la doctrina favorable a la intervención preventiva podemos encontrarla en J. D’aspromont, “Mapping the concepts...”. *Cit.*,

¹²⁴ “The assertion of a right in abstract does not carry the same legal weight as an actual exercise of the alleged righth, which was not done in 2003”. En E. A. Heinze, *Op.cit.*, p. 1076. Traducción mía.

Walzer y su conocido paradigma de guerras justas, que defiende la legitimidad de los usos de la fuerza cuando existe una amenaza de gravedad suficiente¹²⁵. Sería ingenuo pretender aportar novedad alguna a los argumentos tan minuciosamente elaborados a lo largo de décadas¹²⁶ –con más acierto unos que otros-, pero sí queremos dejar patente que, efectivamente, entendemos que éste no es un modelo admisible ni sostenible, pues se construye en torno a un concepto – amenaza de gravedad suficiente- imposible de determinar con certeza, fácil de fabricar y expuesto al abuso por parte de quien decide sobre su existencia. Lo que sí resulta novedoso, sin embargo, es que, en los últimos años, se ha elevado la cuestión del terrorismo hasta el rango más alto de amenaza, una amenaza de magnitud y gravedad tal que reclamaría, como vamos a ver a continuación, la activación de los mecanismos del capítulo VII de la Carta.

1.5.1.2. La expansión del Sistema de Seguridad Colectiva

Mientras que el uso unilateral de la fuerza armada en legítima defensa sólo está permitido en respuesta a un ataque armado, el sistema de seguridad colectiva puede entrar en acción en cualquier situación que el Consejo de Seguridad haya calificado como “amenaza para la paz”, “brecha para la paz” o “acto de agresión” y haya autorizado el uso de medidas que impliquen el recurso a la fuerza. Sin embargo, es bien sabido que el Consejo de Seguridad es un órgano político muy

¹²⁵ “La fórmula general debe decir algo así: los Estados pueden hacer uso de la fuerza militar cuando no hacerlo ponga *seriamente en riesgo* su integridad territorial o su independencia política”. En M. Walzer, *Guerras justas e injustas...., cit.*, p. 130.

¹²⁶ Una crítica a la propuesta de Walzer que suscribimos plenamente puede verse en R. Campione, *El nomos de la tierra..., cit.*

condicionado por su diseño y estructura, y los arriba mencionados son conceptos expuestos a un amplísimo margen de apreciación y discrecionalidad.

La tendencia de los últimos años ha sido, una vez más, la de defender interpretaciones cada vez más flexibles de dichas expresiones (especialmente de “amenaza para la paz”, evitando así pronunciarse sobre el peliagudo tema de la agresión), lo cual habría derivado en una ampliación de la presencia y de los poderes los poderes del Consejo de Seguridad si no fuera por los serios problemas de efectividad y funcionalidad de los que adolece y que han sido convenientemente aprovechados y esgrimidos por no pocos gobiernos a la hora de decidir usar la fuerza unilateralmente.

La crisis de la que se habla con más fuerza en estos últimos años tendría que ver, de nuevo, con prácticas y discursos desplegados bajo la GGCT que apuntan insistentemente al terrorismo como “nuevo” paradigma de amenaza para la paz y convivencia internacional. Discursos que se producen en paralelo a aquellos otros que, bajo la misma bandera de la defensa de nuestra seguridad y nuestros valores, señalan también a la ausencia de democracia o las violaciones de derechos humanos como amenazas para la paz internacional y, en consonancia, como causas legítimas para emplear la fuerza -incluso unilateralmente si el Consejo de Seguridad no hace nada¹²⁷-.

Teniendo en cuenta el inevitable componente político en la decisión del CS a la hora de valorar la existencia de una

¹²⁷ El caso paradigmático que precipitó el debate fue la intervención en Kosovo en el 99 sin autorización del CS. A esta pretensión no obstante le dedicaré el siguiente punto 1.5.2.

amenaza para la paz y el amplio margen de discrecionalidad existente, conviene hacer un repaso de la postura del CS a lo largo las últimas décadas con el fin de apreciar la evolución que ha experimentado dicha interpretación y poner la realidad de nuestros días en perspectiva histórica. La competencia del Consejo de Seguridad para decidir sobre la adopción de medidas que impliquen el uso de la fuerza se basa en la determinación de la existencia de un acto de agresión, de una brecha o amenaza para la paz, lo que significa que la interpretación que se haga de dichas expresiones resulta decisiva. De hecho, es a través de una interpretación cada vez más expansiva del capítulo VII en general y del concepto de amenaza para la paz en particular como se ha venido abriendo paso otra de las estrategias desplegadas para intentar ampliar ese abanico de supuestos legales para recurrir a la fuerza¹²⁸.

Durante la Guerra Fría y hasta los años 90, el Consejo de Seguridad había mantenido una posición más conservadora respecto a la autorización del uso de la fuerza, entendiendo que tanto la protección de los derechos humanos como la defensa de la democracia eran cuestiones que formaban parte de la competencia soberana de cada Estado y, sobre todo, que no afectaban a la paz o a la seguridad de la comunidad internacional en su conjunto. Fue en la década de los 90 cuando el CS empezó a considerar que determinadas situaciones

¹²⁸ Me refiero a la *vis* expansiva en la interpretación de qué constituye una amenaza para la paz, a su vez íntima e inevitablemente ligada a la expansión que ha experimentado el significado mismo de “paz” a la luz de la nueva “cultura de la paz”. Ver Johan Galtung, *Sobre la paz*, Fontamara, Barcelona, 1985; Jesús Ballesteros, *Repensar la paz*, Madrid, EIUNSA, 2006; E. J. Vidal Gil, “Constructores de la paz”, en *Diálogo filosófico*, Vol. 60, 2004, pp.443-464. Todos ellos rechazan entender la paz en términos puramente negativos –como mera ausencia de violencia- y entienden que no hay sociedad pacífica donde no se dan una serie de elementos –más allá de la ausencia de violencia-, tales como democracia, libertad, o respeto a los derechos humanos.

internas de violaciones masivas de derechos humanos, incumplimientos de obligaciones internacionales por parte de los Estados, o situaciones de ausencia de democracia, podían ser consideradas como amenazas para la paz y frente a las cuales, por tanto, el CS tenía la responsabilidad de actuar. Pero vayamos por pasos y detengámonos en los supuestos más problemáticos y que más controversia han suscitado.

Los acontecimientos en el Kurdistán iraquí tras la primera guerra del Golfo marcan uno de los puntos de inflexión en la nueva orientación del CS respecto a las violaciones de derechos humanos¹²⁹, pues la Resolución 688 del 5 de abril de 1991 planteó, por primera vez, que una represión interna –la del gobierno iraquí a los kurdos- constituía amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región, y exigió a Iraq que pusiera fin a la represión y que asegurarse el respeto de los derechos humanos de todos los iraquís. El CS volvió a aplicar este nuevo enfoque en el conflicto de Bosnia-Herzegovina: la Resolución 770 de 13 de agosto de 1992 solicitaba a los Estados que, individualmente o mediante organizaciones regionales, adoptaran “todas las medidas necesarias” para asegurar la asistencia humanitaria¹³⁰ y, mediante la Resolución 836 de 4 de junio de 1993, autorizaba a usar la fuerza para proteger las “zonas seguras”¹³¹. En 1992, la Resolución 794 de 3 de diciembre de 1992, dictaminaba que el conflicto de Somalia constituía una amenaza para la paz y seguridad internacionales, y autorizaba a

¹²⁹ E. Fernández, *Op. cit.*, p. 86

¹³⁰ *Ibid.* p. 87.

¹³¹ *Ibid.* p. 88. Para Fernández, esta resolución fue especialmente innovadora por cuanto que fue la primera en autorizar el uso de la fuerza para aliviar el sufrimiento humano SIN el consentimiento del Estado. El resultado, sin embargo, fue un desastre: UNOSOM II acabó entrando en guerra contra una de las facciones armadas y Somalia, que había sido tomada por los señores de la guerra, fue abandonada a su suerte.

emplear todos los medios necesarios con el fin de establecer un entorno seguro para las operaciones de ayuda humanitaria. El conflicto de Ruanda fue abordado bajo el mismo prisma, y la Resolución 929 de 22 de junio de 1994 autorizaba a usar todos los medios necesarios para garantizar la seguridad y la protección de los refugiados aunque, a diferencia de Somalia, aquí la Operación Turquesa se desplegó con el consentimiento del gobierno de Ruanda y de sus fuerzas armadas¹³².

La ausencia de democracia tampoco parecía representar una amenaza internacional hasta el caso de Haití, también en 1994¹³³. Tampoco el incumplimiento por parte de algunos Estados de sus obligaciones¹³⁴ de Derecho Internacional hasta que, a través de la Resolución 1070 de 1996, El Consejo de Seguridad decidió adoptar nuevas medidas acordes con el capítulo VII de la Carta porque el gobierno de Sudán no había atendido las peticiones formuladas en resoluciones previas y, bajo aquel nuevo parecer, su incumplimiento representaba una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Éste fue también el motivo que llevó al CS a adoptar la resolución 1441 de 2002, reiterando que el incumplimiento constante de las obligaciones de desarme por parte de Iraq suponía una grave amenaza internacional¹³⁵. Así, a lo largo de los 90, aunque la

¹³² *Ibid.* p. 89.

¹³³ Resolución 940 de 31 de julio de 1994. La intervención estadounidense en Haití de 1994 es considerada por gran parte de la doctrina como el primer supuesto de intervención humanitaria. Entre otros, pueden verse, M. Kaldor, “Una década de intervención humanitaria...”, *cit.*, p. 81; C. G. Badescu, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect. Security and human rights*, London/New York, Routledge, 2011, p. 61.

¹³⁴ Bajo el concepto de obligaciones de Derecho Internacional, el Consejo entendía tanto las obligaciones consuetudinarias y convencionales, como las que derivan de las propias resoluciones del CS.

¹³⁵ Para un repaso más detallado de la actividad del Consejo de Seguridad y de la evolución de su interpretación de “amenaza para la paz”, puede

cuestión de fondo sobre la legitimidad moral de dichas intervenciones seguía suscitando opiniones encontradas¹³⁶, no podemos negar el hecho de que el intervencionismo en defensa de los derechos humanos y la democracia fue fraguando cierto consenso en torno a tres principios básicos: la vinculación de la intervención armada con la defensa de los derechos humanos, la defensa militar de la ayuda humanitaria y su carácter multilateral¹³⁷.

Llegamos así al 11-S. A partir de esta fecha, el Consejo de Seguridad no ha dudado en señalar que todo acto de terrorismo internacional constituye una amenaza para la paz y seguridad internacional¹³⁸. La primera de todas ellas, la Resolución 1368, del día después de los atentados del 11-S, calificaba los hechos sucedidos el día anterior como una amenaza para la paz y seguridad internacionales, un diagnóstico que corroborarían las Resoluciones 1373 y 1377¹³⁹. Mientras que las primeras

verse: Eugenia López-Jacoiste Díaz, “Repensando el sistema de seguridad colectiva: el Consejo de Seguridad y las nuevas amenazas a la paz y seguridad internacionales”, en Consuelo Ramón Chornet (coord.), *La acción colectiva del uso de la fuerza. Nuevos escenarios, nuevos principios de actuación en el orden internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.61-145.

¹³⁶ Una condena rotunda puede encontrarse en D. Zolo, *Terrorismo humanitario. De la guerra del Golfo a la carnicería de Gaza*, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2011.

¹³⁷ E. Fernández, *Op.cit.*, p. 84.

¹³⁸ Resoluciones 1373 (2001), 1456 (2003), 1535 (2004), 1624 (2005), 1699 (2006), 1735 (2006), 1787 (2007). Esta cascada de resoluciones adoptadas desde entonces en relación al terrorismo habría dado lugar, según autores como Lopez-Jacoiste, a un nuevo sistema normativo y material de lucha contra el terrorismo. E. López-Jacoiste Díaz, “Repensando el sistema de seguridad colectiva: el Consejo de Seguridad y las nuevas amenazas a la paz y seguridad internacionales”, en C. Ramón Chornet, *La acción colectiva del uso de la fuerza. Nuevos escenarios, nuevos principios de actuación en el orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 85.

¹³⁹ Esta última iría más lejos, al declarar que el terrorismo internacional constituía una de las amenazas más serias y graves que enfrentaba la comunidad internacional en el siglo XXI.

resoluciones únicamente hacían referencia al terrorismo “internacional”, la resolución 1624 de 2005 supuso una novedad en este sentido, al considerar que todo acto de terrorismo (incluidos aquellos actos que no tienen componentes transnacionales) suponía una amenaza internacional¹⁴⁰.

Lo cierto es que se ha consolidado un claro consenso en torno a la consideración del terrorismo como una de las principales amenazas globales de nuestros días. El propio Secretario General afirmaba en 2005 que “la Carta concede autoridad plena al CS para hacer uso de la fuerza militar para preservar la paz y la seguridad internacionales”¹⁴¹ en relación a la amenaza terrorista, incluso a pesar de su carácter no estatal y casi siempre no inminente. Ahora bien, que exista consenso en torno a la consideración del terrorismo como amenaza internacional no significa que exista consenso en torno a la acción militar ni en torno a la emergencia de una nueva norma que permita la intervención armada por esta causa. Recordemos que en este punto estamos abordando el problema del eventual recurso a la fuerza armada en caso de amenazas para la paz declaradas siempre en el marco del capítulo VII de la Carta, esto es, del marco de sistema de seguridad colectiva. Cuestión distinta, aunque desde luego interconectada, es la de la reclamada legitimidad de las intervenciones unilaterales, ya sea para poner fin a violaciones de derechos humanos, para poner

¹⁴⁰ Significativamente, el CS habla en esta resolución de “terrorismo” y no de “terrorismo internacional”. No se refiere a un fenómeno o grupo terrorista en concreto. Pero, al eliminar el elemento internacional, el CS está incorporando la interpretación de que un terrorismo no internacional, no transnacional, local o doméstico –los ejemplos son numerosos, pero pensemos en el caso más próximo: ETA- puede ser elevado a la categoría de amenaza para la paz y seguridad internacionales y, por tanto, si así lo determinara el CS, dar pie incluso a la intervención militar.

¹⁴¹ A/59/2005 de 21 de marzo de 2005, Informe Secretario General párrafo. 125

fin a gobiernos autoritarios y represores, o para combatir grupos terroristas, argumentos todos ellos que se han empleado indistintamente en los últimos años siempre bajo el paraguas de la guerra contra el terrorismo y que, como veremos en el siguiente punto, reclaman no ya una “interpretación expansiva” de las limitaciones actuales al principio de no intervención, sino directamente la inclusión de “nuevas limitaciones”, de nuevos supuestos de uso de la fuerza más allá de los dos contemplados en el marco legal vigente.

1.5.2. LA INCORPORACIÓN DE NUEVAS EXCEPCIONES

Hemos visto hasta ahora cómo el régimen jurídico instaurado en La Carta de Naciones Unidas únicamente admite el uso de la fuerza armada unilateral en casos de legítima defensa. Fuera de este supuesto, y fuera del marco de acción colectiva diseñado en el capítulo VII, cualquier recurso a la fuerza armada es ilegal. La Carta no especifica ninguna excepción por motivos humanitarios, democráticos ni, en definitiva, eventualmente “justos” o “buenos” en virtud de un análisis moral. Sin embargo, aprovechando la falta de mecanismos de la ONU para implementar las medidas del sistema de seguridad colectiva y la inoperancia del Consejo de Seguridad¹⁴², en los últimos años se han producido

¹⁴² La parálisis del Consejo de Seguridad sería el resultado de, por un lado, la falta de desarrollo del capítulo VII de la Carta (la ONU nunca ha dispuesto de nada parecido a unas “fuerzas onusianas” ni de ningún órgano encargado de llevar a cabo las acciones dispuestas en el artículo 42, lo que ha derivado en una “externalización” del uso de la fuerza colectiva) y, por otro, del abuso del recurso al derecho a veto de las grandes potencias (o, incluso, de la existencia misma de un derecho a veto en los términos dispuestos en la Carta). Para conocer más los problemas de la “puesta en práctica” de las medidas del CS, puede verse A. Novosselott, *Le Conseil de Sécurité des Nations Unies et la maîtrise de la force armée*, Bruylant, Bruxelles, 2003. Sobre la externalización del uso de la fuerza colectiva, me

intervenciones unilaterales –sin el aval previo del CS- cuyos discursos justificadores han echado mano del problemático argumento del “deber moral” de emplear la fuerza, incluso de forma unilateral, ya sea con el pretexto de poner fin a violaciones de derechos humanos, con el de exportar la democracia o con el de hacer frente a una “emergencia suprema” (la amenaza terrorista amenaza la existencia de la civilización tal y como la entendemos). De nuevo, se trata de una moda que, sin ser nueva, da la impresión de haberse intensificado al albor de la “guerra contra el terrorismo”. Pero rastreemos más detenidamente su origen y evolución.

Durante la Guerra Fría, como señala Encarnación Fernández, prevaleció en este sentido una paradigma legalista estricto¹⁴³, pues las intervenciones humanitarias o en defensa de la democracia se consideraban ilegales e ilegítimas en el clima normativo y político internacional de aquella época¹⁴⁴. Eso no significa que faltaran las voces –algunas de ellas prestigiosas– que justificaran determinadas intervenciones ocasionalmente¹⁴⁵, significa más bien que, a pesar de admitir la posibilidad de reconocer la necesidad de algunas intervenciones puntuales,

remito a J. Cardona, “La externacionalización/privatización del uso de la fuerza por las Naciones Unidas”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 317 y ss. Un repaso de las ocasiones en las que los Estados han recurrido al veto a lo largo del siglo XX lo encontramos en R. Brotons, A., R. Riquelme Cortado, J. Díez Hochleitner, E. Orihuela Calatayud, L. Pérez-Prat Durbán, *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

¹⁴³ E. Fernández, *Op. cit.*, p. 81.

¹⁴⁴ I. Ruiz-Giménez Arrieta, *La historia de la Intervención Humanitaria. El imperialismo altruista*, La Catarata, Madrid, 2005, pp. 67 y ss.

¹⁴⁵ Walzer considera que la intervención humanitaria se justifica cuando representa una respuesta (con razonables expectativas de éxito) respecto a actos “que conmueven la conciencia moral de la humanidad”. M. Walzer, *Guerras justas e injustas...*, *cit.*, p. 157.

negaban la necesidad de reconocer legalmente esa posibilidad¹⁴⁶. Lo anterior tampoco implica que durante ese periodo no se produjeran intervenciones militares fuera del sistema de seguridad colectiva¹⁴⁷, sino que ninguna de ellas fue justificada en los términos que hoy leemos y escuchamos (humanitarismo, defensa de la democracia, etc.). En casi todos los casos, la gravedad de las violaciones de derechos humanos, la flagrante ausencia de democracia o la magnitud de las crisis humanitarias hubieran bastado para recurrir al discurso actual sobre la responsabilidad de proteger, el deber moral de intervenir o el humanitarismo. Sin embargo, el argumento principal en esta época fue siempre la existencia de una agresión o, en todo caso, de una amenaza grave y real, es decir, la existencia del derecho a intervenir en legítima defensa¹⁴⁸. El hecho de que la mayor parte de la comunidad internacional condenara estas intervenciones precisamente por considerarlas ilegales confirma la robustez de los principios de soberanía, no intervención y prohibición del uso de la fuerza; principios que sin embargo hoy

¹⁴⁶ En palabras de Walzer: “nos preocupa que, bajo el disfraz del humanitarismo, los Estados lleguen a ejercer dominio sobre sus vecinos (...)”. *Ibid.* p. 156.

¹⁴⁷ Intervenciones por parte de la URSS: Hungría (1956), Berlín (1961), Checoslovaquia (1968), Afganistán (1979). Intervenciones por parte de EEUU: Jordania y Líbano (1958), Vietnam (1963), Santo Domingo (1965), Granada (1983), Panamá (1989). Intervenciones que no fueron llevadas a cabo por ninguna de las dos superpotencias: La India en Pakistán (1971), Vietnam en Camboya (1978), Tanzania en Uganda (1979). Recopilación extraída de la obra de E. Fernández, *Op. cit.* Conviene resaltar que en las tres intervenciones ajenas al conflicto EEUU-URSS, cualquiera de las dos potencias podía haber encontrado motivos más que suficientes para intervenir por razones humanitarias. Que no fuera así revela que las únicas intervenciones que se planteaban eran en el marco de defender su propio bloque.

¹⁴⁸ Para más detalles sobre los posibles supuestos de intervenciones humanitarias durante el periodo de la Guerra Fría, me remito a E. Fernández, *Op. cit.* y I. Ruiz-Giménez Arrieta, *Op. cit.*

parecen tambalearse. El embajador francés, en relación a la intervención vietnamita en Camboya dijo:

“La idea de que, porque un régimen sea detestable, está justificada la intervención extranjera y es legítimo su derrocamiento por la fuerza es extremadamente peligrosa. A la larga eso podría poner en riesgo el mantenimiento mismo del derecho y del orden internacionales y provocaría que la persistencia de varios regímenes dependiera del juicio de sus vecinos”¹⁴⁹.

Mucho ha llovido desde entonces y, en el proceso, el cambio de mentalidad es más que notorio. ¿Qué ha ocurrido para que se opere semejante cambio de rumbo?

El debate en torno a la legitimidad de las intervenciones militares unilaterales por razones morales o humanitarias se produjo fundamentalmente a raíz de la intervención de la OTAN en Kosovo, entre marzo y junio de 1999¹⁵⁰. Hemos visto en el apartado anterior cómo a lo largo de los 90, conforme se expandía la interpretación de lo que constituye una “amenaza para la paz”, se consolidaba la convicción de que el uso de la fuerza armada con fines humanitarios podía ser legal y legítima en el marco del capítulo VII de La Carta. Ahora bien, a lo largo de este debate, nunca se cuestionó que el órgano competente para decidir y autorizar este tipo de actuaciones fuese, con todas

¹⁴⁹ UN Doc. Reunión del Consejo de Seguridad 2110, 13 de enero de 1979, p. 6.

¹⁵⁰ No voy a detenerme en este significativo y relevante caso, pero recomiendo acudir a la obra de D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000.

sus luces y sus sombras¹⁵¹, el Consejo de Seguridad. 1999 marcaría un giro decisivo en este punto. La intervención en Kosovo encarnaba una norma alternativa según la cual se admitía la intervención militar humanitaria unilateral, desafiando el principio de no intervención, el de soberanía, y el capítulo VII de la Carta, y sentando así un peligroso precedente que abriría el camino para las intervenciones que, especialmente desde el 11-S, se han producido sin autorización del CS.

Con el 11-S se produjo una intensificación de esta tendencia iniciada en Kosovo. En el discurso que acompañó a la intervención en Afganistán de 2001, a pesar de que se alegó legítima defensa ante Naciones Unidas, la retórica de la democracia y los derechos humanos también desempeñó un papel importante. El propio nombre con el que fue bautizada la operación, “Operación Libertad Duradera” (anteriormente “Justicia Infinita”), dice mucho de la promesa de liberar al pueblo afgano del régimen de los talibanes y consolidar así la paz y la democracia en el país, algo que, en el mejor de los casos, solo se pretendió tangencialmente y que, a la luz de los hechos, no se logró. La justificación de la invasión de Iraq en 2003, dejando a un lado los eventuales motivos reales –personales, geoestratégicos, etc- que pudieran subyacer en la decisión de intervenir, se caracterizó por una engañosa combinación de discursos legitimadores que van desde la amenaza existencial o “emergencia suprema” –representada en el hipotético riesgo de que los terroristas pudiesen hacerse con armas de destrucción masiva-, hasta la necesidad de poner fin al sufrimiento del

¹⁵¹ A pesar de su interés, no puedo reproducir aquí el debate sobre la parálisis del Consejo. Si bien volveré sobre ello, añadiendo algunas palabras, más adelante, me refiero aquí a su composición y carácter político, que plantean problemas de legitimidad, funcionalidad y eficiencia.

pueblo iraquí en manos del régimen de Sadam. El entonces presidente de los EEUU, George W. Bush llegó a manifestar que aquella guerra representaría el inicio de una “revolución democrática global”, a la que seguiría “la era de la libertad”¹⁵².

En este contexto, y en un intento por devolver la discusión a planos jurídicos -o pseudojurídicos- que parecían olvidados, se ha apuntado que a la luz del deterioro de la noción clásica de soberanía –tradicionalmente considerada como baluarte del principio de no-intervención- y ante el mayor protagonismo de los derechos humanos –cuyo defensa legitimaría, de nuevo desde determinadas premisas morales, el empleo de la fuerza- habría que dar primacía al principio de defensa de los derechos humanos de los individuos versus el de soberanía de los Estados y, por tanto, aceptar la legalidad de dichas intervenciones¹⁵³. Otro mecanismo habitual suele ser la invocación de situaciones límites, lo que Walzer llamó “emergencias supremas”, supuestos en los que el Consejo de Seguridad no hace nada y la intervención se considera un verdadero imperativo moral¹⁵⁴. Sea cual sea la estrategia legitimadora escogida, la sistemática invocación de la justicia y

¹⁵² Presidente G.W. Bush, *Remarks by the President at the 20th anniversary of the National Endowment for Democracy*, Office of the Press Secretary, 6 de Noviembre 2003, p.2.

¹⁵³ Luke Glanville traza la evolución de la noción y de la función de la soberanía como bastión de la no intervención en L. Glanville, *Sovereignty and Responsibility to Protect: a new history*, Chicago, Chicago Universtiy Press, 2014. La emergencia de la “responsabilidad de proteger” parece haber supuesto una reformulación de la soberanía, ahora ligada a la responsabilidad de proteger los derechos humanos de los individuos por encima de todo. Veáse también, R. Thakur (ed.), *Responsibility to Portect and Sovereignty*, Aldershot, Ashgate, 2014, donde se examinan las tensiones teóricas entre “soberanía” y “responsabilidad de proteger”.

¹⁵⁴ Walzer reclama la necesidad de intervenir en casos de “emergencia suprema”, expresión que toma de Chruchill y que define en base a dos criterios: la naturaleza o magnitud del peligro, y su inminencia. M. Walzer, *Guerras justas e injustas...*, cit.. pp. 335-357.

la moralidad recuerdan sobremanera a los discursos medievales sobre las guerras justas¹⁵⁵.

No soy partidaria de entrar a ponderar “soberanía versus derechos humanos” porque supondría dar por buena la premisa de que existe un conflicto entre el primero –que proscibiría la intervención- y el segundo –la defensa de los derechos humanos, que prescribiría la intervención en determinados casos-, algo que sólo sería posible de sostener en el terreno del debate moral, desde luego no en el de la legalidad, pues, insistimos, la redacción actual de la Carta no contempla ninguna excepción por motivos humanitarios al principio de no intervención.

No obstante, y aunque me parezca problemático plantear el problema en términos de conflicto entre unos valores y fines y otros, puestos a transitar ese terreno probablemente habría que reconocer que el mantenimiento de la paz y la seguridad, en oposición a la promoción de la justicia y de los derechos humanos, es el fin prioritario para el que fue creado el sistema de Naciones Unidas¹⁵⁶.

Vaya por delante que, como defenderé a lo largo del presente trabajo, separar del debate sobre la legalidad de los usos de la fuerza la cuestión de las consideraciones morales -y subjetivas- sobre la justicia en la causa que los motiva constituye una de las más valiosas conquistas jurídicas del Derecho Internacional moderno y, por tanto, un activo a

¹⁵⁵ Sobre la incardinación de la responsabilidad de proteger en la Doctrina medieval de la guerra justa, puede verse: A. Bellamy, “The responsibility to protect and the Just War Tradition”, en M. Thakur y William Maley (eds.), *Theorising the responsibility to protect*, Cambridge University Press, 2015, pp. 181-199.

¹⁵⁶ Puede verse M. Koskenniemi, “The Police in the Temple...”, *cit.*, pp.325-348; F.H. Hinsley, *Power and the Pursuit of Peace: Theory and Practice in the History of Relations between States*, Cambridge, Cambridge University Press, 1963. Volveré sobre esta cuestión en el punto 1.6 de este capítulo.

preservar. Sin embargo, la intervención humanitaria pertenece al ámbito de la elección moral”¹⁵⁷. Estamos ante la eterna discusión de los fines y los medios. Una discusión que no podemos, ni pretendemos, reproducir ni mejorar aquí, pero no por ello dejaremos pasar la oportunidad de señalar algunas de sus debilidades de fondo más flagrantes. “¿Cómo se puede defender la dignidad humana de los demás”, se pregunta Todorov, “sin dejarles decidir su destino? Si imponemos la libertad a otro pueblo, lo estamos sometiendo, si le imponemos la igualdad, lo estamos considerando inferior”¹⁵⁸. Por otro lado, de nuevo incluso dando por bueno que exista un consenso generalizado no ya sobre la justicia del uso de la fuerza en determinados casos sino sobre la necesidad de que el Derecho Internacional contemple esta posibilidad, nos enfrentaríamos entonces al problema de la autoridad legítima para decidir y ejecutar dichas intervenciones. ¿Cómo podemos permitir que Estados individuales actúen en sus relaciones internacionales de acuerdo con sus propios criterios acerca de lo que es justo e injusto, correcto e incorrecto, sin necesidad de someterse a ninguna autoridad, y más en un tema como el uso de la fuerza armada? Puestos a (re)abrir la puerta al uso de la fuerza por causas morales, la única manera de evitar que ambas partes reclamen simultáneamente estar actuando por causa justa, sería desplazando a un tercero neutral la autoridad para valorar y decidir tal cuestión, un tercero que, a pesar de las deficiencias en su funcionamiento, está representado actualmente en el Consejo de Seguridad.

¹⁵⁷ T. M. Franck y N. S. Rodley, “After Bangladesh: the Law of Humanitarian Intervention by Military Force”, en *American Journal of International Law*, Vol. 67, No. 2, Abril 1973, pp. 275-305.

¹⁵⁸ T. Todorov, *El nuevo desorden mundial. Reflexiones de un europeo*, Barcelona, Península, 2003, p. 40.

El hecho de que el famoso y debatido Informe *Un mundo más seguro* haya aparecido al tiempo que se ponía en marcha y desplegaba la denominada “guerra contra el terrorismo” no es casualidad. De hecho, se aprecia en el lenguaje del documento cierta contaminación de la retórica propia del paradigma post 11-S, pues se mencionan expresamente las razones morales¹⁵⁹ como requerimiento necesario para tomar decisiones que legitimen el uso de la fuerza, insistiendo en que el Consejo de Seguridad únicamente la autorizará por razones de “buena conciencia” (*as a matter of good conscience*)¹⁶⁰.

Como preparación para la Cumbre Mundial de 2005, Kofi Annan elaboró un informe en el que hizo hincapié en el hecho de que la única fuente de autoridad para las intervenciones militares era el Consejo de Seguridad¹⁶¹. Sin embargo, tanto la ICISS¹⁶² como el Grupo de Alto Nivel habían dejado peligrosamente abierta la posibilidad de considerar acciones unilaterales¹⁶³. Con posterioridad a la cumbre de 2005, el

¹⁵⁹ “La eficacia del sistema mundial de seguridad colectiva, al igual que la de cualquier otro ordenamiento jurídico, depende en última instancia no sólo de la legalidad de las decisiones sino también de que haya una idea común de que son legítimas y de que se adoptan sobre la base de pruebas sólidas y por *buenas razones, tanto morales como jurídicas*”, En GANADC *Un mundo más seguro*, párrafo 204.

¹⁶⁰ “(...) En particular, al decidir si ha de autorizar o no el uso de la fuerza, el Consejo debe aprobar y tener sistemáticamente en cuenta una serie de directrices convenidas que se refieran directamente ya no a si se puede usar legalmente la fuerza sino a si se debe usarla por cuestiones de conciencia y sentido común” . *Ibid.*, párrafo 205.

¹⁶¹ *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*. UN Doc A/59/2005 21 marzo 2005. párrafos 126 y 135.

¹⁶² Me refiero al Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (ICISS por sus siglas en inglés), que elaboró el famoso Informe sobre la Responsabilidad de Proteger. Como apunte, conviene tener presente que dicho informe, aunque vio la luz en diciembre de 2001, fue redactado antes de los atentados del 11-S y, consecuentemente, antes del despliegue de la GGCT.

¹⁶³ GANADC *Un mundo más seguro*, párrafos 199-209.

Secretario General Ban ki Moon, en un nuevo informe titulado *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*, de enero de 2009, respaldaba el concepto de “responsabilidad de proteger” tal y como había quedado establecida en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, donde se señalaba que, en caso de medidas coercitivas, el CS era quien tenía competencia exclusiva para adoptarlas y, en su caso, autorizar una intervención militar¹⁶⁴.

1.6. EL ALCANCE DE LA CRISIS

Lo visto hasta ahora dibuja un panorama en el que, a raíz de los atentados del 11-S, el régimen jurídico del *jus ad bellum* instaurado en la Carta de Naciones Unidas está siendo sistemáticamente cuestionado.

El principio de prohibición del uso de la fuerza armada se ha violado en incontables ocasiones a lo largo del siglo XX, pero

¹⁶⁴ La Responsabilidad de proteger tal y como emergió de aquella cumbre contenía tres elementos fundamentales: 1. Reconocimiento formal por parte de los estados miembros de su responsabilidad de proteger a sus propias poblaciones de los crímenes internacionales mencionados (es significativo que la fórmula escogida fuese ésta, referida solo a los crímenes internacionales más graves y restringiendo así el abanico de supuestos), 2. Respecto a las atrocidades masivas de otros Estados, los estados miembros reconocían una responsabilidad de actuar a través de medios pacíficos, asumiendo el compromiso de: asistir a los estados en el cumplimiento de sus responsabilidades, mejorar la efectividad de los medios pacíficos y consensuados, y ayudar a los estados a desarrollar capacidades institucionales y conductas necesarias para proteger a sus poblaciones, 3. Respecto de las medidas coercitivas, solo manifiestan estar dispuestos a adoptarlas si *lo consideran adecuado*, y reafirman que *es el Consejo de Seguridad* quien tiene la *competencia exclusiva* para adoptarlas y en su caso para autorizar una intervención militar. E. Fernández, *Op. cit.*, p. 146, énfasis añadido. No obstante, como aclara Bellamy, se trataba de un consenso “amplio, pero extremadamente superficial”. Alex J., Bellamy, *Global Politics and the Responsibility to Protect: from words to deeds*, London/New York, Routledge, p. 25.

desde 2001 venimos escuchando, siempre con el pretexto de fondo de la lucha contra la amenaza terrorista, un amplio abanico de reivindicaciones que, ya sea reclamando interpretaciones legales más flexibles o la inclusión de nuevas excepciones, ponen en cuestión el régimen tradicional. Esta situación requiere que nos detengamos a analizar en qué medida pueden este despliegue de acciones y sus correspondientes argumentos legitimadores estar afectando al régimen del *jus ad bellum* contemplado en la Carta y, ulteriormente, tratar de alertar sobre las implicaciones que un “desgaste” del *jus ad bellum* en los términos que describamos puede tener para el funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional.

Que los Estados violan la norma que prohíbe el uso de la fuerza no es ninguna novedad y, cabe señalar, tampoco los discursos que proclaman estirar el paradigma tradicional ni los que cuestionan la validez y vigencia del régimen jurídico de la Carta son una peculiaridad exclusiva de la era post 11-S¹⁶⁵. Apenas 20 años después de su consagración, Thomas Franck manifestó que el artículo 2.4 había muerto y perdido su carácter jurídicamente vinculante fruto del desuso y de las constantes

¹⁶⁵ Sornarajah habla del surgimiento de un nuevo paradigma a finales del siglo XX que giraría en torno a 5 ideas centrales: “First, that democracies did not go to war with each other (...). Second, that market forces should be universalised as free markets ensure that economic development would reach every nook of the world (...). Third, that there should be liberalisation of the flows of investment and other assets (...). Fourth, that international trade should be organised on the basis of free movement of goods and services (...). Finally, that there should be emphasis on individual rights and not on group rights”. Pero, aclara, con la práctica y la retórica de la guerra contra el terrorismo post 11-S (sobre todo, con la guerra de Iraq) este paradigma cobra impulso y, además, incorpora una sexta característica como novedad: que la superpotencia puede recurrir a la fuerza unilateralmente para asegurar el éxito de dicho paradigma. M. Sornarajah, “Power and Justice: Third World resistance in International Law”, en *Singapore Yearbook of International Law*, 10, 2006, pp.19-57, pp. 23 y 24.

violaciones que venía experimentando desde su nacimiento¹⁶⁶. La de Franck no fue, ni mucho menos una opinión aislada. Entre otros, Jean Combacau señaló también que la comunidad internacional había dejado de “creer” en el sistema de la Carta¹⁶⁷, Richard Falk advirtió de que los sistemáticos usos unilaterales de la fuerza por parte de los Estados habían propiciado el declive de este cuerpo normativo, que habría dejado de reflejar normas para pasar a reflejar meras “aspiraciones”¹⁶⁸. Arend, por su parte, llegó a afirmar que, a la luz de los hechos, los Estados habían retirado su consentimiento del artículo 2.4¹⁶⁹. La polémica, por tanto, no se inauguró con el 11-S. Sin embargo, dicha fecha se invoca de manera recurrente como punto de inflexión decisivo. Las intervenciones militares desplegadas tras el 11-S -de manera muy paradigmática Afganistán 2001 e Iraq 2003-, sumadas a la acogida que encontraron por parte de sectores nada despreciables de la sociedad y de la doctrina, han sido los aceleradores definitivos que han precipitado el desgaste

¹⁶⁶ T. Franck, “Who Killed article 2.4? or: Changing norms governing the use of force by States”, en *American Journal of International Law*, Vol. 64, No. 5, Octubre 1970, pp. 809-837, p.809. Puede interesar también la respuesta de Henkin, que aquí no podemos reproducir: L. Henkin, “The reports of the death of article 2.4 are greatly exaggerated”, en *American Journal of International Law*, Vol. 65, No. 3, Julio 1971, pp. 544-548, p. 544.

¹⁶⁷ “The international community no longer believes in the system of the Charter”. En J. Combacau, “The exception of self-defence in UN practice”, en A. Cassese (ed.), *The current legal regulation of the use of force*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 9-38, p.32.

¹⁶⁸ “The decline of normative restraint can be seen in the broadening of the definition of self-defence and in the increasing resort to unilateral force by sovereign states. A consequence of this is to convert the rules of behavior embedded in the United Nations Charter into aspirational norms”. Concluye Falk, por tanto, que “the legal effort to regulate the recourse to force in international relations has virtually collapsed”. En R. A. Falk, *Revitalizing international law*, Iowa, Iowa State University Press, 1989, p. 96.

¹⁶⁹ A. C. Arend, *Legal rules and International Society*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 75.

del *jus ad bellum*, que es ya una realidad constatable¹⁷⁰ y que, por tanto, tomamos aquí como punto de partida a partir del cual continuar reflexionando sobre su naturaleza y alcance.

El propio Franck aprovechó la invasión de Iraq en 2003 para reivindicar la relevancia y actualidad del diagnóstico que había realizado 30 años atrás: “Article 2.4. has died again, this time, perhaps for good”¹⁷¹. El régimen jurídico del *jus ad bellum* habría quedado, por tanto, colapsado y desintegrado, sin ninguna validez ni eficacia jurídica. Michael Glennon, manifestó su convencimiento de que, en sus intervenciones posteriores a 2001, EEUU no había incurrido en violación del Derecho Internacional alguna por cuanto que las normas que regulan el uso de la fuerza habían perdido ya su validez jurídica y, por tanto, su carácter vinculante¹⁷². Los escépticos aprovecharon la coyuntura para señalar que el debilitamiento del régimen del *jus ad bellum* era, en realidad, nada más y nada menos que la consecuencia lógica de un exceso de optimismo y confianza en la capacidad del Derecho de regular el comportamiento de los Estados¹⁷³.

¹⁷⁰ Tom Farer, en un atinado epígrafe titulado “Iraq: a new normative rubicon?”, parte precisamente de esta premisa para indagar en los efectos que este hito puede tener en el Derecho Internacional. T. Farer, “The prospect for international law and order in the wake of Iraq”, en *American journal of International Law*, Vol. 97, No. 3, Julio 2003, pp. 621-628, p.626.

¹⁷¹ T. Franck, “What happens now?...”, *cit.*, pp. 607-608.

¹⁷² M. Glennon, “The fog of law: self-defense, inherence and incoherence in art. 51 of the UN Charter”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 25, 2002, pp. 539-58.

¹⁷³ P. Weil se refiere a la ilusión de progreso sin la realidad del progreso (*l'illusion du progrès sans la réalité du progrès*), en P. Weil, “Le droit international en quête de son identité”, en *Recueil Des Cours*, Vol. 237, 1996, pp. 9-369, pp 64 y 65. Véase también M. Glennon “How international rules die”, en *Georgetown Law Journal*, Vol. 93, 2005, pp. 990-991, p. 939, donde señala que el avance del Derecho Internacional se habría visto frustrado porque las previsiones de éxito estaban exageradas.

Se hablaba por tanto, sin complejos ni reparos, de que el régimen jurídico que regula el uso de la fuerza armada en el ámbito internacional habría pasado a mejor vida, lo que en Derecho implica que habría perdido su fuerza vinculante, su carácter jurídico. Evidentemente, cualquier postura que se adopte a la hora de enfrentar esta polémica depende directamente de las premisas que se manejen sobre una cuestión tan esencial en la Filosofía del Derecho como es la de la existencia y validez de las normas jurídicas. Difícilmente podemos discutir si –y por qué– una norma sigue siendo o no válida, u obligatoria, sin precisar en primer lugar qué se entiende por existencia, validez o vigencia de una norma jurídica. No podría reproducir aquí el debate sobre la validez y eficacia de las normas de Derecho Internacional Público, pero el batiburrillo de expresiones –a menudo poco elaboradas– que se han empleado para referirse a la “muerte” del artículo 2.4 requieren, a mi juicio, realizar ciertas aclaraciones preliminares. ¿Qué quieren decir cuando dicen que la norma que prohíbe el recurso a la fuerza ha muerto? ¿Que ha dejado de ser efectiva? ¿Que ha dejado de ser obligatoria? ¿Que ha dejado de existir? ¿Son acaso expresiones intercambiables todas ellas? ¿Cuándo una norma adquiere o pierde dichos atributos?

Glennon, uno de los máximos exponentes de la corriente realista norteamericana, ilustra su punto de vista en *How international rules dies*¹⁷⁴: afirma que en Derecho Internacional sólo “*son válidas*” aquellas reglas que “pocos Estados violan”¹⁷⁵, y se auto-identifica con Hart en cuanto a que: “the proof that binding rules in any society exist is simply that they are thought

¹⁷⁴ M. Glennon, “How International rules die”, en *The Georgetown Law Journal*, Vol 93, 2005, p. 939.

¹⁷⁵ *Ibid.* p. 940.

of, spoken of, and function as such. What more is required by way of foundations and why, if more is required, must it be a foundation of moral obligation?”¹⁷⁶

Continúa Glennon diciendo que “cuando una regla de Derecho Internacional ha sido repetidamente violado por un número significativo de Estados durante un largo período de tiempo, no hay razón para pensar que los Estados se sienten obligados a obedecer dicha regla”¹⁷⁷.

De lo anterior se desprende que, según esta corriente, sólo existen las normas jurídicas en la medida en que éstas son válidas y, a su vez, son válidas las normas que son eficaces (“escasamente violadas”), de modo que la validez jurídica depende de su efectividad¹⁷⁸. La premisa común, en definitiva, es que la “violación excesiva” o “la práctica inconsistente”, hacen que la vieja norma quede sin efecto.

No se puede cuestionar tal razonamiento sin antes increpar sus presupuestos teóricos sobre la validez de las normas. Frente a la corriente que propugna considerar la efectividad como condición de validez de las normas jurídicas, cabe entender la efectividad como el atributo de una norma que mide el grado de armonía entre el Derecho (el deber ser) y los

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 942. Citando a H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 226,

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 960.

¹⁷⁸ De ahí que este enfoque realista se haya tornado en algunos casos en un enfoque “negacionista” del Derecho Internacional, siguiendo la estela de John Austin: el Derecho Internacional, directamente, no sería Derecho. J. Austin, *The province of jurisprudence determined*, Ashgate Aldershot UK, 1998. Puede verse, por ejemplo, J. R. Bolton, “Is there really “Law” in International Affairs?”, en *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol 10, 2000, pp. 1-48.

hechos (el ser)¹⁷⁹. Como señalaba Touscoz: “la noción de efectividad expresa, desde el punto de vista jurídico, la *relación* que existe entre una determinada situación, una determinada realidad y un regla o situación jurídica”¹⁸⁰.

Desde este punto de vista, la efectividad desempeña un papel ciertamente esencial en el sistema jurídico internacional, por cuanto se presenta, por un lado, como garantía de estabilidad y perdurabilidad de aquellas normas que son efectivas (convalidación jurídica de la norma) y, al mismo tiempo, como factor de cambio de las que no lo son¹⁸¹. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la validez de las normas –a la que hay que dar una respuesta afirmativa o negativa-, la efectividad es susceptible de grados¹⁸²: las reglas jurídicas internacionales (dando por supuesta su validez formal) necesitan cierto grado apreciable de efectividad para su vigencia y permanencia. Esta manera de entender la relación existencia-validez-efectividad, implica rechazar la premisa según la cual la violación reiterada

¹⁷⁹ La efectividad así entendida da cuenta de la relación entre norma y conducta, lo cual remite directamente al problema de la obediencia del Derecho Internacional. Harold Hongju Koh distingue 4 posibles relaciones entre norma y conducta, siendo la obediencia uno de ellos: i) Coincidencia, ii) conformidad, iii) cumplimiento, iv) obediencia: a diferencia de las anteriores, implica una interiorización de la norma, una incorporación de la misma al sistema de valores y principios que opera en la sociedad. H. Hongju Koh, “Why do nations obey international law?”, en *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Vol. 106, 1997, pp. 2599-2659, p. 2601.

¹⁸⁰ J. Touscoz, *Le principe d’effectivité dans l’ordre international*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1964, p. 2, traducción mía. Cursiva mía, para recalcar la concepción de la efectividad no como un atributo de la norma sino como una variable que permite medir la relación entre las reglas y la realidad social. Véase también Ch. de Visscher, “Observations sur l’effectivité en Droit International Public”, en *Révue Générale de Droit International Public*, LXII, 1958, pp. 601-609.

¹⁸¹ A. Miaja de la Muela, “Nuevas realidades y teorías sobre la efectividad en Derecho Internacional”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, III; 1976, pp. 3-47, p.33 y p. 46.

¹⁸² *Ibid.*, p. 33.

de una norma implica su pérdida de validez –no ya en términos formales, sino absolutos: una regla que no se cumple no es una regla jurídica-.

Hecha esta consideración preliminar sobre los presupuestos teóricos, las objeciones a quienes invocan las violaciones de la norma internacional para proclamar su “muerte” jurídica son numerosas. En primer lugar, mientras que resulta relativamente fácil identificar los supuestos en los que una norma es vulnerada, no se puede cuantificar en cuántas ocasiones y hasta qué punto los Estados consciente y deliberadamente se abstienen en el uso de la fuerza y, sobre todo, es difícil apreciar hasta qué punto se abstienen por virtud de la prohibición 2.4 y no por consideraciones de otro tipo; la conducta respetuosa con la norma es impalpable e inconmensurable¹⁸³.

Aterrizamos en este punto en una cuestión tradicionalmente controvertida y de gran enjundia para la Filosofía del Derecho: la de la interpretación de las conductas y las declaraciones de los sujetos relevantes en la modificación y creación de normas, los Estados. Para determinar si, en virtud de determinado actuar sostenido en el tiempo, una norma ha pasado a mejor vida o ha emergido otra nueva que la suplante, hay que atender a los actos y a las palabras de los sujetos con poder transformador, los Estados¹⁸⁴. Los actos, los hechos, efectivamente revelan un incremento de los usos de la fuerza armada por parte de los Estados, especialmente después del 11-

¹⁸³ T. J. Farer, *Op. cit.*, p. 621.

¹⁸⁴ Sobre el valor de los hechos y de las palabras en el análisis de la formación de las normas consuetudinarias en Derecho Internacional, me remito a A. Bianchi, “The international regulation of the use of force: The politics of Interpretive Method”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, pp. 651-676, p. 663.

S; sin embargo, si atendemos a las declaraciones de los responsables de tales decisiones, la situación se vuelve más confusa¹⁸⁵. Cuando las palabras y los hechos no van en la misma dirección, la jurisprudencia internacional otorga más importancia a los pronunciamientos o declaraciones oficiales¹⁸⁶. Y, como sostiene la mayoría de la doctrina, en la comunidad internacional el silencio no es suficiente para demostrar apoyo a una u otra postura¹⁸⁷. Si aplicamos estas consideraciones al análisis de la realidad que nos ocupa, podemos llamar la atención sobre dos hechos altamente significativos: i) ningún Estado emplea el argumento de la invalidez de la prohibición a la hora de justificar su uso de la fuerza¹⁸⁸, ii) salvo excepciones¹⁸⁹, la mayoría de los Estados siguen a día de hoy manifestando su compromiso con la Carta (con el régimen del *jus ad bellum*) y su voluntad de respetar lo que en ella se consagra. Cuando un principio es repetida y casi unánimemente declarado como una

¹⁸⁵ Las mismas normas, las mismas expresiones, pueden ser invocadas y empleadas por parte tanto de los Gobiernos que justifican un ataque como por parte de los que lo sufren, lo cual contribuye a elevar la confusión y a deteriorar el significado de las palabras de la norma. Lo que es común a unos y otros, es el esfuerzo por explicar y justificar su conducta en los términos exigidos por la regulación normativa.

¹⁸⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Case no. IT 94-I-AR72, 2 octubre 1995, párrafo 99: “in appraising the formation of customary rules or general principles one should therefore be aware that, on account of the inherent nature of this subject matter, reliance must primarily be placed on such elements as official pronouncements of states, military manuals, judicial decisions”.

¹⁸⁷ T. J. Farer, *Op. cit.*, p.621; A. Bianchi, “The International regulation of the use of force...”, *cit.*

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 651-676.

¹⁸⁹ En estas excepciones se basan precisamente quienes sentencian el *jus ad bellum* muerta. Volvemos a remitirnos a Thomas Franck que, en defensa de su postura, alega que los Estados ni siquiera se molestan en ofrecer justificaciones legales a sus conductas. Véase T. Franck, “What happens now...”, *cit.*, p. 608.

regla jurídica básica, ni siquiera múltiples violaciones tienen el poder constitutivo de crear una regla en sentido contrario¹⁹⁰.

Pero no es aquí donde el debate queda zanjado. Quienes ven en el régimen jurídico actual un estorbo para la política exterior de sus gobiernos no dudan en señalar que, en cualquier caso, éste habría quedado obsoleto, inadaptado a los nuevos tiempos y a las nuevas amenazas, por lo que el debate cobra una nueva dimensión: independientemente de si se ha visto o no alterado, lo que hay que discutir es si debería o no ser revisado o, incluso, eliminado. Pero ¿puede el ordenamiento jurídico internacional desentenderse de la regulación del uso de la fuerza? Los detractores del sistema actual prosiguen en su razonamiento alegando que, en las relaciones entre Estados y en las decisiones que éstos toman operan –disuadiendo y desalentando– otros factores no jurídicos tales como los equilibrios de poder, la opinión pública o la reputación moral, de modo que niegan que el fin de la prohibición del uso de la fuerza marque el camino hacia el caos en el orden internacional¹⁹¹. El presupuesto teórico que subyace a tal consideración es que la prohibición de la fuerza no es un elemento constitutivo del orden jurídico internacional o, dicho de otro modo, que la existencia del ordenamiento jurídico internacional no depende de la existencia de dicha prohibición, de modo que cabe imaginar un sistema jurídico internacional en el que rija la libertad de los Estados en el recurso a la fuerza sin que ello conduzca al caos,

¹⁹⁰ O. Schachter, “In defense of International rules on the use of force”, en *The University of Chicago Law Review*, Vol 53, No.1. Winter 1986, pp. 113-146, p. 131. “Contrary usage alone should not terminate a principle that states have strongly affirmed to be a condition necessary for order”.

¹⁹¹ Es lo que sostiene, entre otros, J. D’Aspremont, “Mapping the concepts behind....”, *cit.*, p. 1141.

al desorden y, en definitiva, a la inexistencia de Derecho¹⁹². La prohibición del uso de la fuerza contribuye –reconocen– a la preservación de alguno de los fines de ese ordenamiento jurídico; concretamente, constituye una garantía para la preservación de un determinado orden – el orden westfaliano–, de una determinada manera de configurar la sociedad internacional¹⁹³. Pero el ordenamiento jurídico cumple otras funciones además de asegurar dicho orden, de modo que cabe imaginar un sistema jurídico internacional que prescindiera de una regulación de la fuerza armada entre Estados. La ausencia de esta regla, admiten, implicaría una transformación radical del ordenamiento jurídico tradicional tal y como lo conocemos que, en su nueva deriva, se centraría en la labor de promoción de justicia, pero no implicaría la disolución del Derecho Internacional. La reciente tendencia del Consejo de Seguridad a atender cada vez más consideraciones de justicia dentro de una ampliada noción de paz y seguridad serían una prueba –nos dicen– de cómo podría el CS y el sistema de la ONU en su conjunto sobrevivir, readaptados, al final de la prohibición de la fuerza¹⁹⁴.

Llama la atención que una corriente que fundamenta el Derecho Internacional en el interés de los Estados, rechazando completamente la remisión a ideas morales o de justicia, defiende acto seguido su eventual transformación hacia un sistema que ponga el acento en la justicia y prescindiera de la preservación de otros intereses, como la paz o el orden. D'

¹⁹² *Ibid.*, p. 1142.

¹⁹³ “The prohibition is meant to preserve a given configuration of the international community and the legal order that corresponds with it”. J. D’Aspremont, “Mapping the concepts behind...”, *Op. cit.*, p. 1098.

¹⁹⁴ J. D’Aspremont, “Mapping the concepts behind...”, *Op. cit.*, pp. 1144-46.

Aspremont, por ejemplo, declara su deseo de modernizar la concepción del Derecho Internacional mediante una recuperación de una visión neo-hobbesiana del orden jurídico, pero niega la premisa hobbesiana según la cual la ausencia de límites a la fuerza implica un estado de naturaleza.

No encontrará el lector en esta tesis una defensa de la concepción kantiana del Derecho Internacional, basada en unos valores morales universalmente compartidos. Al menos no en el Derecho Internacional que regula el uso de la fuerza entre Estados¹⁹⁵. Entendemos que los Estados se dotaron de las reglas que prohíben –o limitan– el uso de la fuerza armada no porque fuese éste un ideal compartido o un valor moral universal, sino por interés, un interés nacional de cada uno de ellos, pero también colectivo. Como dice Charles de Visscher:

“It is not possible at one and the same time to base international relations on the independent existence of states and to concede to each state state the sovereign right to right take up arms to attack or destroy that independence”¹⁹⁶.

Considerar que una sociedad en la que los Estados son libres de violar la integridad territorial y la independencia de otros Estados puede ser estable por virtud de otros condicionantes de tipo ético, económico, político o moral cuando, precisamente, se apunta al manifiesto desinterés de los Estados

¹⁹⁵ Cuestión distinta es el problema de la fundamentación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹⁹⁶ C. de Visscher, “Theory and reality in public international law”, Princeton, Princeton University Press, 1968.

en cumplir la norma jurídica convencional como causa de su pérdida de validez, es otra contradicción. Si no se comportan de una manera habiendo una norma jurídica que les pauta cómo comportarse, ¿qué nos hace pensar que sí se comportarían de esa manera en ausencia de una regulación jurídica? Si la norma jurídica no les disuade, si no hay suficientes razones para obedecer la norma¹⁹⁷, ¿por qué íbamos a pensar que condicionantes de otra naturaleza –moral, política, etc- sí iban a funcionar? ¿Si cuando hay Derecho, actúan de forma X, qué nos hace pensar que, en ausencia de Derecho, actuarían de forma Y?

La lógica, incluso la mera observación de las relaciones internacionales, nos indican que si el Derecho abandonase la prohibición de la guerra, dadas las características actuales del orden internacional (me refiero al desigual reparto de poder), las grandes potencias militares no encontrarían ningún tipo de restricción en el empleo de la guerra y los Estados más débiles se verían claramente desprotegidos, dando entrada así, no sólo a

¹⁹⁷ La pregunta de por qué los Estados obedecen el Derecho Internacional ha sido ampliamente debatida por la Filosofía del Derecho Internacional desde sus orígenes. La respuesta depende de la visión que se adopte sobre los fundamentos del Derecho Internacional. A modo de síntesis, podríamos identificar las siguientes doctrinas o escuelas: i) los negacionistas del Derecho Internacional: no cabe hablar de obediencia (ni de incumplimiento) puesto que el Derecho Internacional carece de carácter jurídico. En esta corriente ubicaríamos a John Austin o John R. Bolton; ii) la corriente hobbesiana utilitarista o racionalista, según la cual los Estados obedecen porque está en su interés (en términos de beneficio o utilidad) hacerlo; iii) la escuela internacionalista liberal kantiana: los Estados obedecen guiados por un sentido de obligación moral que se deriva de consideraciones de legitimidad o justicia; iv) la corriente internacionalista inspirada en Grocio considera que los Estados obedecen el Derecho Internacional, no únicamente atendiendo a cálculos de coste-beneficio, sino también en virtud de motivos comunitarios. Aquí se enmarcaría la corriente británica de la sociedad internacional, como Hedley Bull; v) Corriente constructivista, que describe un proceso discursivo ente la conducta y la norma. Oscar Schachter. Para ver un repaso de las diferentes maneras de enfocar esta cuestión a lo largo del tiempo y el espacio, me remito a Harold Hongju Koh, “Why do nations obey International Law”, en *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Paper 2101, 1997.

la arbitrariedad de unos y consecuente inseguridad de otros, sino, en definitiva, a un desorden que, creemos, si nos remitiría a una especie de estado pre-jurídico¹⁹⁸.

Conviene recordar que el sistema de Naciones Unidas se creó –bajo el trauma de la experiencia de dos guerras mundiales consecutivas- con la intención específica y manifiesta de crear una estructura que permitiese preservar el orden y la paz¹⁹⁹. Las discusiones sobre el diseño de un sistema jurídico internacional comenzaron cuando la guerra aún seguía causando estragos y, en ese contexto, se pensaba, como no podía ser de otra manera, que “el” peligro, el gran peligro para la convivencia internacional, era la guerra. La guerra era el gran mal a evitar. Como dice Hinsely, “the Charter was less interested in legal and just settlemente, the great danger was war and any settlemente was better than war”²⁰⁰.

La Carta Atlántica de 1941, la Declaración de Naciones Unidas de 1942 y la Declaración de Moscú de 1943 no hacían mención alguna a labores sociales, económicas o humanitarias²⁰¹. Aunque La Carta de Naciones Unidas sí introdujo la preocupación y concienciación por el mantenimiento de unas condiciones de justicia mínimas –a cuyo fin fue diseñada la Asamblea General-, la Carta se pensó con el fin primordial de mantener la paz entre los Estados. Es cierto, sin

¹⁹⁸ Vid., O. Schachter, “In defense of International rules on the use of force...”, *cit.*; M. Sornarajah, *Op. cit.*, pp.19-57; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (3 vols.), trad. De P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Migue, Madrid, Trotta, 2011, Vol. II.

¹⁹⁹ Véase también M. Koskenniemi, “The Police in the Temple...”, *cit.*, pp. 325-348.

²⁰⁰ F.H. Hinsley, *Power and the Pursuit of Peace: Theory and Practice in the History of Relations between States*, 1963, p. 338

²⁰¹ M. Koskenniemi, “The Police in The Temple....”, *cit.*, p. 335.

embargo, que el devenir de los acontecimientos fue abriendo una brecha cada vez mayor entre la Carta y la realidad. El Consejo de Seguridad, en un intento de superar su constatada inoperatividad como garante de la seguridad y de evitar caer en la irrelevancia, fue prestando cada vez más atención a labores de “justicia”, al tiempo que la Asamblea General, cuyas competencias tenían que ver con cuestiones sociales, económicas –de justicia, en definitiva- fue cobrando más protagonismo y visibilidad y, además, se adentró también en cuestiones de “paz y seguridad internacional” en la medida en que el significado de dicha expresión se estiraba y dilataba²⁰².

La inclinación del CS hacia asuntos de justicia –fruto de su parálisis en cuestiones de paz y seguridad-, más que una prueba de que el CS en particular y la ONU en general podrían repensarse y adaptarse a una realidad internacional donde el uso de la fuerza no estuviese restringido, son de hecho una tendencia problemática que habría que revertir. La injerencia del CS, guardián del orden y de la paz, en cuestiones sociales, políticas o económicas –en la medida en que dichas condiciones se entienden ahora como componentes clave de la nueva y ampliada noción de “seguridad”- plantea varias objeciones. No se trata sólo de cuestionar la corrección de ciertas ecuaciones que establecen relaciones causales entre determinadas condiciones (valores, o sistemas políticos), y sus resultados (paz)

²⁰² Según la Carta, el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad primordial en materia de paz y seguridad. El artículo 10 de la Carta confiere a la Asamblea General una responsabilidad global sobre cualquier asunto incluido en el ámbito de competencias de la ONU y el artículo 11 le asigna una responsabilidad subsidiaria en cuanto al mantenimiento de la paz. D. Zaum, “The Security Council, the General Assambly and war: the uniting for peace resolution”, en A. Roberts y D. Zaum (eds.), *Selective Security, war and the UN Security Council since 1945*, Routledge, 2008, pp.154-174.

(como por ejemplo sostiene la tesis de la paz democrática)²⁰³, sino de denunciar que, fuera como fuere, la democracia o la justicia son ideales que no pueden ser implantados desde fuera, -mucho menos por medio de la guerra. Lo anterior no significa que el sistema internacional no deba preocuparse por problemas como la miseria, el sufrimiento humano, la ausencia de derechos humanos o de democracia. Significa que la fuerza no debe ser empleada para conseguir tales fines y que el CS, por su diseño, estructura y funcionamiento, no debería inmiscuirse en la implementación de una buena vida. No digamos ya los Estados unilateralmente.

1.7. OBSERVACIONES FINALES

Los discursos legitimadores de las intervenciones armadas de los últimos años en Afganistán, Iraq, Siria o Libia han desafiado el *jus ad bellum* consagrado en La Carta de Naciones Unidas, bien mediante la invocación de una legítima defensa ampliada o de una interpretación expansiva de “amenaza para la paz”, bien mediante la invocación de la necesidad de superar las estrictas limitaciones jurídicas y la parálisis del Consejo. Ninguno de estos “modos” de impugnación del *jus ad bellum* son en rigor una novedad en el permanente debate filosófico-jurídico sobre la legitimidad de la decisión de

²⁰³ M. Koskenniemi, “The Police in The Temple...”, *cit.*, p. 343. La tesis de la paz democrática sería un ejemplo de teoría que establece conexiones causales entre un sistema político –la democracia- y la paz. Puede verse Gelardo, T., *La tesis de la paz democrática y el uso de la fuerza. Discusión sobre el supuesto liberal en la legitimación de las intervenciones Internacionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

emplear la fuerza, pero se han intensificado y popularizado con ocasión del dispositivo de la “guerra contra el terrorismo”.

Puesto que la apelación a argumentos como la “justicia” y “la moralidad” se repetirá en los distintos escenarios en los que la práctica de los Estados bajo la GGCT se ha desviado del marco jurídico vigente, dejaremos para más adelante el análisis de los peligros que entraña esta retórica legitimadora. Mi preocupación en este primer capítulo se ha centrado “únicamente” en poner a prueba la resistencia de los discursos que apuntan a la emergencia de una nueva regulación, más permisiva, del *jus ad bellum*, en su caso, a la necesidad de modificar o superar la regulación actual.

En este sentido, repasado el estado de la cuestión antes y después del 11-S y descartada la tesis de la “muerte” jurídica del sistema, he tratado de argumentar por qué ni las debilidades o disfuncionalidades del sistema –que las hay- ni el hecho de que existan violaciones justifican una flexibilización o incluso liberalización del uso de la fuerza y, mucho menos, el retorno a la discrecionalidad²⁰⁴. A los Estados más poderosos les podrá seducir la idea puesto que, en efecto, la visión realista del poder impone que allí donde interese al poder hegemónico relajar las restricciones legales en el uso de la fuerza, dichas restricciones deben ser revisadas o eliminadas²⁰⁵; pero modificar el *jus ad bellum* esos términos supondría dar un paso atrás y convertir el ordenamiento jurídico internacional en una herramienta a través de la cual los Estados más poderosos pueden ejercer su

²⁰⁴ O. Schachter, “In defense of International rules on the use of force...”, *cit.*, p. 145.

²⁰⁵ M. Sonarajah, *Op. cit.*, p. 47.

poder²⁰⁶. El menoscabo sería patente, no sólo para los Estados más débiles, para los cuales el Derecho Internacional ofrece garantías y seguridad, sino para el conjunto de la comunidad internacional, en cuyo interés está, como ya hemos señalado, que los Estados funcionen en sus decisiones sobre el uso de la fuerza conforme a determinadas restricciones de carácter jurídico.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 20.

CAPÍTULO II²⁰⁷

LA CRISIS DE LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO EN DERECHO INTERNACIONAL

2.1. INTRODUCCIÓN

Nuestra preocupación se ha centrado hasta ahora en el análisis de las decisiones sobre el empleo de la fuerza armada, pero el recurso a la fuerza –tanto si es legal como ilegal- no necesariamente conduce a la guerra²⁰⁸. En la medida en que el entonces Presidente G. W. Bush se encargó de enmarcar todas sus decisiones sobre el recurso a la fuerza en un contexto de declarada “guerra” contra el terrorismo, hasta ahora hemos empleado dicho término acriticamente, posponiendo, hasta este momento- una cuestión esencial: ¿qué entendemos por guerra?

²⁰⁷ En este capítulo retomo y desarrollo las ideas ya expresadas en A. Aldave, “La crisis de la noción de conflicto armado en Derecho Internacional: ¿vestigio de una realidad extinta?”, en R. Campione & F. Ruschi (coords.), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 21-45.

²⁰⁸ Lo aclara Ferrajoli en L. Ferrajoli, *Razones jurídicas para el pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 32-34. Ferrajoli explica que la Carta ha desterrado la guerra en su preámbulo y en su articulado. Se prohíbe expresamente la guerra como “medio de resolución de las controversias internacionales”, admitiendo como única excepción la autodefensa, que en rigor no sería “guerra”. Fuera de la autodefensa, el único ejercicio de fuerza permitido en La Carta es el reservado al Consejo de Seguridad. Pero este ejercicio de fuerza no se pensó como guerra sino como operaciones de policía.

La necesidad de examinar (¡y cuestionar!) los parámetros tradicionales que nos permiten identificar la guerra se vuelve especialmente apremiante dados los tiempos que corren. Unos tiempos en los que, a la heterogeneidad de los fenómenos violentos recientes, se suma la confusión que reina en el lenguaje a la hora de denominar dichos fenómenos.

Ante esta compleja y desafiante problemática, el objetivo de este capítulo no es otro que el de valorar si el término que se está empleando sistemáticamente para caracterizar los fenómenos violentos acontecidos en el contexto de la lucha contra el terrorismo es coherente con el marco jurídico de referencia y, sobre todo, examinar críticamente los fundamentos de las propuestas que, aprovechando el fenómeno de la transformación de los conflictos contemporáneos, reclaman una revisión de los estándares jurídicos tradicionales con vistas a flexibilizar la noción de “guerra”.

2.2. GUERRA Y DERECHO: LA IMPORTANCIA DE LAS PALABAS

La tradicional reticencia de los gobiernos a emplear un lenguaje bélico que reconociera la existencia de un estado de guerra, choca ahora con la presteza con la que se ha invocado el paradigma bélico²⁰⁹ como marco normativo adecuado bajo el cual desplegar toda una serie de políticas de seguridad que, nos dicen, son necesarias para combatir las nuevas amenazas. De un modo u otro, pues, la palabra “guerra” está hoy más presente

²⁰⁹ Un paradigma bélico *sui generis* o “retocado” que, como veremos en el capítulo III, desafía algunos principios fundamentales del paradigma bélico tradicional.

que nunca en el discurso político y mediático dominante, especialmente a raíz de la denominada “guerra global contra el terrorismo” declarada oficialmente tras los atentados del 11 de septiembre de 2001.

El término “guerra” es frecuentemente empleado en el lenguaje coloquial para referirse a un estado de condena frente a “enemigos” que pueden ser más o menos abstractos, como sucede cuando hablamos de la “guerra contra el narcotráfico”, la “guerra contra el cáncer” o la “guerra contra el patriarcado”, por citar algunos ejemplos²¹⁰. La elección del término “guerra” es en estos casos una elección meramente semántica que no incorpora especiales consecuencias jurídicas con respecto a otras opciones alternativas que el lenguaje nos ofrece, tales como “lucha” o “batalla”.

Sin embargo, el día que el presidente de EE.UU, George W. Bush declaraba la guerra al terrorismo se desencadenó una polémica conceptual acerca del término empleado y acerca de la correcta denominación de la confrontación, ya fuese en términos de amenaza criminal o en términos de conflicto armado o guerra²¹¹. Como señala Betancur, dicha disputa trascendería el

²¹⁰ Atendiendo a la etimología, la palabra “guerra” proviene de las lenguas germánicas, concretamente del sajón «wer». Las lenguas románicas adoptaron esta misma raíz en lugar del término latino «bellum» (probablemente para diferenciarlo de un término radicalmente opuesto como era «bello»). Así, «wer» pasó a ser «werra» en latín, «war» en inglés, «guerre» en francés, y «guerra» en español. Véase L. Ortiz Sánchez, *¿Legitimidad de la guerra justa? Una revisión de la teoría de la guerra justa*, Universitat de Valencia, Servei de Publicacions, 2011, p.15.

²¹¹ Comúnmente, los términos “guerra” y “conflicto armado” se usan indistintamente, y así se procederá en este trabajo, en el que ambas expresiones se emplearán con carácter intercambiable. No sin antes matizar que la mayor parte de los instrumentos jurídicos internacionales han pasado a usar con más frecuencia la expresión “conflicto armado” por ser considerado más preciso, justamente debido al uso expansivo que se hacía del término “guerra”.

plano simbólico y abstracto de las ideas para anclarse en la realidad política y jurídica con sus múltiples implicaciones²¹².

Este uso -y abuso- del término desde esferas políticas y mediáticas tiene un indudable impacto en la psique de la sociedad pues, como observa Durandin, “la existencia de palabras hace creer en la existencia de cosas”²¹³, hasta el punto de que la reiteración de una palabra o expresión puede acabar instalando una certeza en el imaginario de la sociedad²¹⁴. Pero nosotros nos ocuparemos aquí de los aspectos jurídicos, ¿es guerra todo aquello que hoy se señala como guerra? Como veremos, los problemas que enfrenta el Derecho a la hora de calificar como guerra muchas de las realidades que hoy reciben tal denominación han desencadenado una polémica en torno a la vigencia del concepto de conflicto armado. Por un lado, decir que hay o no conflicto armado se enmarcaría dentro de lo que el historiador y filósofo alemán Reinhart Koselleck define como una “lucha por las denominaciones”²¹⁵, una suerte de batalla por el control del lenguaje que busca influir en la conciencia de los demás porque, como explica Walzer, es importante fijar ciertos conceptos, significados y normas comunes a todos, ya que “sólo cuando su contenido está lo suficientemente claro podemos utilizar los términos (...) de forma categórica”²¹⁶.

²¹² Véase J.G. Betancur Betancur, “Conflicto Armado vs. Amenaza terrorista. La Disputa por un Concepto” en *Reflexión política*, Año 12, No. 24, 2010, pp. 68-77.

²¹³ G. Durandin, *La información, la desinformación y la realidad*, Barcelona, Paidós, 1995, p.121.

²¹⁴ Para explorar esta idea más a fondo, nos remitimos a T. León Gross, “El lenguaje y la guerra: subordinación de los medios al discurso político ante el ataque a Irak”, en *Revista de Estudios sobre Comunicación*, No.15, 2003.

²¹⁵ R. Koselleck, *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Edición Paidós, 1993, pp. 109-110.

²¹⁶ M. Walzer, *Guerras justas e injustas...., cit.*, p. 42.

En el pensamiento hobbesiano, esta relación entre lenguaje, política y guerra, se aborda desde la perspectiva del nominalismo, que atribuye al poder soberano la facultad de determinar el contenido de las palabras para evitar su uso interesado²¹⁷. Pero en el nuevo orden internacional, en el que los conceptos de Estado-nación y el de soberanía están en crisis, esta idea del poder absoluto del soberano ya no se sostiene²¹⁸. Por su parte, también Clausewitz apunta que el acto crucial de todo jefe militar, a la hora de determinar las estrategias bélicas apropiadas, radica en identificar a qué amenaza y a qué guerra se está enfrentando, es decir, en la acción de caracterización del contexto²¹⁹.

²¹⁷ Consciente del impacto del lenguaje en la configuración del orden político y en particular de la guerra, Hobbes comprendió que el uso del lenguaje, su contenido semántico, no podía estar supeditado a las pasiones de las personas, de manera que era necesario otorgar la potestad de regulación del lenguaje al soberano. Véase C. Rodríguez Rodríguez, “Conflicto Armado Interno en Colombia? Más allá de la Guerra de las Palabras”, en *Revista Magistro*, Vol.4, No. 7, 2010, pp. 111-125. De la misma autora, véase también C. Rodríguez Rodríguez, “Convencionalismo jurídico y nominalismo de Estado. Una lectura de la coyuntura política colombiana desde la semántica hobbesiana”, en *Revista Magistro*, Vol. 1, No. 5, 2009, pp. 89-101. Sobre el lenguaje y la manipulación política. También V. Klemperer, *The Language of the Third Reich. LTI, Lingua Tertii Imperii: a philologist's notebook*, London and New York, Continuum, 2002. El nominalismo de Estado es una categoría introducida por Watkins para señalar cómo en el sistema filosófico hobbesiano se plantea la unión entre lenguaje y política con la finalidad de garantizar el triunfo del orden sobre el caos. J.W.N. Watkins, *Hobbes's system of ideas*, Londres, Hutchinson University Library, 1965.

²¹⁸ Un estudio pormenorizado de la genealogía, del despliegue y del posterior declive del concepto Estado-Nación, lo encontramos en la obra de Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*, Paidós, 2002. En ella, además, los autores hablan del surgimiento de una nueva lógica o estructura de organización y de dominación sin fronteras, opuesta al imperialismo que operaba en la sociedad de los Estado-nación, y que los autores denominan “imperio”. Sobre la crisis de la noción tradicional de soberanía y el fin del monopolio de los Estados en la violencia legítima: A. Colombo, “El terrorismo entre legalidad y legitimidad. El insostenible monopolio de los Estados sobre la noción de violencia ilegítima”, en Roger Campione y Filippo Ruschi (coords.), *Guerra, Seguridad y Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 78-110.

²¹⁹ K.V. Clausewitz, *De la guerra. Táctica y estrategia*, Barcelona, Idea, 1999.

Sin embargo, en la designación de estas realidades está en juego mucho más que una definición, y en esto precisamente reside el problema, pues del concepto escogido se derivan consecuencias no sólo políticas o sociológicas, sino también jurídicas, tanto para los individuos como para los Estados. La relevancia de esta cuestión es inmejorablemente puesta de manifiesto por Ferrajoli cuando dice que “en ninguna otra materia como en el de la violencia política, los significados asociados a los términos de la cuestión –guerra y terrorismo- son tan decisivos en la determinación de nuestras concepciones y en la orientación de nuestras elecciones y nuestras prácticas”²²⁰.

2.3. UNA APROXIMACIÓN AL HECHO DE LA GUERRA DESDE EL DERECHO

La guerra es un fenómeno cuya existencia se remonta a la Prehistoria²²¹. Durante el Paleolítico superior, la violencia intergrupal era un fenómeno más bien moderado, pero después del desarrollo de la agricultura “es probable que la guerra se tornara más frecuente y letal”²²². Desde entonces y hasta nuestros días, la presencia de las guerras ha sido una constante en la historia de la humanidad. Aunque el optimismo propio de la Modernidad y de la cosmovisión liberal quiso presentarnos las

²²⁰ L. Ferrajoli, “Guerra y Terrorismo Internacional. Un análisis del lenguaje político” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX, 2009, pp. 13-33, p. 14.

²²¹ “Podemos descubrir algunos de los primeros rasgos característicos de la guerra en tiempos anteriores a los de aquellos asentamientos del Neolítico y del Paleolítico Superior y Medio”. En A. Ferril, *Los orígenes de la guerra (desde la Edad de Piedra a Alejandro Magno)*, Madrid, Ediciones Ejército (Estado Mayor del Ejército), 1987, p. 26.

²²² M. Harris, *Caníbales y Reyes. Los orígenes de las culturas*, Barcelona, Salvat, 1986, p.40

guerras como meros residuos “de fases de desarrollo primitivas de la humanidad”²²³, este espejismo no duró mucho. El sueño del perfeccionamiento del *homo sapiens*, de la victoria de la razón, del ennoblecimiento del espíritu y, en definitiva, del fin de las guerras, no fue más que eso, un sueño²²⁴, una ficción que la historia se encargó de desmentir porque, como señala Joas, no podemos “esperar una imagen idílica y cien por cien positiva de la modernidad si aceptamos y abordamos el hecho de la guerra con seriedad”²²⁵.

Por otro lado, la preocupación en torno a dicho problema y las cuestiones relacionadas con el mismo –origen, etiología, genealogía, definición, desarrollo, justificación, etc- han desvelado tanto a pensadores clásicos como a intelectuales de nuestro tiempo, suscitando siempre, en cualquier tiempo y lugar, prolijos y extensos debates que, lejos de ser patrimonio exclusivo de una disciplina, se han nutrido de la sabiduría de un sinfín de perspectivas y disciplinas diferentes, cada una de las cuales ha elaborado -y continúa elaborando- su propia teoría y, en definitiva, su propio concepto de guerra.

Desde una perspectiva antropológica y filosófica, frente a quienes describen el fenómeno bélico como una realidad consustancial a la naturaleza del ser humano, o como un producto de nuestra condición natural y biológica²²⁶, otros,

²²³ H. Joas, *Guerra y Modernidad. Estudios sobre la historia de la violencia en el siglo XX*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 68 y 69.

²²⁴ W. Sofsky, *Tiempos de horror*, Madrid, Siglo XXI, 2004, p. 57.

²²⁵ H. Joas, *op.cit.*, p. 66.

²²⁶ Sigmund Freud, creador del psicoanálisis de la mente humana, en una línea marcadamente hobbesiana según la cual es nuestra propia naturaleza la que nos empuja a la violencia, habla de “impulsos primitivos, salvajes y malignos de la humanidad” que “persisten, aunque reprimidos, en el inconsciente”. Véase A. Einstein y S. Freud, *¿Por qué la guerra?*, Barcelona, Editorial Minúscula, 2001. También la de Nietzsche es

como M. Harris, la presentan como una forma particular de actividad organizada que surgiría –en la misma medida en que lo han hecho otras características estructurales como el comercio, la división del trabajo, etc- como resultado de un proceso cultural²²⁷, y “no de instintos bestiales u otras patologías humanas biológicas”²²⁸.

Si centramos la atención en la definición y descripción del fenómeno bélico en sí mismo, son muchas las teorías sociológicas que han estudiado la guerra como hecho violento, definiéndola en base a las características que la distinguen respecto de otros fenómenos pertenecientes al mismo género. En este sentido, apunta Gaston Bouthol –pionero de la sociología de la guerra- que la guerra se caracteriza por ser a) un fenómeno colectivo, b) una situación de lucha armada y c) tener carácter jurídico²²⁹. Lo más interesante de esta descripción es que, como observa Campione, entiende que las reglas no sólo influyen en el aspecto regulativo sino que también desempeñan un papel esencial en la identificación del “logos de la guerra”, es decir, que participan en su mismo semblante constitutivo²³⁰. En la misma línea señala Van Der Dennen que es el carácter, instrumental,

una filosofía que acepta la guerra, la tensión, el conflicto, como condición natural de la realidad y de la vida. H. Siemens, “Haciendo la guerra a la guerra: Nietzsche contra Kant, a propósito del conflicto”, en *Revista Pléyade*, No.13, Enero-junio 2014, pp.87-106, p.92.

²²⁷ “Aunque los hombres puedan tener tendencias agresivas, no existe razón para que tales tendencias no puedan ser reprimidas, controladas o expresadas de otros modos diferentes del combate armado; la guerra es una forma particular de actividad organizada que se ha desarrollado durante la evolución cultural”. Véase M. Harris, *Introducción a la antropología general*, Madrid, Alianza Universidad Textos, Edición revisada y ampliada 1988, p. 296.

²²⁸ R. Campione, *El nomos de la guerra. Genealogía de la “guerra justa”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 37.

²²⁹ G. Bouthoul, *Traité de Sociologie: Les Guerres, Eléments de Polémologie*, París, Payot, 1951.

²³⁰ R. Campione, “Trilema de *Polemos...*”, *cit.*, p. 197.

regulado y a veces hasta ritualizado –además de colectivo, intencional e institucionalizado- de la violencia lo que nos permite diferenciar el fenómeno bélico del resto de hechos violentos²³¹. Headley Bull, sin embargo, pone el acento en el carácter político de los actores al señalar que la guerra es:

“La violencia organizada que unas unidades políticas utilizan contra otras. La violencia no es guerra a menos que se lleve a cabo en nombre de una unidad política. (...) Asimismo, la violencia ejercida en nombre de una unidad política no es una guerra a menos que vaya dirigida contra otra unidad política”²³².

Ahondar en el estudio de las distintas concepciones teóricas sobre la guerra, si bien resulta intelectualmente tentador, nos desviaría del propósito de este punto del trabajo, a saber, aterrizar en el marco jurídico de referencia y examinar su definición y tratamiento del hecho bélico. Baste esta brevíssima muestra para poner de manifiesto que, así como las guerras difieren radicalmente entre sí en origen, etiología y efectos, también (o precisamente debido a ello) en las teorías acerca de la guerra domina la diversidad de enfoque²³³. De entre todas las preocupaciones que el fenómeno bélico ha suscitado, nos

²³¹ Véase H. Van Der Dennen, “Sobre la guerra: conceptos, definiciones, datos de investigación. Un breve examen de la literatura y la bibliografía existentes”, en *UNESCO Anuarios de Estudios sobre Paz y Conflictos*, Fontamara, Barcelona, Vol. I, 1986, p.116.

²³² H. Bull, *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*, Madrid, Catarata, 2005, p. 237.

²³³ E. González Calleja, “Reflexiones Sobre el Concepto de Guerra Civil”, en *Gladius: Estudios Sobre Armas Antiguas, Armamento, Arte Militar y Vida Cultural En Oriente y Occidente*, No. 20, 2000, p. 303.

interesa especialmente la reflexión, relativamente reciente vista en perspectiva histórica, de la guerra en el contexto del Derecho Internacional. Cualquiera que sea la causa primaria de la violencia que nos aboca a la guerra, es la cuestión relativa a su caracterización jurídica lo que aquí queremos examinar más a fondo.

“Cualquiera que sea la causa”. Recordemos lo señalado en el capítulo anterior en el que, precisamente, nos hemos ocupado de repasar cómo se ha tratado el problema de los motivos (la justificación) de la guerra a lo largo de la historia. Recordemos, pues, que hubo que esperar a la crisis del paradigma medieval de la guerra justa para que se abriera paso la idea de que los juicios sobre las causas –juicios tradicionalmente morales, religiosos o filosóficos- debían quedar fuera del debate sobre la guerra que, de hecho, debía ser un debate estrictamente jurídico. Como ya hemos señalado, uno de los primeros en reivindicar que la definición de la guerra y las reglas sobre la misma debían ser cuestiones que pertenecieran exclusivamente al campo de los juristas fue Alberico Gentili (s.XVI) al proponer un “modelo procesal” según el cual una guerra, para ser legalmente una guerra, únicamente debía satisfacer ciertos requisitos de forma²³⁴. Durante la época moderna, con la consagración del modelo de sociedad internacional inter-estatal surgido de la paz de Westfalia, la guerra se convertirá en un derecho, en un instrumento

²³⁴ Hasta entonces, los estudios sobre la guerra llevados a cabo durante la Edad Media se habían centrado en su justificación y legitimación desde la fe y desde la moral cristiana, dando cada vez más cuerpo al *jus ad bellum* (de la mano de la Doctrina de la Guerra Justa) pero sin reparar aún en el *jus in bello* (que trataremos en el capítulo III). Para el *jus ad bellum*, me remito al punto 1.2 del capítulo I de este mismo trabajo. Un repaso mucho más detallado de las distintas construcciones doctrinales de La Guerra Justa a lo largo de la historia lo encontramos en R. Campione, *El nomos de la guerra...*, cit.

perfectamente legal y legítimo de defensa de intereses al que podían recurrir entre sí –entre iguales- los Estados, únicos entes soberanos y, por ende, titulares exclusivos del *ius belli*²³⁵. Esta nueva relación entre soberanía y guerra sería uno de los rasgos fundamentales del sistema jurídico-político moderno: recurrir a la guerra era visto como el atributo supremo de la soberanía, la expresión más genuina de su calidad de Estado; incluso, se ha indicado que la propia guerra contribuyó a la consolidación de los nuevos Estados-nación en tanto en cuanto éstos, para desempeñar la guerra, no sólo crearon ejércitos regulares, sino también complejas máquinas burocráticas para la recaudación de impuestos, la mejora de la eficiencia administrativa o de los servicios públicos. Como dijo Charles Tilly, “la guerra hizo los Estados y viceversa”²³⁶. Otra consecuencia del nuevo orden jurídico engendrado por Westfalia que queremos rescatar en este punto del trabajo fue precisamente la consagración del estatus jurídico del enemigo, el *iustus hostis*, al que ahora se reconocía como igual en su diversidad, pues es en este reconocimiento de plena igualdad de derechos y respeto entre enemigos donde residirá no sólo uno de los rasgos más característicos del *ius publicum europaeum*, sino uno de sus mayores logros normativos e, incluso, humanos²³⁷.

²³⁵ Como dice Colombo, toda manifestación de violencia colectiva no empleada por los Estados será relegada al rango de guerra privada, sedición o terrorismo. A. Colombo, *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2006, p. 183.

²³⁶ C. Tilly, *Coercion, Capital and European States ad 990-1900*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, p. 67.

²³⁷ Es imprescindible remitirnos a la obra de Schmitt en este punto. Schmitt reivindicó siempre la importancia de la distinción amigo/enemigo como elemento diferenciador de “lo político”. De hecho, la noción de enemigo o enemistad era para él, además, la noción primaria en relación a la noción de guerra. Según este autor, pensar un mundo sin la posibilidad de la guerra sería imaginar un mundo ajeno a la distinción de amigo y enemigo, y en consecuencia un mundo carente de política. Ver C. Schmitt, *El*

Ya en el siglo XX, la existencia de un conflicto armado se convierte, finalmente, en la circunstancia objetiva que permite aplicar el Derecho Internacional Humanitario²³⁸, un cuerpo normativo que empezó a florecer durante la Europa de los Estados – sólo una vez el análisis jurídico de la guerra se hubo desprendido de la consideración de las razones materiales de la misma- y que se consagraría en los Convenios de Ginebra de 1949.

Este nuevo enfoque da cuenta del carácter objetivo – desde el punto de vista estrictamente jurídico- de la existencia de un conflicto armado, de tal forma que la calificación jurídica de una situación como conflicto armado se hará –o debe intentar hacerse- atendiendo exclusivamente a criterios y elementos fácticos –es decir, con total independencia de cualquier consideración sobre las causas o motivos del enfrentamiento; pero al mismo tiempo, da cuenta también de la importancia de acometer con precisión dicha tarea, pues la determinación de la existencia de un conflicto armado da entrada a un marco jurídico muy específico, el *jus in bello* Derecho Internacional Humanitario, que incorpora sustanciales modificaciones con respecto al derecho aplicable en tiempos de paz²³⁹ -

concepto de lo político, Madrid, Alianza Editorial, 1991; C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, cit.

²³⁸ M. Pinto, “La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en *Lecciones y Ensayos*, No. 78, Buenos Aires, 2003, pp. 297-310. (Se trata de un número o compilación especial que se editó conjuntamente por el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Revista *Lecciones y Ensayos* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y que titularon “Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas”).

²³⁹ El *jus in bello* Derecho Internacional Humanitario opera como *lex specialis* en caso de conflicto armado, si bien la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -que conforma el cuerpo normativo aplicable en tiempos de paz- no cesa en tiempos de guerra, como ha sido corroborado por la jurisprudencia internacional. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J., Reports 1996, p. 226, párrafo 25.

especialmente en lo concerniente al uso de la fuerza permitido y a las garantías y derechos de los individuos²⁴⁰. Sin embargo, una vez hemos admitido la relevancia de esta labor de caracterización jurídica, comprobamos que enfrentamos serias dificultades a la hora de llevarla a cabo, pues a la ausencia de una definición legal convencional clara, se le añaden las características concretas de la conflictividad actual, que difumina aún más si cabe las tradicionales fronteras entre guerra y paz, o entre guerra interna y guerra internacional.

Así pues, examinaré en primer lugar los conceptos y clases de conflictos armados establecidos en el Derecho Internacional, así como los correspondientes criterios jurisprudenciales que determinarán la caracterización del contexto en uno u otro sentido. A continuación, dirigiré mi atención hacia la realidad planteada a raíz de la denominada “Guerra global contra el terror”, tratando de identificar sus elementos más característicos –y también más problemáticos– con el fin de buscar la manera de subsumir dicha realidad en los supuestos de hecho contenidos en la ley, previamente descritos. Una vez haya expuesto el marco jurídico relevante y dispongamos de los elementos de hecho a analizar, abordaré el problema de la caracterización jurídica de los mismos bajo los estándares actuales. Las evidentes dificultades que entraña calificar un fenómeno como “la guerra global contra el terror” como conflicto armado bajo las categorías actuales harán que se plantee, inevitablemente, el cuestionamiento de la vigencia de la tipología clásica contenida en el Derecho Internacional y por la conveniencia o no de modificarlas.

²⁴⁰ Lo veremos en el Capítulo III de este mismo trabajo.

2.4 LA EXISTENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO: BREVE REPASO DE LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

En el momento de su elaboración, los Convenios de Ginebra se redactaron fundamentalmente con la mirada puesta en la regulación de las guerras inter-estatales o entre Estados²⁴¹. Es muy probable que, de hecho, sus redactores deliberadamente evitaran cualquier formulación rígida de la expresión que pudiera llevar a una excesiva limitación del ámbito de aplicación de las mismas²⁴². Sin embargo, conscientes de la necesidad de acotar el ámbito de aplicación de un cuerpo normativo tan excepcional como el derecho bélico a un conjunto limitado de circunstancias, doctrina y jurisprudencia abordaron esta materia con el objetivo de identificar ciertos elementos que nos permitiesen determinar la existencia de un conflicto armado²⁴³.

El actual texto de los Convenios –punto de partida obligatorio de todo análisis– establece, en su artículo 2, que dichos convenios serán de aplicación “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre

²⁴¹ A excepción del artículo 3, común a las cuatro convenciones, y del posterior Protocolo Adicional II, cuyo ámbito de aplicación son los conflictos no inter-estatales.

²⁴² J. Pictet (dir.), *Commentary on the III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Ginebra, CICR, 1960.

²⁴³ Gabor Rona, antiguo asesor jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja, considera que las condiciones que deben darse *sine qua non* para la existencia de conflicto armado, son: identificación de al menos dos partes (*ratione personae*), identificación del territorio en el que tiene lugar la batalla (*ratione loci*), conexión entre los eventos concretos y el conflicto armado identificado (*ratione materiae*). G. Rona, “Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the ‘War on Terror’”, en *The Fietcher of World Affaires*, Vol. 27:2, Summer/Fall 2003, pp. 55-74. Para un análisis de la doctrina mayoritaria, puede verse: B. Tahzib-Lie y O. Swaak-Goldman, “Determining the Threshold for the Application of International Humanitarian Law”, en L. Lijnzaad et al (eds), *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, p. 239.

dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”²⁴⁴.

Con dicha fórmula, la existencia del conflicto armado internacional deja de depender de la percepción subjetiva de los Estados –tradicionalmente reacios a reconocerse afectados por un estado de guerra- y de requisitos ceremoniales como la declaración formal de guerra. Se supera así el ‘modelo formal’ o “procesal” propio del Derecho Internacional clásico y se opta en su lugar por una determinación eminentemente fáctica, basada en la existencia de hostilidades “de facto” y en la participación de, al menos, dos Estados enfrentados entre sí. A pesar de que en los últimos años han ganado fuerza las corrientes que propugnan la necesidad de apreciar también el grado de intensidad²⁴⁵ en los enfrentamientos entre dos o más ejércitos –precisamente para distinguir lo que es guerra de lo que son meras incursiones territoriales u otros usos de la fuerza no relevantes para el *jus in bello*-, la postura mayoritaria sostiene que la intensidad de la fuerza armada en estos casos es irrelevante, siendo el único elemento decisivo el uso de fuerza armada entre Estados de facto²⁴⁶. Por tanto, la cuestión

²⁴⁴ El Convenio se aplicará también en “todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”. En cuanto al artículo 1 del Protocolo Adicional I, no añade nada nuevo al decir que “el presente Protocolo se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a los convenios. Únicamente aclara que estas situaciones también comprenden las guerras de dominación colonial (en ejercicio del derecho de autodeterminación) y la ocupación extranjera (Artículos 1.3 y 1.4 del Protocolo Adicional I)

²⁴⁵ Estas corrientes se analizan detalladamente en A. Bianchi y Y. Naqvi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 66 y ss. En el *UK Manual of the law of armed conflict*, por ejemplo, sí se requiere cierta intensidad o nivel de violencia, que se evaluará atendiendo a las circunstancias del contexto.

²⁴⁶ “Cualquier diferencia que surja entre dos Estados y que conduzca a la intervención de las fuerzas armadas es un conflicto armado en el sentido del artículo 2 (...) No influye la duración ni la mortandad que tenga lugar”.

principal aquí consistirá en valorar el grado de participación de un Estado en las mismas, especialmente cuando dicha participación se oculta y se diluye tras la actuación, más visible, de grupos no estatales.

Sobre este asunto se pronunció por primera vez un tribunal internacional en el caso Tadic llevado ante el Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia²⁴⁷. La Sala de Apelación debía determinar si el conflicto armado que tuvo lugar entre musulmanes bosnios y unidades paramilitares serbias podía ser calificado como un conflicto armado internacional –como pedía la acusación-. Era necesario, por tanto, examinar el grado de autoridad y control ejercido por parte del Estado sobre las actividades de dichos grupos con el fin de determinar su participación en el conflicto y, en definitiva, el carácter internacional o no del mismo. Sin embargo, la Sala no encontró en el Derecho Internacional Humanitario ningún criterio orientado a determinar el grado de control. El TPIY concluyó que, en el caso de acciones de lucha armada llevadas a cabo por grupos organizados que tuvieran una estructura jerárquica, era suficiente la existencia de un “control general” por parte del Estado sobre dichas actuaciones para considerar que el Estado era parte del conflicto. Este “control general” podía traducirse en financiación, entrenamiento, equipamiento, asistencia en la planificación, etc, sin que fuese necesaria la existencia de

J. Pictet (dir.), *Commentary on the I Geneva convention for the amelioration of the wounded and sick in armed forces in the field*, Ginebra, CICR, 1952, p. 32. Más recientemente, Report of the UN Commission of Inquiry on Lebanon (23 Noviembre 2006) UN Doc A/HRC/3/2, párrafo 51: “for the existence of an armed conflict, the decisive element is the factual existence of armed force”.

²⁴⁷ TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgement, 15 julio 1999, Case núm. IT-94-1-A, Appeals Chamber.

órdenes o instrucciones específicas respecto al combate por parte del Estado²⁴⁸.

Tanto la práctica como la jurisprudencia han acogido ampliamente este test del control general hasta el punto de que se habla incluso de que ha adquirido carácter consuetudinario²⁴⁹. Se discutió inicialmente si dicho fallo contradecía la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia que, como hemos visto en el capítulo anterior, había determinado que las actividades de los contras nicaragüenses eran atribuibles a EE.UU. en base al “control efectivo” que éste ejercía sobre ellos²⁵⁰. Dicho control efectivo supone un test ciertamente más exigente que el “control general” empleado por el TPIY, al requerir elementos extras de orden y mando por parte del Estado²⁵¹. Este aparente conflicto entre jurisprudencias quedó zanjado cuando la CIJ, aclaró que los criterios empleados eran distintos porque las cuestiones jurídicas a las que se enfrentaban lo eran²⁵². El test de “control efectivo” introducido por la CIJ en el caso Nicaragua entra en juego a la hora de determinar la atribución o no de responsabilidad internacional

²⁴⁸ TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgement, 15 julio 1999, Case núm. IT-94-1-A, Appeals Chamber, párrafos 122, 132-136, 159-167.

²⁴⁹ Véase A. Cassese, “The Nicaragua and Tadic Tests Revisited...”, *cit.*, p. 659.

²⁵⁰ CIJ, *Caso Nicaragua*.

²⁵¹ Como explica Dinstein: “According to this test, the supply of arms and other support to such bands cannot be equated with the armed attack. The imputability to that State of a terrorist act is unquestionable if evidence is provided that the author of such act was a State organ acting in that capacity. The state is responsible if a group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of that State in carrying out the conduct”. Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 2005, p. 202. Véase también *Caso Nicaragua*, párrafos 106-11.

²⁵² CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ, Reports, 2007, p.43.

de un Estado por las conductas llevadas a cabo por entes no estatales, mientras que el “control general”, elaborado por el TPIY representa el estándar exigido para examinar la suficiente participación de un Estado en un conflicto con el fin de determinar la existencia de un conflicto armado internacional²⁵³.

Estas pautas que tan sucintamente hemos expuesto – y las consecuentes dificultades que coexisten junto a ellas-, son únicamente válidas a la hora de identificar la existencia de conflictos inter-estatales; si, por el contrario, dirigimos nuestra atención a los conflictos de índole no internacional, rápidamente comprobamos que las complicaciones aquí se multiplican, pues el silencio que guarda el Derecho Internacional convencional en este punto es especialmente flagrante. Del conjunto de disposiciones contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, únicamente una de ellas, el artículo 3, común a todos ellos, es de aplicación a conflictos no internacionales -además del Protocolo Adicional II, elaborado expresamente para estos supuestos pero que ha sido ratificado por un número de Estados significativamente menor-. Aunque la inclusión de este artículo representó un significativo avance en la historia del Derecho Humanitario –nunca antes los conflictos internos habían sido

²⁵³ Un ejemplo en el que se ha determinado la existencia de un conflicto armado internacional entre un Estado y un grupo no estatal lo encontramos entre Israel y Hezbollah. Véase *Report of the UN Commission of Inquiry on Lebanon* (23 Noviembre 2006) UN Doc A/HRC/3/2, párrafos 8-9. El mismo informe, en su párrafo 57, señala: “The UN Commission of Inquiry, in coming to its conclusion that the situation was one of an international armed conflict, noted that Hezbollah had assumed de facto authority and control of South Lebanon in violation of SC Res 1559 (2004) and 1680 (2006). In addition, it considered that Hezbollah would fall into the category of a militia encompassing “an organized resistance movement, belonging to a party to the conflict”. Igualmente, el Tribunal Supremo de Israel reconoció la existencia de un conflicto armado de carácter internacional entre Israel y las “organizaciones terroristas activas en Judea, Samaria y la franja de Gaza”. *The Public Committee against Torture in Israel et al v The Government of Israel et al*, HCJ 769/02 (14 December 2006) Israel, Supreme Court, párrafo 16.

abordados por ningún tratado internacional-, parece evidente que los legisladores prefirieron evitar la tarea de entrar a definir un concepto tan complejo. La convicción, aún dominante en la época en que se redactó el articulado, de que el Derecho Internacional no debía inmiscuirse en los asuntos internos de cada Estado en respeto a su soberanía, junto con las múltiples maneras en que la violencia podía tomar forma a nivel interno (desde meros disturbios, altercados o atentados hasta insurrecciones, revoluciones o incluso guerras civiles), explican en gran medida la exigüidad del Derecho Humanitario de los conflictos armados no internacionales.

El texto –de nuevo punto de partida ineludible- del artículo 3, común a los cuatro convenios de Ginebra, dispone que será de obligada aplicación para los Estados Parte “en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de *una* de las Altas Partes Contratantes”²⁵⁴. Vuelve a surgir aquí un amplio espacio para la interpretación, un espacio que tanto doctrina como jurisprudencia –ambas especialmente fecundas a la luz de las dificultades suscitadas

²⁵⁴ Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones (...)”. El artículo 1.1 del Protocolo Adicional II (relativo a conflictos armados no internacionales), establece, sin innovar demasiado en su fórmula, que éste “se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional I y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados (...)”. Sí aclara, en el siguiente apartado, que “no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. Esta precisión da cuenta de la necesidad de exigir un determinado grado de intensidad y de duración en la violencia empleada, ya que los actos esporádicos o los meros disturbios quedan expresamente descartados.

por el carácter transnacional de los conflictos de los últimos quince años- se han afanado en resolver.

La fórmula negativa –que “no” sea de índole internacional- ya estaría apuntado a que, efectivamente, el Derecho Internacional Humanitario entra también en juego cuando los enfrentamientos tienen lugar no ya entre Estados sino entre grupos no estatales, o bien entre grupos no estatales y un Estado²⁵⁵. La propia interpretación literal del texto certifica la necesidad de dos elementos: por un lado, la participación de *un* solo Estado y, por otro, que el conflicto tenga lugar en el territorio de *un* Estado parte. Sin embargo, la discordia la siembra ahora el elemento territorial: atendiendo a la redacción vigente, ¿podemos considerar como conflicto no-internacional un conflicto entre un Estado y un grupo armado irregular que tiene lugar en más de un territorio o en un territorio distinto al del Estado implicado?²⁵⁶

A pesar de la reticencia de los Estados a admitir la injerencia de la comunidad internacional en asuntos internos, el artículo 3 emergió como resultado de la creciente preocupación por el sufrimiento de la población civil en las guerras internas con el fin de garantizar la protección de los civiles, incluso en

²⁵⁵ No obstante, existen una serie de condiciones que dichos grupos deben reunir para ser considerados “partes” y, por tanto, poder considerar la existencia de un conflicto armado de esta índole. Por ejemplo, existencia de una cadena de mando, la capacidad de transmitir y hacer cumplir las órdenes, la capacidad de planificar y desplegar operaciones militares coordinadas, o la capacidad para llevar a cabo operaciones militares de forma sostenida en el tiempo. *Vid.* L. Moir, *The law of internal armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 30-52. Para un análisis detallado de estos criterios en la jurisprudencia, véase TPIY, *The Prosecutor v. Fatnis Limaj*, Judgment, IT-03-66-T, 30 noviembre 2005, párrafos 94-134.

²⁵⁶ La fórmula escogida en castellano fue la de “en el territorio de uno de los Estados partes” en lugar de “en el territorio de un Estado parte”. En inglés, “in the territory of one of the High Contracting Parties” versus “in the territory of a High Contracting Parties.”

conflictos no internacionales. Desde principios del siglo XX se llevaron a cabo numerosos esfuerzos, fundamentalmente atribuibles al Comité Internacional de la Cruz Roja, dirigidos a garantizar un mínimo de asistencia humanitaria a las víctimas de las guerras civiles. En la Conferencia Preliminar de las Sociedades de la Cruz Roja tras la Segunda Guerra Mundial, se elaboró un borrador que afirmaba que “en caso de conflicto armado *en el territorio de un Estado*, la Convención será igualmente aplicada por cada una de las partes adversarias”²⁵⁷. El texto original que se propuso en las Conferencia de Ginebra de 1949, como borrador del artículo 3, establecía que la disposición sería de aplicación “in all cases of armed conflict not of an international character which may occur in the *territory of one or more* of the High contracting parties”²⁵⁸. Es bastante significativo el hecho de que esta fórmula fuese finalmente rechazada y se prefiriese acotar la aplicación del artículo a casos de “armed conflict not of an international character occurring in the *territory of one* of the High Contracting Parties”²⁵⁹.

Una vez reconocida la necesidad de dedicar un artículo a la protección de los civiles durante las guerras internas, se hizo inevitable acometer el esfuerzo de establecer una serie de

²⁵⁷ Traducción y cursivas mías. “In case of armed conflict in the interior of a State, the Convention shall be equally applied by each of the adverse parties”. En A. Schlögel, “Civil War in the Geneva Conventions”, en *International Review of the Red Cross*, No. 108, Marzo 1970, pp.124-174, p. 127.

²⁵⁸ ICRC Commentary to IV GC. Cursivas mías.

²⁵⁹ Para conocer los trabajos preparatorios más en profundidad, me remito de nuevo a L. Moir, *Op. cit.*, pp.23-24. El artículo 32 de la Convención de Viena aclara que los trabajos preparatorios se consideran “medios complementarios de interpretación”. Dichos trabajos preparatorios también pueden ser consultados en aquellos casos en los que la interpretación basada en los métodos principales (artículo 31) deja el sentido ambiguo u oscuro o conduzca a un resultado ambiguo o manifiestamente irrazonable.

criterios que permitieran identificar cuándo estábamos ante un conflicto armado y cuándo frente a “meros” enfrentamientos, disturbios o fenómenos violentos en sus múltiples variantes. Bajo el prisma de aquella época, según el cual los conflictos no inter-estatales consistían fundamentalmente en guerras civiles que enfrentaban a los grupos rebeldes o milicias de un país con su Gobierno (con las fuerzas armadas regulares), varios criterios fueron identificados durante las negociaciones -sin que, sin embargo, llegaran a formar parte del texto definitivo; criterios que remitían al análisis del nivel de organización y autoridad de la parte sublevada, de la intensidad de la violencia y del territorio implicado²⁶⁰.

Si bien dichos criterios no eran sino indicaciones no vinculantes, el estudio del proceso previo que llevó a la formulación del actual artículo 3 sí nos indica que se apuntaba a la necesidad de exigir, por un lado, cierto grado de intensidad en la violencia y, por otro lado, cierto grado de organización y jerarquía en las partes. El territorio, por su parte, debía, atendiendo a la interpretación histórica y teleológica, quedar constreñido al territorio de un solo Estado (refiriéndose, se entiende, al Estado involucrado en las hostilidades)²⁶¹.

Ante la ausencia de una definición convencional clara, la jurisprudencia internacional hubo de elaborar un “test” que permitiera resolver la cuestión relativa a la existencia o no de un conflicto armado y su tipología. Así lo hizo el TPIY en el ya

²⁶⁰ Un desarrollo exhaustivo de la evolución de dichos criterios lo encontramos en A. Bianchi y Y. Naqvi, *International Humanitarian Law...*, cit., pp 108 y ss.

²⁶¹ El Comité Internacional de la Cruz Roja indica en su comentario a las Convenciones que el tipo de conflictos contemplado por los legisladores en el artículo 3 es un conflicto similar a una guerra entre Estados en muchos aspectos “pero que tiene lugar dentro del territorio de únicamente un Estado”. *Vid.* ICRC Commentary to IV GC.

mencionado caso Tadic, en el cual elaboró un razonamiento que se basaba en el análisis de un doble requisito: i) intensidad y ii) organización de las partes²⁶². La jurisprudencia posterior ha desarrollado este doble test especificando una serie de “factores indicativos” que deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la intensidad y la organización de las partes: la “duración” de la violencia empleada, por ejemplo, será ahora indicador de la intensidad del conflicto. Otros factores indicadores de la intensidad son: número, duración e intensidad de cada una de las confrontaciones acontecidas, tipo de armas, equipos militares empleados, calibre de la munición, magnitud de los daños, actuación de Naciones Unidas, etc . En cuanto a los factores relevantes para determinar la organización de las partes, se tendrá en cuenta, según el TPIY: existencia de jefes y jerarquías, zona de operaciones designada, estructura del grupo, existencia de reglas disciplinarias internas, control sobre cierto territorio, acceso a armamento, reclutamiento, habilidad para planificar y negociar, etc .

En síntesis, vemos cómo, a tenor de los trabajos preparatorios de los Convenios y de la jurisprudencia internacional, habría que rechazar la posibilidad de calificar como conflicto armado interno aquél que tiene lugar en el

²⁶² TPIY, *Prosecutor v Dusko Tadic a/k/a “Dule”*, Opinion and Judgment ICTY-94-1-A 7 May 1997, párrafo 562: “the test applied by the Appeals Chamber to the existence of an armed conflict for the purposes of the rules contained in common article 3 focuses on two aspects of a conflict; the intensity of the conflict and the organization of the parties to the conflict”. Lo que aquí se hizo fue condensar en dos requisitos el razonamiento elaborado por la Sala de Apelación, que había determinado que los criterios a valorar debían ser: i) duración de la violencia, ii) que la violencia tenga lugar dentro de un Estado, iii) intensidad de la violencia, iv) nivel de organización de las partes. Véase TPIY, *Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, ICTY-94-1-AR72, 2 Octubre 1995, párrafo 67.

territorio de más de un Estado. Sin embargo, en los últimos años han cobrado fuerza lecturas más flexibles del elemento territorial –y, por ende, del concepto de conflicto armado interno–, no sólo desde esferas políticas, sino también en ambientes jurídicos. El Departamento de Defensa de EE.UU., a la hora de justificar el establecimiento de tribunales militares, explicaba, en relación a la noción de conflicto armado, que:

“No requiere hostilidades prolongadas, ni una confrontación con fuerzas armadas regulares. Un solo acto hostil o el intento de acto hostil puede bastar si dicho acto, en virtud de su magnitud y gravedad, constituye un ataque armado o un acto de guerra; o si el número, el poder y la organización de las fuerzas con las que el actor está asociado es tal que ese acto o intento de acto equivale a un ataque por fuerzas armadas”²⁶³.

Dicha interpretación prescinde de prácticamente todos los elementos tradicionalmente considerados clave, entre los que destaca el territorial. Pero es que el elemento geográfico dejaría de ser relevante también según parte de la doctrina, que, tras el 11-S, reclamaría una interpretación “flexible” del mismo. Philip Alston explica en uno de sus informes a la ONU que los “confines territoriales” de un conflicto armado no-internacional

²⁶³ US Department of Defense, “Crimes and Elements for Trials by Military Commissions”, Military Commission Instruction No. 2, Section 5C, Abril 30, 2003. Traducción mía. La fórmula original dice: “(it) does not require...ongoing mutual hostilities, or a confrontation involving a regular national armed force. A single hostile act or attempted act may provide sufficient basis so long as its magnitude or severity rises to the level of an armed attack or an act of war, or the number, power, stated intent or organization of the force with which the actor is associated is such that the act or attempted act is tantamount to an attack by an armed force”.

pueden tanto estar restringidos al territorio de un Estado como tener carácter transnacional –siempre y cuando, aclara, se cumplan cumulativamente el resto de requisitos-:

“Los tests para la existencia de un conflicto armado no-internacional no son tan categóricos como los que se aplican a los conflictos armados internacionales. Podemos encontrar varios tipos diferentes de conflictos armados no-internacionales. Según el Derecho convencional y consuetudinario, los elementos que pueden indicar la existencia de un conflicto armado no-internacional contra un grupo armado no estatal son los siguientes:

i) El grupo armado no estatal debe ser identificable mediante criterios objetivos y verificables. Estos criterios incluyen: un nivel mínimo de organización, capacidad de aplicar los Convenios de Ginebra, que el Estado haya empleado la fuerza militar contra dicho grupo, o que el conflicto haya sido admitido en la agenda de Naciones Unidas.

ii) Debe alcanzarse un umbral mínimo de intensidad y duración. Para ello, la violencia deberá ser prolongada y superar la intensidad de disturbios y tensiones internas²⁶⁴.

²⁶⁴ P. Alston, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, A/HRC/14/24/Add.6. 28 mayo 2010, párrafos 52-53. En adelante, *Alston's Report*. Traducción mía. Véase también L. Zegveld, *Accountability of armed opposition groups in International Law*, Cambridge UK, Cambridge University Press, 2002: “even a conflict spreading across borders remains a non-international armed conflict. Internal conflicts are distinguished from international armed conflicts by the parties involved rather than by the territorial scope of the conflict”.

Si bien durante los años que siguieron al 2001 los tribunales estadounidenses desaprovecharon varias ocasiones para arrojar luz sobre su postura en relación a la caracterización de conflictos armados, el Tribunal Supremo finalmente se pronunció al respecto en el caso de Hamdan contra Rumsfeld²⁶⁵, en el cual consideró que las hostilidades entre EEUU y Al Qaeda iniciadas tras el 11-S constituían un conflicto armado de índole no-internacional²⁶⁶. Según esta interpretación, cualquier conflicto que no involucre a dos o más Estados debe automáticamente ser considerado un conflicto armado regulado por el artículo 3, al margen del territorio involucrado. Dicha disposición se convierte así en una especie de cajón de sastre en el que tiene cabida cualquier conflicto que enfrente a un Estado con un ente no-estatal, con independencia del elemento geográfico y del carácter nacional o transnacional del conflicto. Conflictos que de otro modo se hubiesen calificado como internacionales en atención al elemento geográfico son, a tenor

²⁶⁵ Salim Ahmed Hamdan fue apresado en 2001 por las tropas americanas durante la invasión de Afganistán y recluido en Guantánamo. En un primer momento, fue sometido a un juicio sumario por crímenes indeterminados y posteriormente acusado de conspiración por un tribunal militar creado el 21 de marzo de 2002. Hamdan hizo valer su derecho al habeas corpus, fundó su defensa en la falta de competencia del tribunal militar para juzgar un delito de conspiración por no constituir éste en sentido técnico una violación del derecho de guerra. También alegó que durante el proceso se habían vulnerado principios fundamentales de los ordenamientos internacional y militar, y particularmente el derecho de todo acusado a ver y oír las pruebas en su cargo. El Tribunal del Distrito de Columbia (en Washington) concedió la razón al demandante Hamdan, pero su fallo fue revocado el 18 de julio de 2005 por el Tribunal Federal de Apelaciones de dicho distrito. El 29 de junio de 2006, una mayoría de cinco magistrados revocó la sentencia del Tribunal de Apelaciones dando de nuevo la razón a Hamdan, como lo hiciera el primer tribunal sentenciador.

²⁶⁶ US SCt, *Hamdan, Salim Ahmed v. Rumsfeld, Donald H, Secretary of Defense et. al.* (Judgement) 548 US 557, 126 SCt, 2749 (2006) 35. El juez Scalia, y los jueces Thomas y Alito disintieron alegando falta de jurisdicción del Tribunal pero, además, consideraban que, en todo caso, el artículo 3 no era aplicable en este caso.

de esta interpretación del Tribunal Supremo de los EEUU, considerados conflictos internos, lo que confiere una ventaja significativa a ojos de los responsables de dichos conflictos: les permite sortear el Derecho Internacional aplicable a los conflictos internacionales que, como veremos, es mucho más elaborado que el Derecho aplicable a los conflictos internos y, consecuentemente, impone más obligaciones y más cargas a los Estados

2.5. LAS COORDENADAS DE LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO

La denominada “Guerra Global contra el Terrorismo” declarada por EE.UU en respuesta a los atentados del 11-S, si bien fue inicialmente representada en el ataque armado contra Afganistán, pronto comenzó a expandir cada vez más sus objetivos y su ámbito geográfico hasta englobar, como el propio nombre sugiere, todo un compendio de hostilidades y enfrentamientos que han terminado por convertir dicha guerra en un fenómeno heterogéneo con rasgos difusos y difícilmente identificables que, por tanto, conviene desgranar más detalladamente.

2.5.1. LAS PARTES DEL CONFLICTO

El 20 de septiembre de 2001, el presidente de los EEUU George W. Bush manifestaba que “nuestra guerra contra el terrorismo empieza con Al Qaeda pero no termina ahí. Y no

terminará hasta que todos los grupos terroristas de alcance global hayan sido encontrados, detenidos y derrotados²⁶⁷.

El enemigo, por tanto, estaba claro: “todos los grupos terroristas de alcance global”. Ahora bien, el “terrorismo de alcance global” es un fenómeno polimorfo, cambiante en el tiempo y el espacio, y que engloba a un conglomerado de organizaciones entre las cuales no necesariamente existe unidad de acción²⁶⁸. Aunque comparten la defensa de la yihad como medio necesario para expulsar de sus tierras a los infieles, cada uno de los múltiples grupos terroristas yihadistas que forman parte de dicho fenómeno se distinguen entre sí por sus aspiraciones, por sus estrategias, o por sus concepciones del islam²⁶⁹. Dicho esto, aquí nos centraremos únicamente en al

²⁶⁷ Presidente G.W. Bush, *Address to a Joint Session of Congress and the American people*, 28 de septiembre de 2001, disponible en <https://archive.org/details/gwb2001-09-20.flac16> (última consulta en marzo de 2017).

²⁶⁸ S. Velasco Tuduri, “AQ: origen, evolución y su presencia hoy en el mundo”, en *Cuadernos de Estrategia*, No. 16, 2013, pp. 155-184, p.180. También se expone la evolución del yihadismo en A.B. Perianes Bermúdez, “La expansión yihadista en el Norte de Africa respecto a la denominada política de guerra global contra el terror de G.W. Bush”, en *Revista de Derecho UNED*, No. 17, 2015, pp. 1187.

²⁶⁹ Tanto G. Bush como T. Blair tomaron el término “yihad” como un equivalente de “guerra santa” contra los infieles. Sin embargo, según la doctrina islámica el Corán establece una distinción entre “al-yihad al-akbar” (la Gran Yihad o Yihad mayor), caracterizada como una lucha interior y pacífica que el hombre conduce consigo mismo para alcanzar la perfección y superar las debilidades humanas, y la “al-yihad-al-asghar” (Pequeña Yihad o Yihad menor) que consiste en una lucha bélica o en la acción armada para la defensa de la fe contra el enemigo exterior o para la expansión del Islam. Para una explicación de las relaciones entre Islam y guerra, ver: M. Mamdani, “Whiter Political Islam? Understanding the modern yihad”, en *Foreign Affairs*, Vol. 84, 2005, p.148-155; M. Mamdani, “Good Muslim, Bad Muslim: A political perspective on Culture and Terrorism”, en *American Anthropologist*, Vol. 104, No. 3, 2002, pp.766-775; D. Melo, “El concepto de Yihad en el Islam clásico y sus etapas de aplicación” en *Temas Medievales*, Vol.13, 2005, pp.157-172. Aunque en la ley islámica existen cuatro formas legítimas de guerra según el tipo de enemigo (infieles, apóstatas, rebeldes y bandidos), sólo la lucha contra los infieles y los apóstatas puede ser considerada yihad. B. Lewis, *La crisis del*

Qaeda y el Estado Islámico por considerarlas, cada una en su momento, matrices de referencia del terrorismo yihadista.

Durante más de un cuarto de siglo, hablar de terrorismo internacional era hablar de al Qaeda²⁷⁰. Fundada por Osama bin Laden en 1988 en plena invasión soviética de Afganistán, al Qaeda se consolidó a lo largo de los 90 llevando a cabo su actividad terrorista en los países de la Península Arábiga y del Este de África²⁷¹; pero fueron los atentados del 11-S los que hicieron tambalear la visión global del terrorismo y, sobre todo, de la forma de combatirlo. Aunque la invasión de Afganistán obligó a la organización a replegarse y a reubicarse –aunque más descentralizada- en Pakistán, al Qaeda aprovechó la guerra de Iraq de 2003 para canalizar la oleada de odio e indignación y recuperar el músculo y el protagonismo que pudiera haber perdido. Tampoco la muerte de Osama bin Laden en mayo de 2011 -en pleno apogeo de la primavera árabe-, supondría el fin de la organización²⁷², que subsistió ramificándose en varios brazos por toda la región. La rama de Al Qaeda en Iraq decidió implicarse en el conflicto sirio desoyendo las instrucciones del emir de al Qaeda al Zawahiri y precipitando en 2013 la escisión de este brazo que, bajo el mando de al Baghdadi, terminaría por convertirse en lo que hoy conocemos como Estado Islámico²⁷³. Ambas organizaciones comparten ideología y fines²⁷⁴, pero

Islam. Guerra Santa y Terrorirsm, Barcelona, Ediciones B, 2003, pp. 52-53.

²⁷⁰ F. Reinares, “Yihadismo global y amenaza terrorista: de al Qaeda al Estado Islámico”, ARI 33/2015, 1 Julio 2015, Real Instituto Elcano, p.2.

²⁷¹ *Ibid.* p. 2.

²⁷² *Ibid.* p. 5.

²⁷³ J. A. Núñez, “El delirio califal del Estado Islámico en Irak y Siria”, en *Política Exterior*, septiembre/octubre 2014, No.161, p. 1207.

²⁷⁴ Aunque ambas organizaciones comparten el uso de la fuerza para imponer la observancia del salafismo yihadista, a diferencia de la organización fundada por Osama bin Laden, AQ en Iraq (actualmente Estado Islámico)

rivalizan actualmente por la hegemonía de la región aunque, desde que el Estado Islámico proclamara el llamado Califato Islámico el 29 de junio de 2014, este grupo parece haber superado con creces al que fuera su organización matriz, convirtiéndose en el nuevo paradigma de referencia del yihadismo global.

Tomando por tanto una y otra como exponentes de un mismo fenómeno, y reservando a los expertos en yihadismo el estudio de las diferencias que existen entre ellas, lo que nos interesa señalar aquí es que estamos ante organizaciones transnacionales, globalizadas y con una gran capacidad de adaptación y reorganización²⁷⁵. Este terrorismo se ha visto beneficiado en los últimos años por la transmisión de sus objetivos y métodos a personas no ligadas directamente a las organizaciones, dando lugar al fenómeno conocido como “lobos solitarios”, “self-starters” o “leaderless jihad”²⁷⁶. El Estado Islámico cuenta con alrededor de 80.000 combatientes, incluyendo 30.000 iraquíes y sirios y 20.000 combatientes extranjeros, sumado a los miles de fieles por el mundo²⁷⁷. En

se desmarcó de la primera por tener claras aspiraciones territoriales, que ha materializado en el Califato Islámico. Mientras que la primera aspira a eliminar la influencia extranjera de países musulmanes y a ejercer un control ideológico sin que hubiera reclamaciones territoriales, la segunda se propone expulsar a las fuerzas extranjeras y hacerse con el control del territorio.

²⁷⁵ E.J. Peña Ruiz, “Conceptualizando el Terrorismo Internacional”, en *Revista General de Marina*, 2012, p.11.

²⁷⁶ A estos lobos solitarios se les atribuye, por ejemplo, los recientes atentados de Londres, París o Copenhague.

²⁷⁷ R. Gunaratna, “Global terrorism in 2016”, en *Revista UNISCI*, No.40, Enero 2016, pp. 133-138, p. 134. Con su expansión por el norte de Africa, ha comenzado a aproximarse a Europa, logrando una movilización y captación sin precedentes en países como Francia, Reino Unido, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Países Bajos. Una exposición documentada y actualizada del problema de los “foreign fighters” puede verse en L. Cicchi y F. Coticchia, “El impacto militar de los ‘foreign fighters’. Un caso de estudio”, en R. Champion y F. Ruschi, *Guerra, Derecho y Seguridad en*

definitiva, aunque las organizaciones yihadistas nacieron muy localizadas geográficamente, pronto comenzaron a expandir su ámbito territorial, penetrando primero en otras poblaciones de origen árabe hasta llegar a Europa y EE.UU- y creciendo tanto en objetivos como en capacidad de planificación y actuación.

2.5.2. LAS HOSTILIDADES Y SU ÁMBITO TERRITORIAL

La intervención de EEUU en Afganistán en octubre de 2001 no es sino la primera de una larga lista de acontecimientos que han tenido lugar bajo el pretexto de la GGCT, por un lado, y de la yihad, por otro.

Las dos operaciones militares internacionales que se desplegaron en Afganistán son la OEF (Operation Enduring Freedom) y la ISAF (Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad), aunque sólo la OEF era explícitamente antiterrorista. En un principio, se suponía que la ISAF, una operación de la OTAN sancionada por la ONU, estaba destinada a proteger a Kabul y reforzar su gobierno provisional, pero desde 2003 sus operaciones comenzaron a expandirse a lo largo y ancho de la región²⁷⁸. En 2003, bajo el nombre “Operación Libertad Irakí”, EEUU puso en marcha la intervención militar en Iraq en marzo de 2003. A principios de mayo de ese mismo año, se anunció el “fin de la fase activa de las hostilidades”, pero fue en 2011 cuando el entonces Presidente Obama dio la orden de retirar los últimos soldados.

las Relaciones Internacionales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 111-136.

²⁷⁸ M. Kotomska y B. Hageraats, “La construcción de la paz y la guerra contra el terrorismo: ¿conflicto de intereses?”, en *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, No. 9, Octubre 2008, GERI-UAM, p. 15.

Por otro lado, desde el 2002 se vienen llevando a cabo por parte de EEUU y sus aliados un gran número de operaciones con drones (aviones no tripulados) principalmente en Pakistán, Yemen y en Somalia, y con mayor intensidad a partir de 2009. Aunque el relevo del presidente Bush de la mano de Obama, en 2008, supuso el abandono del enfoque de “hard war” del presidente Bush –representado en las intervenciones armadas de Afganistán e Iraq 2003- en favor del nuevo enfoque de “soft war” del presidente Obama, lo cierto es que, bajo el mandato del segundo, se multiplicaron el número e intensidad de ataques con drones y asesinatos selectivos²⁷⁹.

A comienzos de 2014, Obama decidió autorizar el envío de drones a Iraq para ayudar al gobierno iraquí en su lucha contra el Estado Islámico²⁸⁰, pero, aún entonces, el discurso oficial hacía hincapié en que el envío de tropas norteamericanas o la participación directa en el combate estaba totalmente descartada²⁸¹. Sin embargo, unos meses después, en septiembre de 2014, Obama anunciaba bombardeos en Iraq y Siria. El enemigo ahora ya no era Al Asad –que unos meses antes había sacudido la conciencia de la comunidad internacional y de EE.UU. mediante el uso de armas químicas contra su propia

²⁷⁹ J. A. Núñez Villaverde, “La Guerra Teledirigida”, *El País Semanal*, 15 marzo 2013. http://elpais.com/elpais/2013/03/11/eps/1363023250_534046.html (Última consulta abril 2017). Los problemas que plantea compaginar el DIH con este tipo de “guerras teledirigidas” los veremos en el próximo capítulo.

²⁸⁰ D. Aldanete, “EEUU envía drones para ayudar al gobierno de Irak contra los yihadistas”, en *El País*, 7 de enero de 2014.

²⁸¹ A. Caño, “Washington se resiste a una mayor implicación militar en Irak”, en *El País*, 7 de enero de 2014.

población- sino uno de los enemigos de Al Asad: el Estado Islámico²⁸².

Por su parte, los grupos yihadistas han ido ganando cada vez más capacidad y protagonismo. En 2003 se produce el primer atentado de AQ en Arabia Saudí. En 2004 y 2005 los atentados llegan a Europa –Madrid y Londres respectivamente-. En 2005, la rama iraquí de AQ realizó los atentados contra tres hoteles en Amán. Es también la época de los atentados en Egipto en 2005 (88 muertos) Túnez en 2002 (17 muertos), Marruecos (45 muertos) y Argelia, entre otros, principalmente de la mano de la rama de Al Qaeda para el Magreb Islámico²⁸³. Entre 2012 y 2016, con el nacimiento y fortalecimiento después de Estado Islámico de Irak y el Levante (EIIL) y Estado Islámico (EI), y la proliferación de los ya mencionados “lobos solitarios”, los atentados regresan a Europa y EEUU: Boston (abril 2013), Londres (mayo 2013), Francia (enero 2015, noviembre 2015, julio 2016), Bruselas (marzo 2016), Niza (julio 2016) o Berlin (diciembre 2016).

En síntesis, si bien las primeras “batallas” comenzaron librándose inicialmente en Afganistán, la “guerra global contra el terrorismo” muy pronto vio su ámbito territorial ampliado hasta convertir gran parte de Oriente Medio en campo de

²⁸² “Un año después, Obama sí ordena bombardear Siria, pero el enemigo es otro”. El País, 11 septiembre de 2014. Recordemos que, en septiembre de 2013, en plena guerra civil siria, la violación sistemática de derechos humanos y las acusaciones de crímenes de guerra sobre el régimen de al Asad suscitaron un intenso debate sobre la responsabilidad de EE.UU. -y del conjunto de la comunidad internacional- de intervenir militarmente para poner fin a dichas violaciones. Significativamente, tal intervención no llegó a producirse. Al menos o entonces, no en aquellos términos, no contra el régimen sirio.

²⁸³ Puede verse un repaso de la actividad de al Qaeda en S. Velasco Tuduri, *Op. cit.*, pp. 163-64.

batalla²⁸⁴. El propio Bush daba cuenta de esta idea de campo de batalla ilimitado al declarar, durante la guerra entre Israel y Hezbolá en 2006, que “debemos reconocer que Líbano es el último detonante de una lucha mayor entre la libertad y el terror que se está desplegando en la región”²⁸⁵.

2.6. ¿UN NUEVO CONCEPTO LEGAL?

Tras esta sucinta presentación de sus elementos más característicos, queda patente que esta nueva guerra, la guerra global contra el terrorismo, no constituye a priori un tipo de conflicto armado contemplado por los Convenios de Ginebra en ninguna de las modalidades existentes²⁸⁶, y se abre paso de este modo una nueva polémica en torno a la necesidad de flexibilizar todos o algunos de los principales elementos de la norma.

¿Deberíamos entonces adecuar el Derecho Internacional Humanitario a las demandas y a las características de estas “nuevas guerras? Quienes reclaman la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario –ya sea flexibilizando el concepto de conflicto armado o incorporando nuevos supuestos distintos a las guerras en sentido tradicional-

²⁸⁴ M. Kotomska y B. Hageraats, “La construcción de la paz y la guerra contra el terrorismo: ¿conflicto de intereses?”, en *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, No. 9, Octubre 2008, GERI-UAM, ISSN 16—93950. p. 3. Algunos aliados de los EE.UU., como Reino Unido, se apresuraron a aclarar que sus territorios no iban a ser campos de batalla. Véase “There is no war in UK”, *The Times*, 24 enero 2005.

²⁸⁵ “Lebanon part of the ‘war on terror’ says Bush”, ABC News online 29 julio 2006. Enlace <http://www.abc.net.au/news/2006-07-30/lebanon-part-of-war-on-terror-says-bush/1225786> (último acceso febrero 2015).

²⁸⁶ R.K. Goldman y B.D. Tittmore, “Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: their status and rights under International Humanitarian Law and Human Rights law”, en *ASIL (American Society of International Law)*, Task Force Papers, Diciembre 2002, p. 29.

basan su postura en dos premisas fundamentales cuya validez a menudo se acoge apresuradamente: por un lado, invocan insistentemente el carácter profundamente excepcional y novedoso de las amenazas que debemos enfrentar y, por otro, se amparan en la –a su juicio- inutilidad del paradigma criminal como marco normativo eficaz a la hora de combatir dichas amenazas. Cada una de estas dos proposiciones por separado, y la ulterior inferencia según la cual el bélico es el paradigma normativo apropiado para combatir estos fenómenos es lo que será objeto de análisis en las líneas que siguen.

La conflictividad internacional es hoy, indudablemente, de apariencia muy distinta a la de siglos anteriores, pero esta transformación no necesariamente responde siempre a la irrupción de nuevos fenómenos (en el sentido de que no existieran antes), sino que puede ser fruto de una intensificación progresiva, a veces también silenciosa, de prácticas o tendencias en las que, o no habíamos reparado antes, o no habíamos querido detenernos. Asimismo, es importante distinguir el análisis objetivo de los cambios reales que pueden estar experimentando las guerras, por un lado, de lo que es el discurso oficial respecto a la novedad o naturaleza del enemigo, por otro, pues éste tiene un elevado componente propagandístico y mediático que desempeña una función a veces perversa. Se trata de una observación que ya comenzó a realizarse en la primera guerra del Golfo y que conserva hoy toda su actualidad, y que nos advierte de la influencia que tiene en nuestra concepción de la guerra la escenificación del conflicto por parte de los medios de comunicación que, como subrayaba Christopher Norris en los 90, ya no sólo “relatan” la guerra tal y como acontece, sino que “crean” la guerra a través del

espectáculo²⁸⁷. Conviene por tanto ser cautos y precisos a la hora de hablar tanto de novedad como de continuidad, y ello requiere realizar un breve recorrido por los principales patrones de la conflictividad actual con el fin de identificar qué características son distintas a las de las guerras clásicas para, después, poder valorar la relevancia que dichas transformaciones puedan tener para el orden jurídico.

En este sentido, los recientes conflictos en Afganistán, Irak, Líbano o Siria manifiestan ciertamente numerosas diferencias con respecto a las guerras tradicionales, tanto desde el punto de vista de los actores involucrados como de los medios empleados, las tácticas e incluso los escenarios²⁸⁸. La primera característica que supone un cambio cualitativo fundamental con respecto al pasado es la des-estatalización de la fuerza militar²⁸⁹, el fin del monopolio del Estado en el uso de la fuerza armada, pues dicha violencia ahora también proviene de –y se dirige contra– actores no estatales difícilmente identificables, como bandas paramilitares locales, grupos terroristas transnacionales, rebeldes, u otro tipo de facciones irregulares. Al perderse la noción de qué o quién está legitimado para emplear la fuerza armada, se desdibujan consecuentemente los contornos de otras muchas categorías políticas y jurídicas

²⁸⁷ C. Norris, *Uncritical Theory: Postmodernism, Intellectuals and Gulf War*, Londres, Lawrence and Wishart, 1992, p. 25. No es mi intención negar la realidad o la materialidad de la guerra (en la línea que defendió Baudrillard a la luz de los acontecimientos de la guerra del Golfo: J. Baudrillard, “La guerre du Golfe n’a pas eu lieu”, publicado en *Libération*, el 29 de marzo de 1991), sino simplemente poner de relieve la a veces controvertida correspondencia entre la realidad de los hechos y la imagen que se da en los medios. Véase V. D’Angelo, “Hostis ante portas. El poder, la guerra y la figura del enemigo en las relaciones internacionales”, en *Revista UNISCI*, No. 38, Mayo 2015, p. 45-46.

²⁸⁸ G. Colom Piella, “El auge de los conflictos híbridos?”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de Opinión, 120/2014, p.3.

²⁸⁹ H. Münkler, *The new wars*, Ed. Polity, 2005, p. 3.

fundamentales²⁹⁰, y las fronteras entre violencia militar y crimen organizado, o entre paradigma bélico y el criminal se desvanecen²⁹¹. Por otro lado, mientras que en las “viejas” guerras -libradas por y entre Estados- el enfrentamiento decisivo era la batalla, hoy la lucha directa en el frente, en el campo de batalla, brilla por su ausencia²⁹². En los últimos años hemos visto cómo los ejércitos regulares, sometidos a la nueva máxima de “cero bajas propias”²⁹³, evitan por todos los medios las incursiones terrestres y se decantan por campañas aéreas o teledirigidas, mientras que los grupos irregulares emplean indiscriminadamente todo tipo de armas a su alcance, o incluso exploran nuevas formas de “atentado” en las cuales la propia vida se pone al servicio de la victoria, abriéndose así una brecha –un abismo- entre unos y otros que va más allá de la mera asimetría táctica²⁹⁴. Los civiles, una vez más, son quienes más

²⁹⁰ Sobre la crisis de las distinciones hablaremos también el capítulo siguiente, pero un diagnóstico profundo y certero de las causas y el alcance de dicha crisis puede verse en A. Colombo, “El terrorismo entre la legalidad y la legitimidad...”, *cit.*

²⁹¹ Sobre el perverso feedback entre ambos paradigmas, me remito a R. Campione, A. Aldave, “Normas y discursos: los conflictos armados y el derecho penal antes y después del 11S”, en *Jura Gentium*, Vol. XIII, No. 1, 2016, pp. 75-91.

²⁹² El propio Schmitt predijo que la llegada de la guerra aérea acarrearía cambios decisivos en la ordenación del espacio y en la concepción de las guerras: “la nueva problemática que la guerra aérea plantea” es que “ya no puede hablarse como hasta ahora de un escenario de guerra”. C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, *cit.* 352.

²⁹³ El principio de “cero bajas propias” instaurado como imperativo absoluto por primera vez en la guerra de los Balcanes (nunca antes en la historia militar se había dirigido un enfrentamiento como lo hizo el general Wesley Clark: tras dos meses de bombardeo ni un solo militar aliado había muerto), supuso un cambio decisivo en lo que respecta a la conducción de las guerras y, de hecho, será a partir de este hito cuando se empiece a hablar del surgimiento de un nuevo tipo de guerras. Ver I. Ramonet, *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*, Barcelona, Arena Abierta. Mondadori. 2002, p.32.

²⁹⁴ Según Frank Hoffman, el principal defensor del concepto de “guerras híbridas”, estos nuevos actores se caracterizarían –desde el punto de vista táctico- por emplear simultáneamente los “4 pilares”: fuerzas

caro pagan esta transformación²⁹⁵, pues esta modalidad de “guerra” anula toda posibilidad de distinguir entre combatientes y no combatientes. En este contexto, en el que el curso del conflicto está en gran parte marcado por la asimetría y dispersión de fuerzas tanto en el tiempo como en el espacio, la duración de las “nuevas guerras” se estira hasta el punto de que devienen prácticamente permanentes. En territorios como Afganistán o Irak se ha visto cómo, desde que se llevaran a cabo las primeras intervenciones militares en 2001 y 2003 respectivamente, la conflictividad no sólo no ha cesado sino que se ha avivado. Si bien los parámetros concretos de los conflictos van cambiando –cambian los gobiernos, cambian los grupos opositores, los grupos terroristas se fragmentan, etc- ambos casos se engloban dentro del marco más amplio de la llamada “guerra global contra el terrorismo”, que ilustra a la perfección la ausencia absoluta de un horizonte temporal y geográfico que permita hablar de victorias, derrotas, principios y finales.

¿Es la constatación de estos cambios motivo suficiente para justificar el surgimiento de una nueva categoría conceptual

convencionales, tropas irregulares, acciones terroristas y crimen organizado. De hecho, en su opinión, la particularidad de los nuevos conflictos sería la presencia de este factor criminal, imprevisible y brutal. Ver F.G. Hoffmann, *Future hybrid threats: an update*, Washington DC, Center for Strategic Research, Institute for national Strategic Studies, 2012, p. 3 y F.G. Hoffmann, *Conflict in the 21st century. The rise of hybrid threat*, Arlington, Potomac Institute for National Strategic Studies, 2007, p. 29.

²⁹⁵ A pesar de las dificultades que entraña la tarea de contabilizar el número de víctimas civiles en medio de la actual constelación de conflictos, los expertos sí coinciden en denunciar esta tendencia. Las cifras que se manejan apuntan que en torno al 80 o 90% de las víctimas mortales de los conflictos son hoy civiles, mientras que las muertes de combatientes son solo el 10%, una proporción inversa a la que existía hace tan solo un siglo. Pueden consultarse: Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo (<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/39>), Peace Research Institute Oslo, battle deaths database (<https://www.prio.org/Data/Armed-Conflict/Battle-Deaths/>).

o de una nueva acepción, más flexible, de “guerra”? Expresiones como “nuevas guerras”, “guerras posmodernas”, “conflictos de cuarta o quinta generación” o “guerras híbridas” son algunas de las opciones a las que más frecuentemente se recurre a nivel operativo, al menos desde el plano político y mediático, para hablar de la transformación de los conflictos y del desdibujamiento de las distinciones tradicionales²⁹⁶. Para muchos estudiosos militares, este tipo de realidades no serían sino una manifestación más de un fenómeno unitario, “la guerra”, cambiante por naturaleza, sí, pero siempre dentro de unas coordenadas comunes. El propio Clausewitz distinguía la naturaleza subjetiva de las guerras -referida a aquellos factores que pueden variar de unas a otras, como los ejércitos, las doctrinas, las tácticas o el armamento- de su naturaleza objetiva -que por el contrario hacía referencia a aquellos elementos que son inherentes a todos los conflictos, tales como la violencia, la fricción o la incertidumbre-²⁹⁷. Desde este punto de vista, las denominadas “guerras híbridas”, o “guerras posmodernas” serían, por muy atractivas que estas nuevas expresiones se nos revelen, guerras al fin y al cabo. Según Colom, si analizásemos las campañas actuales (Irak, Siria, Afganistán y otras comprendidas en la lucha contra Al Qaeda o el Estado Islámico) en perspectiva histórica, llegaríamos a la conclusión de que no son tan especiales ni tan novedosas como a menudo se señala

²⁹⁶ El concepto más empleado ha sido probablemente el de “nuevas guerras” que, en el ámbito académico, se popularizó con la obra de Mary Kaldor (M. Kaldor, *Las Nuevas Guerras. Violencia organizada en la era global*, Barcelona, Tusquets, 2001). Sin embargo, la complejidad y las características de estos conflictos ha sido tratada por otros autores, incluso previamente, de manera muy interesante: M. Van Creveld, *The Transformation of War*, Nueva York, The Free Press, 1991; R. Smith, *The Utility of Force: The Art of War in The Modern World*, Londres, Allen Lane, 2005; V. Desportes, *La guerre probable*, París, Economica, 2009.

²⁹⁷ Clausewitz, K.V., *op.cit.*

sino que, de hecho, las formas de lucha no-convencional, asimétrica o irregular que en ellas se despliegan han constituido desde siempre el complemento lógico y natural a la guerra convencional, simétrica o regular, y conforman por tanto una parte integrante de la Historia de la Guerra, con ejemplos que van desde la revuelta macabea contra el imperio Selúcida a la derrota de las legiones romanas de Varo a manos de los pueblos germanos²⁹⁸. Sin embargo, para quienes hablan de ruptura con respecto a las guerras clásicas, estas “nuevas” guerras son nuevas precisamente porque con ellas la guerra cambia de naturaleza²⁹⁹; y ¿en qué consiste este cambio de naturaleza? Como apunta Ferrajoli, a diferencia de las guerras “en sentido propio”, en estas guerras se combate una violencia irregular, una violencia privada³⁰⁰ frente a la cual no cabe una derrota militar y con la cual tampoco cabe llegar a acuerdos, por lo que la paz desaparece por completo del horizonte temporal y las guerras devienen inevitablemente permanentes. De forma muy similar, la lógica schmittiana nos indica que la noción de guerra tradicional entra en crisis precisamente como consecuencia del desmoronamiento de la noción clásica de ‘enemigo’ en el seno de las nuevas formas de guerra irregular³⁰¹. Sea como fuere, en términos generales, estos conflictos se caracterizan por ser una explosiva combinación de extremismos violentos, criminalidad transnacional y violaciones sistemáticas de derechos humanos, formando así una confusa amalgama de guerra, terrorismo y

²⁹⁸ G. Colom, *Op. cit.*, p. 5.

²⁹⁹ L. Ferrajoli, “Guerra y terrorismo internacional...”, *cit.*, p. 24.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 24.

³⁰¹ C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, *cit.*, p.154.

crimen³⁰². Todo lo que es propio de la guerra clásica muta ahora en algo bien distinto que, aunque ha recibido la denominación de “guerra”, marca una brecha con el significado jurídico tradicional de la expresión.

Ahora bien, volvemos aquí al interrogante que nos persigue desde el inicio: ¿debe el Derecho Internacional Humanitario hacerse eco de esta transformación y acoger estas nuevas realidades? Aunque hay que reconocer la carga descriptiva y la importante función discursiva que estas expresiones pueden desempeñar en varios órdenes, que existan motivos para acuñar una nueva expresión en la jerga política o militar no implica automáticamente que existan motivos para acuñar un nuevo concepto jurídico de guerra. No es nuestro propósito negar aquí el valor analítico de algunas de las nuevas categorías y clasificaciones que se manejan ahora a nivel operativo para designar estas realidades tan características³⁰³,

³⁰² M. Shaw los ha calificado como “guerras degeneradas” precisamente en alusión a la combinación de violaciones de derechos humanos a gran escala, crimen organizado y actividades propias de la guerra. M. Shaw, “War and globality: the role and character of war in the global transition”, en J. Ho-Won (ed.), *Peace and conflict: a new agenda*, Hampshire, Ashgate Publishing, 1999. El CICR, con anterioridad al 11-S, hablaba ya de “conflictos desestructurados” para referirse a aquellos conflictos que se caracterizan por el debilitamiento o la desaparición de las estructuras estatales. En tales situaciones, los grupos armados aprovechan el vacío político para intentar hacerse con el poder. Pero ese tipo de conflicto se caracteriza, ante todo, por el debilitamiento, incluso por la desaparición de la cadena de mando en los propios grupos armados”. CICR, *Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras de Estado*, Documento preparatorio CIRC para la Primera Reunión Periódica sobre Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, 10-23 enero 1998.

³⁰³ El Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) distingue en sus análisis e informes entre conflictos armados, conflictos no estatales y violencia unilateral contra civiles. Los conflictos armados pueden dividirse en conflictos interestatales, conflictos internos y conflictos internos internacionalizados (una clasificación y un lenguaje, por cierto, perfectamente compatible con la tipología contemplada en las Convenciones de Ginebra). Esta última categoría incluye a su vez dos subcategorías: los conflictos vinculados a la “guerra global contra el terror” liderada por EEUU y los casos de intervención de un gobierno en

como tampoco lo es negar que expresiones o categorías nacidas en otros órdenes pueden ejercer una notable “presión semántica en el lenguaje jurídico”³⁰⁴. Pero a la hora de valorar la conveniencia de un nuevo concepto en el orden jurídico, no basta con contrastar empíricamente los cambios acontecidos, con analizar la novedad de dichos cambios o con discutir la entidad de dicha novedad, sino que es necesario reflexionar en última instancia sobre las consecuencias y sobre los fundamentos jurídicos de la propuesta.

Si tomamos como paradigma de esta nueva pretensión la propuesta formulada por la Administración Bush³⁰⁵ a raíz de los atentados del 11-S, en la que se prescinde de elementos tradicionalmente considerados clave -tales como la intensidad, la duración de las hostilidades, el elemento espacial, o la naturaleza de las partes-, las objeciones, tanto prácticas como teóricas, pueden identificarse desde varios frentes. Desde un punto de vista que analice las consecuencias de la propuesta, la defensa de semejante ampliación del concepto de conflicto armado únicamente cabe desde una postura que esté dispuesta al sacrificio de algunos de los principios más elementales del *jus in bello*. Por un lado, como ya hemos señalado, la distinción

los conflictos internos de países vecinos. SIPRI Yearbook 2012, Armaments, Disarmament and International Security, Estocolmo, SIPRI, 2012.

³⁰⁴ R. Esposito, “Enemigo, extranjero, comunidad”, en R. Bodei, *Los filósofos y la política*, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 69-84, p. 79.

³⁰⁵ “(La existencia de un conflicto armado)...no requiere hostilidades prolongadas, ni una confrontación con fuerzas armadas regulares. Un solo acto hostil o el intento de acto hostil puede bastar si dicho acto, en virtud de su magnitud y gravedad, constituye un ataque armado o un acto de guerra; o si el número, el poder y la organización de las fuerzas con las que el actor está asociado es tal que ese acto o intento de acto equivale a un ataque por fuerzas armadas”. Véase Department of Defense, “Crimes and Elements for Trials by Military Commissions”, Military Commission Instruction No.2, Section 5C, 20 abril, 2003

entre combatientes y civiles es prácticamente imposible de garantizar frente a un adversario tan sumamente disperso y poroso, casi invisible, lo que resulta en un inevitable incremento de la vulnerabilidad de los civiles. Por otro, dada la inexistencia de límites temporales y el carácter permanente de la violencia, los detenidos permanecen en manos del adversario de manera ilimitada a efectos prácticos. Y la ausencia de confines territoriales favorece la propagación de la violencia más allá de cualquier frontera. Evidentemente, ni la mayor desprotección de los civiles, ni la privación de libertades y garantías individuales, ni la vulneración de la integridad territorial, desaniman a muchos Estados que, muy al contrario, se muestran dispuestos a acoger de buena gana propuestas como ésta porque, en definitiva, conllevan a sus ojos una ventaja política y estratégica fundamental: allanar el camino hacia la victoria.

Es momento ahora de retomar la segunda premisa a la que nos referíamos líneas atrás, pues en el debate sobre la ampliación de la noción de “conflicto armado” es frecuente pasar por alto el hecho de que el cuerpo legal compuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional parece haber sido automática y rotundamente descartado. Desde este prisma, los estándares y principios jurídicos que rigen bajo el modelo criminal son descritos como trabas u obstáculos a la hora de combatir amenazas transnacionales no estatales. El paradigma criminal, declaran, no serviría para combatir estos nuevos enemigos y estas nuevas amenazas que, por su naturaleza, reclaman prevención, anticipación y, ante todo, estándares judiciales y procedimentales más laxos de los que operan en el modelo

criminal, diseñado fundamentalmente con fines punitivos, no preventivos³⁰⁶.

Ahora bien, incluso estando de acuerdo en el diagnóstico de la “novedad” de las amenazas contemporáneas, una cosa es admitir que las amenazas provienen hoy de fuentes muy dispares a las de hace cien años y otra muy distinta inferir, a partir de aquí, que el derecho bélico es el “tratamiento” necesario para combatir este tipo de males -siempre y cuando, eso sí, podamos retocarlo convenientemente, como se verá en el próximo capítulo-. El propio Comité Internacional de la Cruz ha manifestado que los rasgos específicos de estas amenazas, especialmente el terrorismo internacional, no son por sí solos argumentos para descalificar el modelo criminal y justificar el bélico³⁰⁷. Más bien al contrario, el paradigma bélico fue pensado para hacer frente a otro tipo de amenazas que, por la propia naturaleza y función del Derecho Internacional Humanitario, deben ser claras, concretas e identificables. La lógica del *jus in bello* exige que las partes de un conflicto estén o puedan estar claramente identificadas por la sencilla razón de que este cuerpo normativo -a diferencia del Derecho Penal Internacional o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos- establece el principio básico de igualdad de derechos y obligaciones entre contendientes. Los mismos derechos y privilegios que se conceden a los combatientes de un bando, se conceden también a los del otro³⁰⁸, un “otro” que, aunque está “contra” nosotros,

³⁰⁶ ICRC *IHL challenges*, de 2003, p. 17.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 18.

³⁰⁸ Sobre el principio de igual aplicación del *jus in bello* a las partes: K. Okimoto, *The Distinction and Relationship between Jus ad bellum and Jus in Bello*, *Studies in International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011; F. Bugnion, “Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law”, en *International Studies Journal*, No. 5, 2005, pp.39-69. Lo veremos más detalladamente en el capítulo III.

forma parte de nuestro mismo mundo³⁰⁹, un “otro” que, aunque es nuestro enemigo, no es un enemigo absoluto, no es un bárbaro ni un salvaje, sino un enemigo al que reconocemos como hombre en una situación igual a la nuestra. Éstos son los pilares sobre los cuales se diseñó el *jus in bello* y que, a nuestro juicio, deben preservarse. ¿Están los Estados que son partidarios de extender el ámbito de aplicación del *jus in bello* dispuestos a reconocer y garantizar estos principios? La manera en que se están conduciendo estas guerras³¹⁰ sugiere que la intención que se esconde bajo toda esta retórica es la de poder emplear la fuerza contra determinados individuos, en cualquier lugar del planeta, meramente en base a la amenaza que constituyen individualmente³¹¹, sin reconocerles a cambio ninguno de los derechos que el Derecho Internacional Humanitario les otorga. Cabe intuir que semejante extensión del concepto de guerra persigue convertir la guerra en una suerte de “macro” acción policial contra cualquier alterador de la paz, criminal o elemento antisocial que desestabilice determinado orden³¹². Se trata de una interesada combinación de una selección de los ingredientes más seductores del paradigma bélico con una selección de los elementos más atractivos del modelo criminal, fomentando en definitiva una peligrosa retroalimentación entre un modelo y otro que, en cualquier caso,

³⁰⁹ M. Bettini (ed.), *Lo straniero ovvero l'identità culturale a confronto*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

³¹⁰ La analizaremos en detalle en el siguiente capítulo.

³¹¹ Una lectura interesante sobre el fundamento del principio de distinción en el *jus in bello* la encontramos en F. Lara, “Ética en la guerra: la distinción entre soldados y civiles”, en *Revista de Filosofía*, Vol. 38, Núm. 2, 2013, p.79-98.

³¹² Son de rigurosa actualidad las advertencias de Schmitt sobre los peligros de transformar la guerra en una “acción policial” y sobre la discriminación del enemigo como criminal. C. Schmitt, *El nomos de la tierra....*, op. cit. p.355.

acaba desplazando al “otro” fuera de todo derecho. Por un lado, la identificación del delincuente como enemigo político³¹³ supone una atribución de perversidad al agente que no debiera tener cabida en el ordenamiento penal³¹⁴. Inversamente, en el derecho bélico, criminalizar al adversario para convertirlo en un sujeto desprovisto de derechos supone el primer paso hacia la deshumanización de la guerra. Damos así con uno de los mayores reproches de fondo que cabe formular contra la propuesta de modificación. Atraídos por el interés estratégico de hacer valer todos los privilegios que el *jus in bello* confiere, pero sin hacerse cargo de ninguna obligación, quienes proclaman la necesidad de reformar el Derecho Internacional Humanitario para que se haga cargo de este tipo de amenazas olvidan (ya sea por interés o por desconocimiento) algo esencial: el *jus in bello* no trata sólo de autoridad y derechos, sino también de obligaciones y responsabilidades. Intentar desconectar un plano del otro supone desvirtuar por completo el *jus in bello* tal y como lo conocemos, pues al negar este plano de igualdad al “otro” -al que, inversamente, no le corresponde ningún derecho pero sí todas las cargas- se inicia un proceso por el que se rompe cualquier vínculo de reconocimiento de humanidad del enemigo,

³¹³ Empleamos “enemigo político” para diferenciar esta visión del enemigo de la que ofrece el Derecho Internacional: una visión schmittiana según la cual, en el momento en el que elevo a alguien a la categoría de “enemigo”, se le debe reconocer un status jurídico igual al mío.

³¹⁴ M. Cancio Meliá, “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en Jakobs/Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 57-102. No obstante, la controvertida doctrina del “derecho penal del enemigo” defiende precisamente el desdoblamiento del sistema penal en un derecho penal garantista para los ciudadanos y un derecho penal para los enemigos (hoy en día, los terroristas). Volveré sobre ello en el punto 4.5 del siguiente capítulo. Cancio Meliá cuestiona detenidamente este modelo de derecho penal en M. Cancio Meliá, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el CP español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la democracia*, No.44, pp.21 y 22.

ahora convertido en un enemigo absoluto, en un no-hombre. Volvemos, a la postre, a la denuncia con la que iniciábamos este análisis: la propuesta de acuñar una nueva noción legal de conflicto armado debe estar fundamentada en un análisis jurídico y no en meros análisis estratégicos o intereses políticos. Una modificación que implique alterar la esencia misma del *jus in bello* puede estar justificada –no exclusivamente– en intereses puramente estratégicos.

2.7. OBSERVACIONES FINALES

En un contexto como el actual, en el que los Estados han dejado de ser sujetos políticos y jurídicos únicos del orden internacional y en el que ya no ostentan el monopolio de la violencia, el modelo clásico de guerra inter-estatal no es, evidentemente, un modelo válido a la hora de hacer frente a amenazas no estatales pero transnacionales como, por ejemplo, el terrorismo yihadista³¹⁵. Ahora bien, sostener esto no significa defender que el DIH deba ser convenientemente reformado para poder hacerse cargo de este tipo de amenazas; lo segundo no se infiere de lo primero, sino todo lo contrario. Ahora más que nunca es urgente que comprendamos los peligros de seguir calificando el terrorismo como guerra y la guerra como lucha al terrorismo; distinguir lo que es guerra de lo que es terrorismo y de lo que es criminalidad es crucial precisamente porque, como señala Ferrajoli, son (y deben ser) profundamente diversas las respuestas (jurídicas) que una y otra reclaman³¹⁶.

³¹⁵ A. Colombo, “El terrorismo entre legalidad y legitimidad...”, *cit.*, p. 87.

³¹⁶ L. Ferrajoli, “Guerra y terrorismo...”, *cit.*, p. 15.

Conviene aclarar, así mismo, que decir que el Derecho Internacional Humanitario no está pensado para combatir este tipo de amenazas no equivale a decir que no pueda regular determinadas situaciones surgidas o detonadas a raíz de las mismas. Como se ha visto en este capítulo, la aplicación del DIH resultará obligatoria allá donde la violencia, cualquiera que sea su causa, adquiera las cotas y características exigidas, que deben ser interpretadas de manera acorde con la propia lógica del *jus in bello*. Cuando se habla de “guerra global contra el terrorismo” se alude bajo una misma etiqueta a una multiplicidad de fenómenos violentos que difieren entre sí no sólo en localización, sino también en la intensidad y duración la violencia empleada. No todas las confrontaciones acontecidas con el pretexto de esta “guerra” constituirán conflictos armados, pero examinar y clasificar cada componente o exponente por separado nos permitirá determinar cuáles estarán regidas por el derecho bélico y cuáles no, una labor preliminar crucial para poder valorar cómo se ha conducido la “guerra contra el terrorismo”, objetivo al que vamos a dedicar el próximo capítulo³¹⁷. Lo que nos interesa señalar aquí es que flexibilizar el DIH aspirando a que regule todas las acciones que acoge la lucha contra el terrorismo – o contra cualquier otra amenaza transnacional no estatal- no es razonable ni conveniente. Los criterios objetivos para la aplicación de este cuerpo normativo tienen una razón de ser: *el jus in bello* nace con la finalidad de minimizar el sufrimiento humano durante las guerras y, por este motivo, se fundamenta en el principio de igualdad de derechos y obligaciones entre los beligerantes.

³¹⁷ M. Sassoli, “Use and abuse of the laws of war”, en *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol 22, 2004, pp.195-221, p. 200.

El argumento de que es necesario cambiar el Derecho para acomodarlo a las nuevas realidades es una ficción bajo la que se pueden esconder intereses propios. Señalaba Walzer que la necesidad es siempre un argumento o justificación a posteriori, y que los juicios o examen sobre la necesidad no competen a los agentes históricos, pues éstos emplean estas palabras para ocultar o esconder sus propias intenciones³¹⁸.

³¹⁸ M. Walzer, *Guerras justas e injustas...*, cit., p. 35 y p.36.

CAPÍTULO III

LA GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO Y EL *JUS IN BELLO*: UN PARADIGMA BÉLICO *SUI GENERIS*

3.1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Humanitario o *jus in bello*, que ya hemos comenzado a perfilar en el capítulo anterior, constituye el marco normativo específico que regula la conducción de las hostilidades en el curso de un conflicto armado. Sin embargo, como acabamos de señalar, no todas las operaciones llevadas a cabo bajo la GGCT constituyen conflictos armados a tenor del Derecho Internacional vigente y, en estos casos, los estándares jurídicos relativos al empleo de la fuerza y a la protección de las personas vendrán determinados por el Derecho de los Derechos Humanos. De ahí que la labor de determinación del marco jurídico de referencia –labor a la que hemos dedicado el capítulo precedente– adquiera, como va a quedar patente en las páginas que siguen, una importancia crucial en un contexto tan sumamente heterogéneo como el de la guerra contra el terrorismo.

Dicho esto, lo que en este capítulo me propongo es exponer las prácticas más controvertidas llevadas a cabo en el contexto de la lucha contra el terrorismo, examinando los elementos en los que se han ajustado o desviado del Derecho

Internacional aplicable en cada caso y poniendo a prueba las justificaciones -jurídicas, políticas, morales- que las han acompañado, todo ello con el objetivo último de valorar en qué medida puede esta secuencia de prácticas y retóricas estar desgastando los pilares sobre los que se erige el *jus in bello*.

3.2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL JUS IN BELLO

Antes de sumergirnos en la realidad jurídica de nuestro tiempo, conviene repasar brevemente las diversas formas que ha tomado a lo largo de la historia el esfuerzo por regular la conducta durante la guerra y por contener sus efectos destructivos.

Karl Von Clausewitz sostenía que la idea de guerra lleva aparejada la idea de ausencia de limitación, de tal forma que no hay acto violento o sanguinario imaginable que no se dé o pueda darse en el ámbito de la guerra³¹⁹. Los adversarios, si no quieren perder, no tienen opción: deben torcer el brazo de su oponente. De este modo, cada adversario, atrapado por lo que tanto Tucídides como Hobbes consideraban una “necesidad”³²⁰ derivada de nuestra propia naturaleza, intentará siempre igualar o superar el daño y la crueldad del otro bando, produciéndose así una escalada de violencia imparable y de la que nadie es culpable³²¹. Sin embargo, tanto las explicaciones antropológicas como históricas sugieren que sí somos capaces de poner límites y reglas a la guerra. Aunque el término *jus in bello*

³¹⁹ K. V. Clausewitz, *Op. cit.*

³²⁰ Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Torrejón de Ardoz, Akal, 1989; T. Hobbes, *Leviatán*, Madrid, Nacional, 1980.

³²¹ M. Walzer, *Guerras justas e injustas...., cit.*, p. 54.

relativamente reciente³²², la historia del *jus in bello*, entendida como la historia de la limitación y racionalización de la guerra, sí puede remontarse al mundo antiguo.

Ya en Grecia existían ciertas reglas para las guerras entre las ciudades de la comunidad helénica³²³; reglas que, sin embargo, no se aplicaban a las guerras contra los persas, en las cuales no existían restricciones de ningún tipo³²⁴. Platón expresaba con claridad estas diferencias entre las guerras de griegos contra griegos y las guerras de griegos contra “bárbaros” en “La República”:

“Entonces, si los griegos combaten contra los bárbaros y los bárbaros contra los griegos, diremos que

³²² Como dice Robert Kolb: “(...) *jus belli, usus in bello, mos et consuetudo bellorum, modus belli gerendi, forma belli gerendi, quid quantumque in bello liceat et quibus modis, jus armorum, lex armorum, jus militare, jura et usus armorum, doriz de guerre, droit d’armes, drois, usaiges et costumes d’armes, usance de guerre, droit et usage d’armes, Kriegsmanier*, etc. Not all these terms pertain to public international law as we understand it today: they did not apply only to armies set up under public authority. *Jus armorum* was the professional code for warriors –kinghts, for example– and constitutes *jus gentium*”. R. Kolb, “Origin of the twin terms *jus ad bellum/jus in bello*”, en *International Review of the Red Cross*, Vol.37, Special Issue No. 320, Octubre 1997, pp.553-562. P. 558 y 559.

³²³ Estas reglas se basaban en la idea de la ecúmene, en la conciencia de una civilización común. Véase A. Cruz Prados, *La razón de la fuerza. Concepto y justicia de la guerra*, Madrid, Pearson Educación, 2004, p.43. Junto con la idea de una ecúmene helénica, también el nacimiento de un estamento diferenciado de “guerreros”, especialmente capacitados para la lucha y responsables de la conducción de la guerra, contribuyó a la creación de una conciencia de clase común entre los combatientes de uno y otro bando y de un sentimiento de igualdad.

³²⁴ A. Cruz Prados, *La razón de la fuerza...*, Op. cit., p.43. Citando a Josiah Ober “Classical Greek Times”, en M. Howard, G.J. Andreopoulos y M.R. Shulman (eds.), *The Laws of War. Constraints on Warfare in the Western World*, New Haven and London, Yale University Press, 1994, p.18. Para un estudio más exhaustivo de la historia de la normativización y racionalización de la guerra desde la Antigüedad, me remito a R. Campione, *El nomos de la guerra...*, cit. De acuerdo con Campione, de hecho, ya en las guerras contra los persas puede hablarse por primera vez de un concepto de guerra justa connotado moralmente.

por naturaleza son enemigos, y a esa hostilidad la llamaremos guerra. En cambio, cuando combaten griegos contra griegos, habrá que decir que por naturaleza son amigos y que Grecia, en este caso, está enferma y con disensiones intestinas, y a esa hostilidad la llamaremos disputa intestina”³²⁵.

En el orden romano, la distinción entre amigo-enemigo³²⁶ se expresaría en términos de cristiano-infiel y, particularmente, en términos de Cristiandad-Islam³²⁷. Así, mientras que las guerras contra infieles se libraban sin ningún tipo de limitación, las guerras entre cristianos eran guerras acotadas. También la constitución de una clase social guerrera, primero, y de la institución de caballería, después, dignificó el combate y contribuyó en cierto modo a la reglamentación de la guerra, pues permitió la elaboración de códigos de conducta aplicables a las disputas entre sí, entre guerreros³²⁸.

Con el descubrimiento del Nuevo Mundo, surge un nuevo nivel de comunidad, una nueva unidad de espacio -como diría Schmitt, un nuevo “nomos”³²⁹-, que englobaba ahora a indios y cristianos y, por tanto, era más inclusiva pero menos cualificada

³²⁵ Platón, *La república*, Libro V, Madrid, Gredos, 1986, 470c.

³²⁶ No en los términos que planteará Schmitt en el siglo XX, sino en los términos platónicos que acabamos de ver, entendiendo como enemigo a quien no pertenece a nuestra comunidad.

³²⁷ A. Cruz Prados, *Op. cit.*, p. 44.

³²⁸ Sobre la importancia de la caballería en los avances hacia la reglamentación de las guerras, puede verse A.J., Bellamy, *De Cícero a Iraq...*, *cit.*

³²⁹ El Derecho, dice Schmitt, presupone un “nomos”. Debe existir una unidad evidente de espacio, de ordenación y de asentamiento. El Derecho exterioriza mediante reglas jurídicas un determinado orden en un espacio y momento histórico determinado. Vid. C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, *cit.*

que la comunidad cristiana: se reduce lo compartido a un mínimo (la naturaleza del ser humano) y la regulación de la guerra se hace menos estricta y exigente que en el orden anterior³³⁰. Las naciones cristianas de Europa se consideraban creadoras y portadoras de una ordenación que era válida para toda la tierra, de modo que hablar de “civilización” era equivalente a hablar de “civilización europea”³³¹. Más tarde, con la consolidación del Estado moderno en el siglo XVIII, la guerra se transformó en una relación entre Estados soberanos iguales en derechos. Como parte de su soberanía, los Estados disfrutaban del monopolio de la fuerza³³² y, por ende, de la guerra. La liberalización y desteologización de la guerra (más concretamente, de las causas para ir a la guerra), que hemos visto en el capítulo I, relegaron el problema del *jus ad bellum* y de la justicia de la causa a la irrelevancia (al menos en el plano jurídico)³³³, mientras que la regulación del *jus in bello* alcanzaba cotas sin precedentes³³⁴. En palabras de Schmitt, la racionalización de la guerra consistirá precisamente en que:

³³⁰ La ecúmene era ahora un Totus Orbis, una comunidad que no se basaba en una fe sino en una naturaleza compartida. A. Cruz Prados, *Op. cit.*, p. 49.

³³¹ C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, cit., p. 54.

³³² Señala Cruz Prados que “el monopolio de la guerra no sería sólo una característica más del Estado, sino que sería la nota más esencial de su definición. Es decir, el Estado surge precisamente para poner orden y límites al uso de la fuerza y a la guerra”. A. Cruz Prados, *Op. cit.*, p.50.

³³³ Véase el punto 1.2 del capítulo I de este mismo trabajo.

³³⁴ “La desteologización produjo una consecuencia evidente: la racionalización y humanización de la Guerra” en C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, cit., p.126. Rengger señala que el “climax” en la racionalización de la guerra se logra con la obra de Vattel: “It is generally assumed that the two most important contributors, after Vitoria y Suarez, were the Dutch humanist, jurist and political actor Hugo Grotius (1583-1645) and the German philosopher Samul Pufendorf (1632-94), and that this movement of thought reaches its climax in the thought of Emmerich de Vattel (1714-67)”. En N. Rengger, “The *jus in bello* historical and philosophical perspective”, en L. May, E. Crookston, *War. Essays in*

“El problema de la guerra justa es separado de la causa justa, quedando sujeto a categorías jurídico-formales. (...) La guerra se convierte en una “*guerre en forme*” por el mero hecho de que se transforma en guerra entre Estados europeos claramente delimitados”³³⁵

En esta época, se consolida la visión de la guerra como un asunto limitado a los ejércitos y se rechaza la participación del pueblo que, como sostenía Clausewitz, encarnaba el elemento irracional y avivaba las pasiones de la guerra³³⁶. Pero entonces llegan a Europa las guerras surgidas a raíz de la Primavera de los Pueblos³³⁷. La guerra deja de ser una guerra entre Estados y entre ejércitos, y pasa a ser una guerra entre pueblos, una guerra en la que el propio modelo de sociedad se convierte en objeto y motivo de lucha³³⁸. A este emborronamiento de la distinción entre ejército y pueblo se le sumaría, además, la crisis en la distinción entre espacio europeo y no-europeo fruto del colonialismo ya apuntada por Schmitt³³⁹.

political perspective, Cambridge University Press, 2008, pp.30-46, p. 39. No obstante, hay que aclarar que se trata de un *jus in bello* que afecta sólo a la lucha librada entre Estados modernos, es decir, a las guerras europeas –no a las guerras extra-europeas o guerras coloniales, que seguían considerándose guerras contra bárbaros-, fundamentalmente dirigido a los ejércitos y desprendido ya de cualquier consideración sobre la justicia o razones materiales de la guerra. Véase C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, cit., p.127.

³³⁵ C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, cit., p.126 y p.127.

³³⁶ K. V. Clausewitz, *op. cit.*

³³⁷ Me refiero a la Revolución de 1848.

³³⁸ A. Cruz Prados, *Op. cit.*, p. 55.

³³⁹ Lo explicó Schmitt de la siguiente manera: “La teoría europea del Derecho de gentes dejó de tener conciencia de la estructura espacial de su antigua ordenación, interpretando de la manera más ingenua un proceso de universalización, que se hacía cada vez más externo y superficial. Los juristas creían presenciar una recepción de los no-europeos muy halagadora para Europa sin darse cuenta de que la ordenación del espacio

En el siglo XX, el trauma de las dos guerras mundiales propicia finalmente que el Derecho Internacional se pronuncie tanto sobre los motivos para ir a la guerra³⁴⁰ como sobre el modo de llevarla a cabo, admitiendo que una guerra, para ser legal, no sólo debe hacerse por una causa acorde a Derecho, sino que, también, debe ser llevada a cabo de manera acorde a Derecho. Por un lado, desde el punto de vista del *jus ad bellum*, se consagra el principio general de arreglo pacífico de controversias y se concluye que no hay causa que pueda otorgar a un Estado el derecho a usar la fuerza contra otro Estado, salvo que exista necesidad de defenderse del ataque cometido por otro Estado o que el Consejo de Seguridad así lo determine³⁴¹. Por otro lado, la comunidad internacional, consciente de que con prohibir la guerra no basta, desarrolla una serie de Tratados y Convenciones relativos a los medios y métodos válidos y prohibidos durante la guerra, así como a la protección de personas en tiempos de guerra. La idea última que fundamentará este cuerpo legal es la necesidad de garantizar unos mínimos de humanidad en el transcurso del sufrimiento humano, sea en el contexto que sea, incluso en un contexto de conflicto armado: “Human suffering is human suffering, whether incurred in the course of a just war or not: Humanity, not Justice, is its *prime* concern”³⁴².

estaba desapareciendo sin ser sustituida por otra”. C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, cit., p.240 y p.241.

³⁴⁰ Véase el punto 1.2 del capítulo I del presente trabajo.

³⁴¹ Véase el punto 1.3 del capítulo I de este mismo trabajo.

³⁴² G. Best, *Humanity in warfare. The Modern History of International Law of armed conflict*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1980, p. 4, p.5. Otros, como Rawls, sostienen que la necesidad de respeto al *jus in bello* en una sociedad liberal proviene no de la humanidad sino del fin mismo de la paz, al que toda Guerra debe dirigirse para ser considerada lícita: “the aim of war is a just peace (...) The conduct of war is to be constrained and adjusted to this end”. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999, p. 379.

Pero el desarrollo de un cuerpo legal específico que regulara la conducta durante el curso de las hostilidades no hubiera servido de mucho si no se hubiera consagrado, simultáneamente, la autonomía del *jus in bello* respecto del *jus ad bellum*, es decir, la abstracción de éste de cualquier consideración sobre la causa, un principio cuya importancia reclama que le dediquemos algo más de espacio.

3.3. LA (PROBLEMÁTICA) COEXISTENCIA DEL JUS IN BELLO Y JUS AD BELLUM

Es cierto que las reglas de la guerra pueden suscitar, a priori, cierto rechazo visceral, ya que su tolerancia implica admitir, como punto de partida, que matar y producir víctimas puede estar permitido, algo que, en definitiva, supone consentir cierto grado de destrucción y barbarie. Son reglas, como dice Walzer, “necesariamente imperfectas”³⁴³, reglas que indignan a la gente porque tienden a ser consideradas una manifestación más de la tolerancia a la guerra.

El siglo XX dejó de manifiesto, sin embargo, tanto la necesidad de acotar el derecho de los Estados a recurrir a la fuerza armada, como la de regular la conducta durante el empleo de la misma. Por muy elaborado y preciso que pudiera ser uno de los cuerpos normativos, nunca podría suplir y hacer prescindible la función del otro, pues la legalidad de la decisión de recurrir a la guerra no hace legal cualquier modo de llevarla cabo, y viceversa. En otras palabras, las barbaridades que se

³⁴³ M. Walzer, *Guerras justas e injustas...., cit.*, p. 83.

cometen durante la guerra son independientes del hecho mismo de ir a la guerra³⁴⁴.

Pero este axioma no siempre fue tan evidente. Durante mucho tiempo, el pensamiento según el cual un razonamiento que justificara el recurso a la guerra justificaba también el recurso a todo lo que fuese necesario para el fin de dicha guerra fue el pensamiento dominante. Von Moltke escribía que “en la guerra, la mayor gentileza es concluir la con rapidez. Y en la consecución de este objetivo debe permitirse el empleo de todos los medios”³⁴⁵. Otros, como Walpole, llegaron a afirmar que “ningún país fue nunca salvado por hombres buenos porque los hombres buenos nunca llegan tan lejos como puede ser necesario”.³⁴⁶

Como acabamos de ver, la convicción sobre la necesidad de un *jus in bello* específico comienza a cobrar fuerza en una época en la que se reconoce a los Estados modernos *liberum jus ad bellum*. Precisamente en una etapa en la que los Estados son soberanos absolutos para emprender guerras y en la que se les reconoce plena libertad en cuanto a los fines y motivos para iniciarlas, el Derecho pondrá toda su atención exclusivamente en el *jus in bello*; el *jus ad bellum* y la idea de justicia en la causa, sin embargo, caerá en el cajón del olvido hasta el punto casi de desvanecerse. En ese contexto, la autonomía del *jus in bello* se cuestionaba; en otras palabras, la relación entre el *jus in bello* y el *jus ad bellum* planteaba ningún problema en la medida en

³⁴⁴ Como dice Walzer, podemos culpar a los soldados de las atrocidades que cometan en el curso de la guerra, pero no del carácter injusto de la guerra que libran. M. Walzer, *Guerras justas e injustas...*, cit., p.75.

³⁴⁵ Citado en M. Walzer, *Guerras justas e injustas...*, cit., p.85. Citando Moltke in *Seinen Briefen*, Berlin, 1902, pág. 253.

³⁴⁶ Citado en W.L. LaCroix, *War and International Ethics. Tradition and Today*, University Press of America, Lanham, 1988, p. 227.

que, sencillamente, dicha relación no existía. Como dice Sloane: “Because international law imposed no restraint on the resort to war, the *jus in bello* could not depend on any *jus ad bellum*: no such body of law existed”³⁴⁷.

De ahí que, como sostiene Pietropaoli, la dicotomía clásica *jus in bello*– *jus ad bellum*, no existiera, en cuanto tal, hasta principios del siglo XX. “Existía la cosa, pero no el nombre”³⁴⁸. Si las doctrinas medievales de la guerra justa se habían centrado casi exclusivamente en el *jus ad bellum*–entendido en un sentido moral y discriminatorio–, el *jus publicum europaeum* derribó tal perspectiva y, con la implantación del concepto de guerra puramente jurídico y no discriminatorio que hemos visto en el capítulo anterior, se consiguió una relativa limitación de la violencia bélica durante casi tres siglos³⁴⁹.

El debate sobre la autonomía *del jus in bello* sobre qué relación debe existir entre ambos cuerpos legales surgiría, por fin, a comienzos del siglo XX, cuando el Derecho decide, simultáneamente, abordar ambas cuestiones. Sostiene Pietropaoli que el primer autor en establecer la dicotomía fue

³⁴⁷ R. D. Sloane, “The Cost of Conflation: preserving the dualism of *Jus ad bellum* and *Jus in bello* in the Contemporary Law of War”, en *Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009, p. 64.

³⁴⁸ S. Pietropaoli, “*Jus contra bellum?* Consideraciones sobre legítima defensa y uso de la fuerza en la época de la guerra global”, en R. Campione y F. Ruschi (coords.), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 169-186. p. 172.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 173

probablemente Heirich Lammasch en 1916³⁵⁰, y que gracias a Kunz³⁵¹ la dicotomía empezó a difundirse y a consolidarse.

Tras la experiencia de las dos guerras mundiales, el *jus ad bellum* resurge de las cenizas con la positivización de la prohibición del recurso a la fuerza armada y la criminalización de la guerra de agresión, de modo que, a partir de entonces, ambos cuerpos normativos estarían condenados a coexistir. ¿Significaría esto el fin del principio de no discriminación del *jus in bello*? ¿Seguirá el *jus in bello* siendo autónomo o quedará condicionado por el *jus ad bellum*?³⁵²

Nada en la Carta de Naciones Unidas hacía referencia a la relación entre el entonces “nuevo” *jus ad bellum* y el “viejo” *jus in bello*. Unos años después, se elaboraron los Convenios de Ginebra, en cuyos artículos iniciales se establecía expresamente que dichas convenciones serían de aplicación “en todas las circunstancias”³⁵³ así como en “caso de guerra declarada o en cualquier otro caso de conflicto armado”³⁵⁴. Tanto la

³⁵⁰ *Ibid.* Citando a H. Lammasch, “Unjustifiable war and the means to avoid it”, en *American Journal of International Law*, Vol. X, No. 4, 1916, p. 689.

³⁵¹ *Ibid.* Citando a J. Kunz, “Plus de lois de la guerre?”, en *Révue Générale de droit international public*, Vol. XLI, 1934, pp. 22-57.

³⁵² F. Bugnion, *Op. cit.*, p. 44.

³⁵³ Artículo 1 de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

³⁵⁴ Artículo 2 de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El Protocolo Adicional I escogía una fórmula algo más precisa en su preámbulo al afirmar que: “las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y del presente Protocolo deben aplicarse plenamente en toda circunstancia a todas las personas protegidas por esos instrumentos, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas invocadas por las Partes en conflicto o atribuidas a ellas”. Preámbulo Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio 1977. El Protocolo II, relativo a conflictos internos, da cuenta no obstante de algunas de las dificultades que plantea dicha independencia teórica absoluta, ya que establece ciertas diferencias o asimetrías entre las partes dependiendo de si son entes estatales o no

jurisprudencia como la doctrina del siglo XX posterior a las dos guerras mundiales han reconocido el carácter axiomático del principio de independencia, de tal manera que el estatus de las partes de un conflicto desde el punto de vista del *jus ad bellum* debe afectar a la igual aplicación del *jus in bello* entre enemigos³⁵⁵. El propio Comité Internacional de la Cruz Roja ha reafirmado este principio insistentemente: “as a matter of law, there can be no wars in which one side has all the rights and the other has none”³⁵⁶.

La vigencia de estos principios, que representan dos de los mayores logros jurídicos del pasado siglo, se está viendo comprometida al albor de la guerra contra el terrorismo, como argumentaremos con mayor profundidad en el punto 3.6 de este capítulo. Pero antes de examinar este proceso de descrédito, debemos terminar de exponer el marco jurídico actual y disponer de ese modo de los elementos necesarios para la posterior valoración de las prácticas acontecidas en el marco de la GGCT.

3.4. EL ESTATUS JURÍDICO DEL INDIVIDUO

Del mismo modo que el marco jurídico varía según el contexto sea de paz o de guerra, una vez ubicados en un contexto de guerra, también el status jurídico de un individuo –

estatales, o de si luchan por la autodeterminación o por alguna otra causa.

³⁵⁵ H Kelsen *Principles of International Law*, New York, Holt, Reinhart & Wilson, 1966, p. 89; Y. Dinstein, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 4-5; T. Hurka, “Proportionality in the morality of war”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 33, No. 1, 2005, p.34-35.

³⁵⁶ ICRC, *IHL and the challenges of contemporary armed conflict*, Report prepared for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2-3 December 2003, p. 19.

sus derechos y obligaciones- cambia según se trate de un civil o de un combatiente. Además de las implicaciones que esta calificación tiene sobre derechos fundamentales del individuo como la vida, la integridad física, o la libertad, sobre esta decisión se construirá ulteriormente todo el discurso legitimador del trato dispensado al enemigo, por lo que, en vista de su relevancia, consideramos necesario realizar un alto en el camino para explicar qué es lo que el *jus in bello* dispone en cada caso.

En DIH existen dos tipos de estatus jurídicos: el status de combatiente y el de civil. El CICR es tajante en este punto: no existe un estatus intermedio³⁵⁷, de modo que el argumento de que los terroristas son enemigos desprovistos de los derechos que el DIH confiere porque no encajan en ninguna de las categorías existentes es, como veremos, problemático cuando menos.

3.4.1. EL ESTATUS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

En caso de conflicto armado internacional –en el que las hostilidades tienen lugar entre fuerzas armadas de dos o varios Estados enfrentados entre sí-, el DIH distingue entre civiles y combatientes³⁵⁸.

3.4.1.1. Combatientes

Combatiente es aquella persona que tiene derecho a participar directamente en las hostilidades y que, por lo tanto (o,

³⁵⁷ “There is no intermediate status between these two categories”. En J.S. Pictet (ed.), *Commentary to Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of war*, Ginebra, CICR, 1958, p.51.

³⁵⁸ CG III para combatientes, CG IV para civiles.

precisamente, debido a ello), es también objetivo legítimo de ataque las 24 horas del día³⁵⁹. Dentro de esta categoría, aquellos combatientes que, habiendo caído en manos enemigas, reúnan los requisitos establecidos en el CG III³⁶⁰, serán considerados “prisioneros de guerra” y disfrutarán de las garantías y protecciones consagradas para ellos en el CG III. Aquellos que no cumplan dichos requisitos, si bien no serán considerados “prisioneros de guerra” –y por lo tanto no se beneficiarán ni de la protección del CG III ni tampoco del CG IV relativo a civiles-, conservan su status de combatiente y quedarán bajo la protección del artículo 75 del Protocolo Adicional I³⁶¹. Conviene dejar claro desde ya que esta determinación judicial es una determinación de status, no de culpa; es decir, es un paso necesario para resolver cómo debe ser tratado el enemigo capturado, no para resolver su grado de culpabilidad ni de

³⁵⁹ Entendemos por ataque el empleo de fuerza letal directa.

³⁶⁰ Son prisioneros de guerra: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; 2) los miembros de fuerzas irregulares que reúnan las siguientes condiciones (cumulativamente): a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. Ver artículo 4.a) del CG III Con el fin de adaptar estos estándares a los nuevos tiempos, el Protocolo Adicional I estableció que debe ser considerado prisionera de guerra cualquier individuo que a) forme parte de un “grupo armado” y b) se distinga (individualmente) de los civiles. En lugar de distinguir, como hace el CG III, entre grupos armados regulares e irregulares, el PA opta por introducir una serie de requisitos que cualquier grupo debe reunir para poder ser considerado “grupo armado”: i) organización, ii) ligado de facto a una de las partes del conflicto, iii) bajo el mando de un responsable, iv) que respete el DIH. Artículos 43 y 44 del Protocolo Adicional I.

³⁶¹ El artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977, titulado “garantías fundamentales” se aplicará a aquellas “personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo”. Aunque algunos países, entre los que se encuentran los Estados Unidos, no han ratificado este instrumento, su contenido se considera derecho internacional consuetudinario. *Vid.* J.M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, “*El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Volumen I: normas*”, CICR, 2007, p. 489.

responsabilidad. La denegación de la condición de “prisionero de guerra”, al contrario de lo que a menudo se insinúa, no lleva implícita la atribución de culpabilidad por violar el Derecho Internacional. Del mismo modo, el grado de responsabilidad o culpabilidad de un individuo por violación del Derecho Internacional no afecta a la aplicación del *jus in bello*.

¿Qué sucede si existen dudas –como razonablemente puede suceder y ha sucedido a menudo en el caso de individuos detenidos en Afganistán, Siria o Irak- en relación a su consideración o no como prisionero de guerra? El artículo 45.1 del Protocolo Adicional I enumera una serie de presunciones a favor de la consideración de “prisionero de guerra”³⁶² pero, si a pesar de estas presunciones, las dudas persisten, entonces el artículo 5 del C.G. III establece que será un tribunal competente³⁶³ el encargado de dilucidar la cuestión. Una vez el status ha sido determinado, todas las protecciones y garantías correspondientes deben ser garantizadas.

³⁶²“La persona que participe en las hostilidades y caiga en poder de una Parte adversa se presumirá prisionero de guerra y, por consiguiente, estará protegida por el III Convenio cuando reivindique el estatuto del prisionero de guerra, cuando parezca tener derecho al mismo, o cuando la Parte de que dependa reivindique ese estatuto en su favor mediante una notificación a la Potencia detenedora o a la Potencia protectora. Si hubiere alguna duda respecto a su derecho al estatuto de prisionero de guerra, tal persona continuará beneficiándose de este estatuto y, en consecuencia, seguirá gozando de la protección del III Convenio y del presente Protocolo hasta que un tribunal competente haya decidido al respecto”. Artículo 45.1 del PA I.

³⁶³ ¿Qué se entiende por “tribunal competente”? El artículo 5 no lo define, pero los trabajos preparatorios indican que debe tratarse de un foro judicial, no ejecutivo y, de hecho, el Protocolo Adicional I especifica que toda persona detenida tiene derecho a que su status sea determinado no por un “tribunal competente” sino por un “órgano judicial”.

3.4.1.2. Civiles

El de “civiles” es un status negativamente definido en el artículo 50 del PA I, según el cual se considera civil a cualquier persona que no pertenezca a ninguna de las categorías previstas en los artículos 4.1 y 6 del CG III o en el artículo 43 del PA I. Al contrario que los combatientes, los civiles no tienen derecho a participar en las hostilidades pero, como contrapartida, disfrutan de una serie de protecciones de los efectos de las hostilidades. La primera y fundamental: no pueden ser objeto de ataques directos. En el caso de que un civil decida participar en un enfrentamiento armado, no perderá su status de civil, pero sí las protecciones de las que disfrutaría como civil si no participara en las hostilidades³⁶⁴. Ahora bien, la importancia de este principio de inmunidad, y las complicaciones que surgen en la práctica a la hora de asegurarlo, requieren de un análisis algo más pausado.

La inmunidad de los civiles supone que, como regla general, los ataques directos e intencionados contra civiles están prohibidos. El fundamento de este derecho lo encontramos, precisamente, en su reverso: los civiles deben abstenerse de participar directamente en las hostilidades. En la medida en que cumplan con dicha obligación, no representan amenaza alguna para el enemigo y, por tanto, éste debe asegurar su inmunidad. Sin embargo, en el momento en que un civil participa directamente en las hostilidades, éste pierde su inmunidad durante el tiempo en el que se prolongue dicha participación. El problema de esta configuración de la inmunidad tiene que ver, una vez más, con la interpretación de la expresión “participación directa en las hostilidades” (en adelante, PDH), puesto que se

³⁶⁴ A. Bianchi y Y. Naqvi, *International Humanitarian Law...*, cit., p. 301.

trata de una expresión que no está definida en ningún precepto de Derecho Internacional. En ausencia de una definición clara, ¿dónde trazamos la línea entre una participación directa y una indirecta?, ¿cuándo comienza y cuándo termina una conducta considerada PDH? Todas éstas son cuestiones fundamentales para determinar la protección; lo que está en juego es la disponibilidad sobre la integridad física y sobre la vida misma de un individuo y, sin embargo, la realidad -especialmente en el contexto que estudiamos-, presenta una casuística complejísima que se mueve en una zona de grises sobre los que no existe consenso. De ahí que, a pesar de que la determinación debe hacerse atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, el CICR, en un intento de arrojar algo de luz entre tanta ambigüedad, haya elaborado recientemente la “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario”³⁶⁵, en la cual se enumeran y desarrollan las variables que deben ser analizadas para valorar si una determinada conducta es constitutiva de PDH: i) umbral del daño³⁶⁶, ii) causalidad directa entre el acto y el daño³⁶⁷, iii) nexu beligerante³⁶⁸.

³⁶⁵ N. Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, CICR, 2010.

³⁶⁶ Debe tratarse de un daño de índole militar (que afecte a las capacidades militares del enemigo) o, alternativamente, que cause destrucción, muerte o heridas en bienes o personas protegidas. *Ibid.*, pp. 46-50.

³⁶⁷ Debe haber un vínculo causal directo (próximo) entre el acto (que constituye PDH) y el daño que puede esperarse de dicho acto. *Ibid.*, pp. 51-58.

³⁶⁸ No todos los actos que causan directamente efectos adversos en la capacidad militar del enemigo, o muerte y destrucción entre sus bienes o personas protegidas, constituyen necesariamente PDH. No sólo debe ser probable que el acto cause directamente el daño exigido, sino que, además, el propósito específico con el que se lleva a cabo tal acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño. *Ibid.* pp. 59-64.

Como ya hemos señalado, la pérdida de protección no implica la pérdida de status de civil: los civiles que participan directamente en las hostilidades no dejan de ser civiles, pero su protección frente a ataques directos es temporalmente suspendida. Dicha suspensión dura exactamente el tiempo que dure su participación directa en los enfrentamientos, y la protección se reestablece en el momento en el que termina³⁶⁹. El problema surge cuando los civiles acaban asumiendo un rol activo permanente en las hostilidades, o cuando se convierten en miembros de grupos armados irregulares. Es el caso de los llamados *farmer by day, fighter by night*: civiles que, simultánea e independientemente de su “vida civil” -sea como profesores, doctores, comerciantes, etc-, comienzan a participar activamente en el funcionamiento de una organización terrorista mediante el recurso continuado y periódico de violencia directa. En estos casos, la frontera que marca el comienzo y el fin de la DPH se difumina por completo. El CICR ha optado por distinguir entre aquellos civiles que participan directamente en las hostilidades de manera ocasional, anecdótica o esporádica, de aquellos otros que, al devenir miembros de un grupo terrorista, acaban asumiendo lo que han llamado “función continua de combate”³⁷⁰; mientras que los primeros únicamente pierden la inmunidad mientras se encuentran participando en los enfrentamientos, los segundos, por el contrario, la perderían de forma permanente.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 70.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 70.

3.4.2. EL ESTATUS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

En un conflicto armado interno, las fuerzas armadas de un Estado no luchan contra las fuerzas armadas de otro Estado sino contra sus propios insurgentes, civiles que han decidido tomar las armas y adoptar un comportamiento beligerante. El estatus de combatiente que acabamos de exponer sólo existe en conflictos armados internacionales. Fuera de este escenario, no existe ninguna disposición de Derecho Internacional que regule el estatus de las personas afectadas por un conflicto armado interno puesto que, como ya se ha mencionado, el Derecho Internacional ha sido hasta hace bien poco contrario a implicarse en los asuntos internos de los Estados. Tradicionalmente, los Estados, reacios a reconocer (y, por tanto, conceder) al enemigo interno ningún tipo de estatus jurídico de beligerancia, han tratado a quienes se rebelaban contra él como civiles que violaban el ordenamiento jurídico interno. Esta reticencia histórica a, por un lado, reconocer siquiera la existencia de un conflicto armado de facto y, por otro, a reconocer el status de beligerancia de los insurgentes, sumada al silencio que guarda el Derecho Internacional en relación a los asuntos domésticos de cada Estado –incluidas las guerras civiles o internas–, explica la ausencia del concepto de combatiente en conflictos no internacionales.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, es el Estado quien ostenta el monopolio de la violencia legítima, por lo que sólo las fuerzas armadas regulares pueden usar la fuerza conforme al ordenamiento interno. El resto de la población (todos aquellos que no sean miembros de las fuerzas armadas regulares del Estado), son civiles cuyo comportamiento será valorado y juzgado conforme al

ordenamiento penal interno y, en su caso, también el ordenamiento penal internacional. También las detenciones, los interrogatorios, el trato debido, o las garantías procesales serán asuntos regulados por el Derecho interno en respeto, eso sí, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La única disposición de DIH aplicable a conflictos armados internos es, como ya se ha mencionado, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, en el cual se prevé una lista de protecciones mínimas que todo Estado debe garantizar a cualquier individuo que caiga en sus manos³⁷¹. En este contexto normativo, la complementariedad entre el Derecho interno, el DIH y el DIDH cobra un papel fundamental. Aunque el DIH de los conflictos armados no internacionales no es inexistente, sí es muy exiguo, por lo que debe ser reconciliado y complementado en todo momento con el DIDH³⁷². El propio PA II se refiere expresamente al papel del DIDH en su preámbulo al recordar que “los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”³⁷³. En este sentido, y aunque es cierto que un conflicto armado interno constituye el tipo de “emergencia pública” frente a la cual cabe derogar determinadas disposiciones, los Estados permanecen obligados a preservar, respetar y garantizar todos los derechos no derogables enumerados en el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁷¹ También el PA II es de aplicación a conflictos no internacionales, pero solo si el Estado involucrado lo ha ratificado, requisito que no se cumple en el caso de la GGCT.

³⁷² A. Bianchi y Y. Naqvi, *International Humanitarian Law...*, cit., p. 330.

³⁷³ Preámbulo PA II.

3.5. LAS PRÁCTICAS BAJO LA “GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO”

Llegados a este punto, disponemos ya de los elementos suficientes para adentrarnos en las zonas más oscuras y problemáticas de la guerra contra el terrorismo en sus múltiples vertientes. Es momento, pues, de desgranar las prácticas que se han llevado a cabo en el curso de la “guerra contra el terrorismo”, poniendo especial atención en discutir el acierto o desacierto de los argumentos con los que dichas prácticas han sido justificadas.

3.5.1. NI COMBATIENTES NI CIVILES: “ENEMIGOS COMBATIENTES”

A pesar de haber descartado el modelo criminal y de haber optado inicialmente por esquemas bélicos para combatir el terrorismo, la Administración G.W. Bush, en un intento de zafarse también de las incómodas cargas que el paradigma bélico impone en relación al trato del enemigo, sorprendió con la fabricación de un “tercer” status, el de “enemigo combatiente”, que se aplicaría a todas aquellas personas que, a ojos de EEUU, no podían ser considerados personas protegidas bajo ninguna de las categorías existentes –ni combatientes ni civiles- y, por tanto, quedaban fuera de la ley.

“Enemigo combatiente” sería, según estableció la Administración Bush, cualquier individuo que fuera parte (¡o simplemente partidario!) de los Taliban, de al Qaeda o de fuerzas asociadas³⁷⁴. El nuevo término era por tanto una expresión

³⁷⁴ “The term ‘enemy combatant’ shall mean an individual who was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has

significativamente más amplia y subjetiva que la noción de “combatiente”, y conllevaba la denegación automática de cualquier protección reconocida por los Convenios de Ginebra³⁷⁵. Se crearon también los llamados “Combatant Status Review Tribunal” (CSRT), tribunales destinados a determinar y revisar el estatus de los detenidos en la base de Guantánamo como “enemigos combatientes”. Se aseguraba, en teoría, que todos los detenidos en Guantánamo habían sido previamente calificados como “enemigos combatientes” en virtud de un proceso que se componía de múltiples niveles de revisión por parte de los oficiales del Departamento de Defensa de los EEUU³⁷⁶.

En marzo de 2009, la Administración Obama anunció que retiraba el status de “enemigo combatiente” en relación a los presos de Guantánamo³⁷⁷. Pero a pesar de haber hecho oficial el anuncio, lo cierto es que en la práctica continuó empleando la

directly supported hostilities in aid of enemy armed forces”. *Vid.* Deputy Secretary of Defense, *Memorandum for the Secretary of the Navy on the Order establishing Combatant Status Review Tribunals* 7 julio 2004.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.* En los CSRT no se examinaba el cumplimiento o no de los requisitos del artículo 4 del III C.G. (necesarios para ser considerado prisionero de guerra y beneficiarse de las disposiciones de dicha convención), sino que simplemente se limitaban a revisar si los detenidos encajaban o no en la definición de “enemigo combatiente” en los términos que acabamos de ver, por lo que no eran tribunales que cumplieren las garantías del artículo 5 de la III CG. Cabe señalar, además, que la Orden de 2004 que establecía los CSRT estaba siendo retroactivamente aplicada a personas relacionadas con al Qaeda o grupos asociados incluso antes del 11-S y de la invasión de EEUU a Afganistán.

³⁷⁷ *Department of Justice Withdraws Enemy Combatant Definition for Guantanamo Detainees*, US Department of Justice Press Release, 14 Marzo 2009. Aunque retiraba la expresión, lo cierto es que los poderes del Presidente para disponer sobre la vida o libertad de quienes él considerase seguían siendo vastos: “El Presidente tiene la autoridad para detener a aquellas personas que el Presidente determine que han planificado, autorizado, cometido o ayudado a cometer los ataques terroristas del 11-S, y a aquellas personas que dan cobijo a los responsables de dichos ataques”. En *Respondents’s memorandum regarding the Government’s authority relative to detainees held at Guantanamo Bay*, 13 Marzo 2009, No. 08-442 DDC. www.justice.gov/opa/documents/memo-re-det-auth.pdf (Última consulta en abril 2017).

expresión, sobre todo a la hora de justificar su política de asesinatos selectivos³⁷⁸:

“Si un soldado mata intencionadamente a un *enemigo combatiente* en tiempos de guerra y conforme a las leyes de la guerra, ese soldado no es culpable de asesinato; mientras que si el mismo soldado mata intencionadamente a un *prisionero de guerra*, sí comete asesinato”³⁷⁹.

Unas páginas más adelante, sin embargo, el mismo memorándum vuelve a abandonar dicha expresión y pasa a referirse a los civiles que participan directamente en las hostilidades y, más específicamente, a los civiles “en función continua de combate”³⁸⁰, todo lo cual no hace sino alimentar la confusión en torno al estatus jurídico del individuo y, por tanto, la inseguridad jurídica.

³⁷⁸ Véase el punto 3.5.4 de este mismo capítulo.

³⁷⁹ US Department of Justice, Office of Legal Counsel, Memorandum for the Attorney General, *Applicability of Federal Criminal Laws and the Constitution to Contemplated Lethal Operations Against Shaykh Anwar al-Aulaqi*, 16 Julio 2010, p.20, traducción mía. En adelante, Obama *Memorandum on Drones*, 2010. El documento emplea este argumento que en realidad proviene de Le Fave, *Substantive Criminal Law* § 10.2(c), 136.

³⁸⁰ “Individuals whose *continuous combat function* involves the preparation, execution or command of acts or operations amounting to direct participation in hostilities are assuming a continuous combat function, in which case they can be deemed to be members of a non-state armed group subject to continuous targeting”. *Obama Memorandum on Drones* 2010, p. 38. Esta es la justificación que se da en el documento a la muerte de al Aulaqi, a quien se describe como: “an active, high-level leader of an enemy force who is continually involved in planning and recruiting for terrorist attacks”. Puesto que se trata de un civil que ha asumido una función continua de combate, un ataque directo e intencionado contra él - explica el memorándum- no violaría los Convenios de Ginebra. Para más detalles, me remito a la guía del CICR en N. Melzer, *Op. cit.*

La correcta determinación del estatus de los presuntos terroristas y demás individuos que –habiendo participado o no en los enfrentamientos- cayeron en manos enemigas es, en el contexto de esta guerra global contra el terrorismo, vital y problemática al mismo tiempo. No todas las confrontaciones acontecidas con el pretexto de esta “guerra” constituirán conflictos armados, de modo que habría que examinar cada componente por separado para determinar cuáles estarán regidas por el derecho bélico y cuáles no. Allá donde la violencia no constituya un conflicto armado, todos los individuos, sin distinción, disfrutarán de la protección que les confiere el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que no se dan las condiciones para aplicar el DIH. Por otro lado, allá donde las operaciones se produzcan en un contexto de conflicto armado, habrá que ver valorar en cada caso si, a tenor del DIH, estamos ante combatientes o ante civiles. Lo que está claro es que los grupos terroristas que esta guerra pretende combatir difícilmente cumplirán los requisitos que el artículo 4 del CG III exige para otorgar la condición de prisionero de guerra y las protecciones correspondientes: no se caracterizan, precisamente, por llevar emblemas, distintivos y uniformes que les permitan diferenciarlos del resto de la población. Pero eso no significa que sus miembros, o cualquier persona relacionada con ellos, queden fuera de las categorías jurídicas existentes. Si no son combatientes, deberán ser considerados como civiles y, en su caso, civiles que participan directamente de las hostilidades y que se beneficiarán de las protecciones de la IV CG. Recordemos que, en caso de duda, entran en juego una serie de presunciones y protecciones que, de este modo, solventan el tan alegado limbo legal. Por otro lado, en el caso de que el conflicto sea de índole

no internacional, todo aquel que se rebele contra las fuerzas regulares será un civil en violación del ordenamiento jurídico interno, pero hay que recordar que tanto el artículo 3 de los cuatro Convenios como el DIDH en lo no especificado por el *jus in bello* protegen en todo momento a quienes hayan caído en manos enemigas. Quedaba claro, por tanto, que la fabricación de una tercera categoría, la de enemigo combatiente, no se debe a la ausencia de regulación jurídica sino al interés de sortear toda una serie de reglas que, como vamos a ver a continuación, se perciben como incómodas cargas que interesa esquivar.

3.5.2. DETENCIONES SECRETAS Y RENDICIONES EXTRAORDINARIAS

3.5.2.1. Detenciones secretas

Se entiende que un Estado mantiene a alguien en detención secreta si las autoridades de ese Estado privan a ese sujeto de su libertad, no le permiten tener contacto alguno con el mundo exterior, o se niegan a proporcionar información acerca de la detención o del paradero del detenido³⁸¹. Tanto el DIDH como el DIH prohíben clara y expresamente la detención secreta³⁸² y, en este caso, el sistema de detención previsto en los Convenios de Ginebra se erige sobre la necesidad de registro y

³⁸¹ *Joint study on global practices in relation to secret detention in the context of countering terrorism*, A/HRC/13/42, 19 de febrero de 2010, p. 9.

³⁸² En un conflicto armado internacional, los civiles no pueden ser detenidos y retenidos por el enemigo (lo que técnicamente se conoce como internamiento), salvo que la seguridad de la potencia en cuyo poder estén lo haga absolutamente necesario (Artículo 43 CG IV). El DIH de los conflictos armados internos no contempla ninguna disposición relativa a la detención, de modo que será un asunto regido por el ordenamiento interno y el DIDH. El artículo 9.1 del PIDCP establece que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales” y que “nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias” ni “privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

empleo de centros oficiales de detención³⁸³. De hecho, la justificación única sobre la que descansa la detención de un prisionero de guerra es impedir su regreso al campo de batalla. El propio Tribunal Militar de Nuremberg reconocía que: “captivity in war is neither revenge, nor punishment, but solely protective custody”³⁸⁴.

Sin embargo, el 17 de septiembre de 2001, el entonces presidente G.W. Bush creaba el programa “High Value Detainee”, con el que autorizaba a la CIA a detener a los “enemigos combatientes” en cualquier lugar del planeta y a retenerlos en centros de detención ubicados fuera³⁸⁵ de los EEUU³⁸⁶. El 14 de septiembre de 2009, la Administración Obama establecía una nueva política de detenciones según la cual las fuerzas armadas estadounidenses involucradas en la Operación Libertad Duradera únicamente podrían detener enemigos beligerantes ilegales (*unlawful enemy belligerents*) “para mitigar la amenaza que el detenido presenta”, aclarando

³⁸³ Artículos 12, 13, 21, 40 CG III, y artículos 5, 41, 42, 43, 106 CG IV

³⁸⁴ *Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal 1946*, reproducido en *American Journal of International Law*, Vol. 41, 1947, p. 225.

³⁸⁵ Tras haber sorteado las obligaciones que el paradigma bélico impone, quería de este modo –sacando de EEUU- sortear también las obligaciones de protección y respeto de los derechos humanos, ignorando el principio de extraterritorialidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

³⁸⁶ Durante los primeros años de la GGCT, poco o nada se supo de este programa. El 6 de septiembre de 2006, el presidente Bush dio un discurso en el que, por primera vez, reconocía la existencia del programa de la CIA de detención de terroristas. Tanto el contenido más relevante de este discurso, como la existencia de ese primer memorandum de septiembre de 2001, son reconocidas en: *ACLU et al v. Department of Defense of the US et al*, Sixth declaration of Marilyn A.Dorn, Information Review Officer, Central Intelligence Agency, US District Court, Southern District of New York, 5 Enero 2007. En Adelante, *Sixth declaration of Marilyn A.Dorn*.

expresamente que “el hecho de que el detenido pueda tener información valiosa no justifica su internamiento”³⁸⁷.

Desde noviembre de 2001, Human Rights First ha denunciado 25 centros de detención en Afganistán y una serie de “field detention or transient holding areas” empleados para retener a los detenidos mientras eran transferidos al centro principal³⁸⁸; 8 centros en Iraq³⁸⁹, 2 en Pakistan³⁹⁰ y otro en Jordania³⁹¹ además de, por supuesto, la base de Guantánamo en Cuba y las que se encuentran en territorio estadounidense³⁹².

Una cascada de controversias legales sobrevino a estas prácticas. En primer lugar, muchas de las detenciones fueron llevadas a cabo fuera del “campo de batalla”³⁹³ o en países que no estaban sumidos en un conflicto armado en curso, lo que planteaba el interrogante: ¿pueden las autoridades de un Estado detener al enemigo fuera del territorio en el que tiene lugar el

³⁸⁷ “Unlawful enemy belligerents” se define como: “persons who planned, authorized, committed or aided the terrorist attacks on September 11, 2001, and persons who harboured those responsible for those attacks, persons who were part of, or substantially supported taliban or al Qaeda forces or associated forces that are engaged in hostilities against US or its coalition partners”. Véase “Detainee Review Board Procedures at Bagram Theater Internment Facility” produced as an Addendum to *Brief of Respondent-Appellants appeal to the US District Court for the District of Columbia in Al Maqaleh v. Gates*, Nos. 09-5265, 09-5266, 09-5277, 14 Septiembre 2009.

³⁸⁸ Human Rights First, *Behind the wire. An update to ending secret detentions*, Marzo 2005, p.2. (En adelante, *Behind the wire*) Citando *Final Report of the Independent Panel Review of Detention Operations*, Agosto 2004, p. 11.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 4.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 10.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 10.

³⁹² *Ibid.*, p. 10 y 11.

³⁹³ Entendido siempre en los términos concretos de un conflicto armado específico, sea el afgano, el iraquí o el sirio. En rigor, no puede existir un “campo de batalla de la guerra contra el terrorismo” puesto que, como hemos visto en el capítulo II, la guerra contra el terrorismo carece de límites geográficos.

conflicto armado?³⁹⁴ En segundo lugar, nos topamos con el problema de la autoridad para ordenar o llevar a cabo la detención. La Administración Bush sostuvo que el Presidente – no el Congreso- era quien ostentaba el poder para autorizar las detenciones, un poder que –se alegaba- le otorgaba la AUMF³⁹⁵ y la propia Constitución de los EEUU. La Administración Obama, por su parte, mantuvo la misma interpretación que su predecesora en cuanto a la interpretación del poder del presidente; sin embargo, la retirada de la noción de “enemigo combatiente” supuso, al menos en teoría, que a partir de ese momento “únicamente” estuviera permitido detener a miembros de los Taliban, de Al Qaeda y grupos asociados, y personas que diesen apoyo a los mismos –independientemente, eso sí, del lugar en que fueran capturados, fuera o dentro del campo de batalla-³⁹⁶. Una tercera objeción tiene que ver con el procedimiento de revisión de las bases de la detención, puesto que, si bien se constituyeron los llamados “Administrative Review Boards” a tal efecto, la revisión no se llevó a cabo con la frecuencia contemplada en los Convenios de Ginebra³⁹⁷ y, en un

³⁹⁴ En *Jose Padilla v. Rumsfeld*, la Corte analizó la detención como enemigo combatiente de un ciudadano Americano detenido en territorio Americano, es decir, lejos de la (difusa) zona de combate (*Jose padilla v. Rumsfeld* 352 F 3d 695, 2003, US 2nd Circuit). En *Hamdi v. Rumsfeld*, se aborda el caso de un ciudadano americano que había sido capturado mientras luchaba junto a los talibanes en Afganistan (*Hamdi v. Rumsfeld* 542 US 507, 2004, US Supreme Court). En *Khalid v. Bush*, se aborda la situación de siete extranjeros no residentes en EEUU pero capturados fuera de Afganistán (*Khalid v. Bush* (Memorandum Opinion and Order), 19 Enero 2005, US DC District Court).

³⁹⁵ *Authorization for the Use of Military Force*, S.J. Res. 23.

³⁹⁶ No obstante, seguiría siendo el Presidente quien interpretaba y tenía la última palabra. En *Al Marry v. Spagone*, 129 SCt 1545, 2009, se plantea el problema de la detención de a-Marri, un extranjero residente en EEUU capturado como “enemigo combatiente” en EEUU fuera de Afganistán.

³⁹⁷ Un internamiento inicialmente justificado y conforme a la ley puede convertirse en internamiento ilegal si el Estado no respeta las garantías procedimentales del detenido o si no establece los medios apropiados para

contexto de guerra como la GGCT, en el que no se contempla ningún tipo de horizonte temporal, también las detenciones se prolongan indefinidamente en el tiempo. Por último, estas detenciones suscitan serios reparos relacionados con la ausencia de publicidad y transparencia de los mismos pues, desde el 11-S, EEUU ha ocultado sistemáticamente información sobre la detención de un número desconocido de personas –incluso a la CICR- y, como la propia CICR ha manifestado, estas situaciones pueden eventualmente llegar a considerarse como desapariciones forzadas³⁹⁸.

La privación de libertad de los sospechosos detenidos en Guantánamo fue justificada por el gobierno estadounidense en los siguientes términos:

“Las leyes de la guerra permiten a los Estados Unidos retener a un *enemigo combatiente* sin cargos ni acceso a un abogado durante el tiempo que duren las hostilidades. La detención no es un acto de castigo (...), [sino que] sirve al propósito de prevenir que el combatiente continúe participando en enfrentamientos contra los Estados Unidos”³⁹⁹.

revisar los fundamentos de la detención. Me remito a A. Bianchi y J. Naqvi, *International Humanitarian Law...*, cit., pp. 326- 335.

³⁹⁸ Véase CICR, *Customary International Humanitarian Law*, N.20, Vol. I, r. 98, 340. Más aún, el CICR no sólo recuerda que las desapariciones forzadas están prohibidas por el DIH consuetudinario, sino que también advierte que, si se convierten en una práctica generalizada y sistemática, pueden constituir crímenes contra la humanidad, como contempla el Estatuto de la CPI, artículos 7.1.i y 7.2.i.

³⁹⁹ En *Response of the US dated 21 Octubre 2005 to an Inquiry of the UN CHR Special Rapporteurs of 8 Agosto 2005 regarding detainees at Guantanamo Bay*, p. 3. Disponible en <https://www.state.gov/documents/organization/87347.pdf> (Última consulta en abril de 2017). Traducción mía.

Sin embargo, como ya hemos dicho, la GGCT no es, en cuanto tal, un conflicto armado unitario regido en todos sus confines y en todas sus manifestaciones por el DIH, sino que estamos ante un compendio de realidades heterogéneas que habrá que analizar separada e individualizadamente dentro de unos parámetros concretos.

Es cierto que, en un contexto de guerra, quienes recurren a las armas y participan en las hostilidades pueden ser detenidos con el fin de retenerlos fuera del combate. Como han señalado los relatores Especiales de la ONU:

“(En caso de conflicto armado), esta regla opera como *lex specialis*, justificando una privación de libertad que, de otro modo y de acuerdo con el Derecho internacional de los Derechos Humanos (artículo 9 PIDCP), constituiría una violación del derecho a la libertad”⁴⁰⁰.

Pero no todas las ramificaciones de la GGCT constituyen conflictos armados, y no todas las detenciones se han producido en conexión con un conflicto armado en curso. En cualquier caso, el objetivo primario real de las detenciones acontecidas bajo el paraguas de la GGCT no era alejar a los detenidos del campo de batalla sino obtener información relevante para las agencias de inteligencia, algo a todas luces ilegal⁴⁰¹. La propia

⁴⁰⁰ Véase *Situation of detainees at Guantanamo Bay: Report of the chairperson of the working group on arbitrary detention*, 15 febrero 2006, UN Doc E/CN.4/2006/120, párrafo 19.

⁴⁰¹ *Ibid.* párrafo 23.

Administración Bush llegó a reconocer que uno de los propósitos clave –y por tanto una de las justificaciones más relevantes- del programa de detenciones indefinidas de la CIA era promover la seguridad nacional gracias a la fuente de información que representaban los detenidos de dicho programa⁴⁰².

3.5.2.2. Las Rendiciones Extraordinarias

Según el DIH, “los prisioneros de guerra no pueden ser transferidos por la Potencia detenedora más que a otra Potencia que sea Parte en el Convenio y cuando la Potencia detenedora se haya cerciorado de que la otra Potencia desea y puede aplicar el Convenio”. Una vez en manos de la potencia que ha aceptado acogerlos, en el caso de que ésta “incumpla sus obligaciones de aplicar las disposiciones del Convenio en cualquier punto importante, la Potencia que haya transferido a los prisioneros de guerra deberá, tras haber recibido una notificación de la Potencia protectora, tomar medidas eficaces para remediar la situación, o solicitar que le sean devueltos”⁴⁰³. En el caso de los civiles en internamiento, su eventual traslado debe hacerse “con humanidad”⁴⁰⁴, y asegurando el mínimo de condiciones enumeradas en el CG IV.

Tras el 11-S, sin embargo, el Departamento de Justicia de los EEUU elaboró un memorandum en el que se autorizaba a la CIA a transferir fuera de Iraq a determinadas personas con el fin de realizar interrogatorios en tanto en cuanto no se hubieran

⁴⁰² Así lo manifestó en el discurso ofrecido el 6 de septiembre de 2006, como se recoge en *Sixth declaration of Marilyn A.Dorn*.

⁴⁰³ Artículo 12 CG III.

⁴⁰⁴ Artículo 127 CG IV.

iniciado los procedimientos contra ellos⁴⁰⁵. El Consejo de Europa denunciaba en un informe de junio de 2006 que al menos 100 personas habían sido secuestradas por la CIA en territorio europeo y transferidas a otros países después de haber transitado por diversos centros secretos de detención (los llamados “black sites”) empleados por la CIA (con la complicidad y colaboración de los países que lo consentían) dentro del controvertido “Extraordinary Renditions Program”⁴⁰⁶

El Departamento de Justicia de los EEUU justificaba estas prácticas señalando que el artículo 49 del CG IV (que prohíbe los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas) no se aplica a todas las “reubicaciones”⁴⁰⁷ (haciendo referencia a las excepciones que recoge la norma, que admite la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares).

En lugar de discutir si, como insinuaba el Departamento de Justicia, se cumplían las condiciones que justifican la excepción de la prohibición (seguridad de la población o imperiosas razones militares), lo que nos interesa cuestionar una vez más es la generalización subyacente según la cual

⁴⁰⁵ “So long as adjudicative proceedings have not been initiated against them”. En Draft memorandum from J. Goldsmith to White House Taft, *Re Permissibility of Relocating Certain ‘protected persons’ from Occupied Iraq*, 19 Marzo 2004, recogido en Greenberg y Dratel (eds.), *The Torture Papers*, p. 367. En Adelante, *Goldsmith memo*. Puede verse también D. Priest, “Memo lets CIA take detainees out of Iraq: practice is called serious breach of Geneva Conventions”, *Washington Post*, 24 Octubre 2004, A01. Para conocer en profundidad el proceso de elaboración de estos documentos: J. Goldsmith, *The terror presidency: Law and Justice inside the Bush Administration*, New York, WW Norton, 2007.

⁴⁰⁶ *Informe provisional de la Comisión de Investigación del Consejo de Europa* de 7 de junio de 2006. Y Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1507 (2006).

⁴⁰⁷ La justificación completa puede verse en *Goldsmith memo* p. 375.

cualquier traslado o deportación producida con el pretexto de la guerra contra el terrorismo es un traslado regido por el *jus in bello*. Junto con esta recurrente controversia preliminar, hay que señalar que, en cualquier caso, los traslados llevadas a cabo por la CIA ni siquiera se realizaron por imperiosas razones de seguridad o necesidad militar sino por el deseo de recabar información, lo cual constituye una violación tanto si aplicamos los Convenios de Ginebra como si se aplica el DIDH. Los Convenios de Ginebra fueron diseñados para asegurar y garantizar los derechos de las personas protegidas, por lo que únicamente se admiten excepciones y desviaciones en virtud de imperativos militares excepcionales; vulnerar derechos fundamentales simplemente por motivos instrumentales como la obtención de información es del todo incompatible con el DIH.

Otro gran problema que plantean estos traslados es el de la ausencia total de procedimiento. No sólo no se han llevado a cabo conforme a lo establecido en el DIH sino que, además, numerosos gobiernos denunciaron que los detenidos eran enviados a países en los que la tortura y el trato inhumano en los interrogatorios eran habituales⁴⁰⁸.

Los traslados a países donde los detenidos pueden ser sometidos a tortura están categóricamente prohibidos en Derecho Internacional. En DIH, el artículo 12 del CG III obliga a la potencia detenedora a cerciorarse de que la potencia que

⁴⁰⁸ J. Meyer “Outsourcing torture”, en *The New Yorker*, 14 febrero 2005. Un ejemplo de las “quejas” formuladas en relación a los traslados sin garantías procesales y sin garantías de trato humano, puede verse en UK Report of the Intelligence and Security Committee, *The handling of detainees by UK intelligence personnel in Afghanistan, Guantanamo and Irak*, Cm 6469, 2005, párrafo 77: “UK Government has expressed (...) a sense of unhappiness about the process and the need for the US to abide by International Law. (...) UK Ministers expressed the need for the detainees to be properly treated and submitted to due process”.

acogerá al prisionero aplicará las convenciones; el artículo 45 del CG IV establece que “en ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas”; el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura dispone que “ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”⁴⁰⁹. Por último, a la luz del DIDH, transferir a una persona a un Estado donde puede sufrir trato inhumano, degradante o tortura es también una violación del artículo 7 del PIDCP.

En un primer momento, EEUU justificó su actuación alegando que había recibido “garantías diplomáticas” de los Estados de destino asegurando que no se practicaría la tortura en las personas trasladadas. Sin embargo, como señala el Relator Especial de la ONU para la Tortura:

“Las garantías diplomáticas no son fiables ni efectivas en la protección contra la tortura y el trato inhumano; dichas garantías son habitualmente ofrecidas por Estados donde estas prácticas son sistemáticas; (...) las garantías diplomáticas no son jurídicamente vinculantes, por lo que no surten efectos legales y la persona a la que las garantías deben proteger queda

⁴⁰⁹ *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*, Res 39/46 (en adelante, CAT). Ver también Committee Against Torture, *General Comment 1, Communications concerning the return of a person to a State where there may be grounds he would be subjected to torture (article 3 in the context of article 22)*, 21 Noviembre 1997, U.N. Doc. A/53/44, annex IX

desprovista de recursos legales en caso de que sean violadas”⁴¹⁰.

En el caso *Ahani contra Canada*, el Comité de Derechos Humanos insistió en que el derecho a no ser torturado implicaba la obligación del Estado, no sólo de no torturar, sino de hacer todo lo necesario para proteger a los individuos de la tortura incluso en terceros Estados⁴¹¹. Por otro lado, el Informe sobre Detenciones arbitrarias enumera las múltiples violaciones en las que se ha incurrido en el contexto del programa de “Rendiciones Extraordinarias” y recuerda que prácticas como las deportaciones ilegales, a los traslados o al confinamiento pueden constituir crímenes de guerra o contra la humanidad⁴¹².

3.5.3. LOS INTERROGATORIOS: LEGITIMANDO LA TORTURA

De acuerdo con Human Rights First, el programa de detenidos de alto nivel de la CIA establecido por la Adm. Bush instauró un velo de opacidad y secretismo que sembró las condiciones óptimas para los abusos, la tortura y el trato inhumano y degradante de los detenidos: golpes, humillación,

⁴¹⁰ *Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: note by the Secretary General*, 30 Agosto 2005, UN Doc A/60/316, párrafo 51.

⁴¹¹ Human Rights Committee, Committee. No. 1051/2002, 15 Junio 2004, UN Doc CCPR/C/80/D/1051/2002, párrafo 10.7. Ver también el caso *Agiza v. Sweden*, Comm No. 233/2003, CAT, 24 May 2005, UN Doc CAT/C/34/D/233/2003. El Comité señaló que Suecia debía haber considerado que Egipto es conocido por el recurso sistemático a la tortura, señalando que, además, no existen mecanismos para la ejecución forzosa de las garantías diplomáticas.

⁴¹² AG, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria*, A/HRC716/47, 19 enero 2011, párrafo 54.

intimidación con perros, exposición a temperaturas extremas, privación de sentidos, posiciones de estrés prolongadas en el tiempo, etc⁴¹³.

Un informe del CICR de 2007 concluía que, entre las “técnicas de interrogatorio” empleadas, había pruebas de palizas, confinamiento, privación de comida y de sueño o ahogamiento, entre otras⁴¹⁴. El Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción y protección de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, en un informe, también de 2007, denunciaba lo siguiente:

“Diversas fuentes han confirmado técnicas que incluyen medios de coerción física y psicológica, incluyendo posiciones de estrés, temperaturas extremas, privación del sueño, ahogamiento simulado (...) Estas conductas constituyen una clara violación de la prohibición de la tortura y trato cruel, inhumano o degradante”⁴¹⁵.

⁴¹³ *Behind the Wire*, cit., p. 20.

⁴¹⁴ ICRC, *Report on the treatment of fourteen “high value detainees” in CIA custody*, 14 febrero 2007. Disponible en <http://www.nybooks.com/media/doc/2010/04/22/icrc-report.pdf>. En este informe, el CICR realiza una exposición detallada de cada una de las técnicas sobre las que recabaron pruebas: “prolonged stress standing positions”, pp.11-12; “beating by use of a collar” p.12; “beating and kicking”, p.12; “confinement in a box”, p.13-14; “prolonged nudity”, p.14; “sleep deprivation and use of loud music”, p.15; “exposure to cold temperature and cold water”, p.15-16; “prolonged use of handcuffs and shackles”, p.16; “threats and forced shavings”, p.17; “deprivation/restriction of food”, p.18. El informe añade que todo lo anterior se veía agravado por las condiciones en las que se encontraban detenidos: “deprivation of access to open air, deprivation of exercise and appropriate hygiene facilities”, etc., p.19.

⁴¹⁵ 2007 Report A/HRC/6/17/Add.3

El marco jurídico internacional que regula la tortura es particularmente extenso. Tanto el PIDCP como los Convenios de Ginebra prohíben la tortura, y el artículo 1 de la Convención contra la Tortura señala que el término “tortura” engloba:

“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”⁴¹⁶.

⁴¹⁶ Artículo 2 CCT. También el artículo 7.2.e del Estatuto de Roma de la CPI contiene una definición de tortura: “Por tortura se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”. Naciones Unidas ha adoptado, además, numerosas medidas –no vinculantes–, relevantes en materia de tortura: Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 1955, Code of Conduct for the Law Enforcement Officials 1979, Basic Principles on the use of force and firearms by law enforcement officials 1990, Principles of medical ethics relevant to the role of health personnel, particularly physicians, in the protection of prisoners and detainees against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment 1982; Body of principles for the Protection of all Persons under any form of Detention or Imprisonment 1988; Basic Principles for the Treatment of Prisoners 1990; Manual on the effective investigation and documentation of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment 1999 – Istanbul protocol

A pesar de la más o menos acertada definición que nos brindan los tratados, las dificultades emergen inevitablemente en la práctica a la hora de determinar en cada caso algo que a priori puede resultar frívolo: si una técnica específica alcanza el umbral necesario para ser considerada como “tortura”. En este sentido, la jurisprudencia ha evolucionado a lo largo de los años hacia interpretaciones cada vez más severas según las cuales prácticas que anteriormente se consideraban tratos degradantes ahora sí son calificadas como tortura⁴¹⁷. Por otro lado, la prohibición de la tortura tiene el estatus, como ha señalado tanto doctrina como jurisprudencia, de *jus cogens*⁴¹⁸, por lo que ninguna circunstancia –ni siquiera un estado de emergencia, una amenaza a la seguridad nacional, o un conflicto armado– puede justificar, en ningún caso, el recurso a la tortura⁴¹⁹. Por tanto, ni siquiera la lucha contra la amenaza terrorista justifica, a tenor del Derecho Internacional vigente, el empleo de la

⁴¹⁷ Uno de los primeros casos relevantes se planteó ante la Corte Europea de Derechos Humanos en relación a las prácticas antiterroristas llevadas a cabo en Irlanda del Norte. En aquel fallo, la Corte calificó prácticas como la privación de sueño, comida, bebida, o la aplicación de ruido, “trato inhumano”. ECtHR *Ireland v. UK* párrafos 96-104, 106-107, 165-168. Más adelante, conforme la sociedad avanzaba hacia la protección y garantía de los derechos humanos, la Corte aplicaba estándares cada vez más exigentes. La evolución se constata, por ejemplo, con la sentencia ECtHR, *Selmouni v. France*, Application no. 25803/94, 28 Julio 1999, párrafo 101, o ECtHR *Aksoy v. Turkey* Application no. 22947/93 and 22948/93 10 oct 2000, párrafos 64, 111-119.

⁴¹⁸ Respecto al carácter consuetudinario de la prohibición: The trial chamber in “*Prosecutor v. Delalic et al case*” IT-96-21-T Judgment 16 noviembre 1998, donde se señala la existencia de una condena universal hacia la tortura y el trato inhumano y concluye que “no hay dudas de su prohibición en el Derecho Internacional convencional y consuetudinario. Párrafo.517. Respecto a la naturaleza de *jus cogens*: *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Case no. IT-96-23-T Judgment 22 Febrero 2001 párrafo 466, citando la sentencia *Delalic* 16 nov 1998 para 454. Véase también *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others ex parte Pinochet Ugarte* 2 WLR 827, House of Lords, 1999.

⁴¹⁹ Artículo 2 CCT: En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales (...) como justificación de la tortura. Ver también HRC General comment no.20.

tortura. Como dice Henry Shue, “la tortura se opone completamente al Derecho Internacional, incluido el derecho de la guerra. Ninguna otra práctica, salvo la esclavitud, es tan universal y unánimemente condenada por el Derecho y por las convenciones humanas”.⁴²⁰

Sin embargo, a pesar de lo extenso y exhaustivo del marco jurídico, con el pretexto de la guerra contra el terrorismo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos elaboró un documento en el que se ofrecía una nueva y más flexible interpretación de la prohibición –y por tanto, de la definición- de la tortura. Para ser considerado tortura, el daño físico debía ser “serio”⁴²¹, mientras que la tortura mental pasaba a requerir un daño psicológico “duradero”⁴²². En el memorandum también se elaboraba una nueva interpretación de la responsabilidad penal de quienes pudieran ser acusados de tortura según la cual estos podrían invocar “necesidad” y “legítima defensa” para evitar dicha responsabilidad. No obstante, tras cubrirse las espaldas con este “regate” jurídico, el documento dejaba bien claro –a modo de advertencia- que, en cualquier caso, la persecución a los agentes que hubieran interrogado a “enemigos combatientes” sería inconstitucional porque infringiría la autoridad del Presidente de decidir sobre la conducción de las hostilidades⁴²³.

⁴²⁰ H. Shue, “Torture”, en S. Levinson (ed.). *Torture. A collection*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 47.

⁴²¹ “*Serious physical injury such as death or organ failure*”. En J.S. Bybee (Assistant Attorney-General), Memorandum for A.R. Gonzales (Counsel to the President), *Standards of conduct for interrogation under 18 USC. §§2340-2340A, Bybee memo*. Cursiva mía para poner de relieve el cambio de estándar: la CCT habla de daño “severo”, no “serio”. Éste (junto con otros memorándums que veremos más adelante) se reproduce en K.J. Greenberg & J. L. DRatel (eds.), *The Torture Papers: the road to Abu Ghraib*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁴²² “Such as seen in mental disorders like post-traumatic disorder”. *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

Todas estas lecturas encuentran su justificación, según el discurso que las ampara, en las nuevas y excepcionales circunstancias de la GGCT. Con la seguridad como pretexto, se señalaba que la especial naturaleza del conflicto exigía maximizar la capacidad y la eficacia a la hora de obtener información del enemigo –y de cualquiera “relacionado” con él– con el fin de anticiparse y evitar atrocidades. Evidentemente, según este nuevo paradigma, los Convenios de Ginebra representaban un ordenamiento jurídico obsoleto que, para ganar la guerra, había que dejar de lado⁴²⁴.

En 2006, el Departamento de Defensa modificó su Army Field Manual⁴²⁵ para prohibir expresamente las técnicas de interrogatorio abusivas dentro del ejército, pero esta modificación no vinculaba a interrogadores ajenos al ejército como, por ejemplo, los agentes de la CIA. El intento de eliminar el programa de interrogatorios de la CIA mediante la llamada Anti-Torture Act de 2007⁴²⁶ fue vetado por el propio Presidente Bush, que argumentó que las técnicas de la AFM habían sido pensadas para combatientes que interrogan a combatientes legales detenidos en el campo de batalla, no para agentes de inteligencia que interrogan a duros terroristas y que, si restringiese la autoridad de la CIA al rango de técnicas

⁴²⁴ El memorándum se refiere a las “estrictas limitaciones” de los Convenios de Ginebra como una de las razones que justifican su inaplicación al conflicto contra el terrorismo. AR Gonzales, Memorandum for the President, *Decision re Application of the GC on POW to the conflict with al Qaeda and the Taliban*, 25 enero 2002.

⁴²⁵ Headquarters, US Dept. of the Army, *Human Intelligence Collector Operations*, Field Manual 2-22.3 (FM 34-52), Septiembre 2006. Disponible en <https://fas.org/irp/doddir/army/fm2-22-3.pdf>

⁴²⁶ American Anti-Torture Act of 2007, HR 4114.

permitidas para el ejército, se llevaría por delante uno de los “activos más valiosos” de la guerra contra el terror⁴²⁷.

El programa de interrogatorios de la CIA fue finalmente suspendido por el Presidente Obama mediante una nueva Orden Ejecutiva⁴²⁸ que revocaba todas las directivas, órdenes y regulaciones anteriores que resultasen incompatibles con el marco jurídico internacional. Según la nueva orden, ningún individuo custodiado por un agente de los EE.UU. sería sometido a técnicas no autorizadas por el ejército⁴²⁹. Los estándares considerados a la hora de aplicar y valorar prácticas de interrogatorios a individuos en manos de los EEUU en un contexto de conflicto armado serían los consagrados en los Convenios de Ginebra⁴³⁰.

Sin embargo, a pesar del nuevo rumbo de la Administración Obama, el debate sobre la aceptación condicionada de la tortura, su naturaleza, su eficacia, su utilidad y, en definitiva, su legitimidad, persistió en múltiples foros.

El recurso a la tortura es, en efecto, una constante en la historia; pero desde la consagración de la prohibición legal absoluta de la misma, su práctica ha sido tradicionalmente estigmatizada y por tanto condenada a rincones proscritos de la realidad. Lo novedoso, lo remarcable de la guerra global contra el terrorismo -encarnado de forma paradigmática en el caso

⁴²⁷ President’s Radio Address, 8 marzo 2008. Citado en A. Bianchi & Y. Naqvi, *International Humanitarian Law...*, cit., p. 343. Traducción mía.

⁴²⁸ Executive Order 13491, *Ensuring Lawful Interrogations*, 22 enero 2009, s 1 74 FR 4893 (27 enero 2009).

⁴²⁹ Exactamente, se prohíbe “any interrogation technique or approach, or any treatment related to interrogation that is not authorized by the Army Field Manual”. Ibidem.

⁴³⁰ Ibidem.

Guantánamo- sería su desinhibida implantación y legitimación como una práctica necesaria, eficaz y, por tanto, legítima⁴³¹.

La incompatibilidad de estas prácticas con los estándares legales internacionales vigentes debe estar fuera de toda duda. Sin embargo, la “guerra contra el terror” ha actuado una vez más como revulsivo, generalizando una atmósfera de conmoción y miedo que ha abonado el terreno para la proliferación de discursos que reclaman una modificación o relajación de los estrictos estándares legales. Estos mecanismos de justificación merecen ser examinados más detenidamente.

Lo que me interesa es, aclaro desde ya, la discusión en torno a la flexibilización de la norma jurídica. Lo que quiero decir con esto es que conviene no confundir lo moral y lo jurídico, lo permitido por una puede estar prohibido por la otra, pues son sistemas normativos diferentes. Dicho esto, en la medida en que, a menudo, es a partir de la justificación moral desde donde se da el salto a la justificación jurídica, no me resisto a realizar, siquiera de puntillas, algunas observaciones al respecto.

Las primeras claves sobre las que se apoya cualquier ejercicio de justificación de la tortura nos remiten a razonamientos utilitaristas. Si torturar a una persona previene o evita la muerte de cientos de inocentes, entonces la tortura de esa persona está moral y políticamente justificada. El torturador

⁴³¹ Mientras que casos como los de Abu Ghraib parecen representar “contingencias” particulares o individuales, Guantánamo sería el ejemplo paradigmático de su institucionalización en la medida en que revela, precisamente, la abierta conformidad de las instituciones del Estado con la misma. I. Sánchez de la Yncera y M. Rodríguez Fouz, “El (in)justificable recurso a la tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones”, en R. Campione y F. Ruschi, (coords.), *Guerra, Seguridad y Derecho en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 252-293, p. 261.

debe resolver el dilema mediante un análisis coste-beneficio puro y duro. Incluso el propio Dershowitz, conocido por su aceptación condicionada de la tortura en determinados casos y bajo determinadas condiciones y garantías, ha rechazado el cinismo de esta “moralidad con números”⁴³² alegando que, en la realidad en la que operamos, es un hecho que los gobiernos abusan de su poder, empleándolo a menudo por interés propio y no por el interés general⁴³³. Sin embargo, aunque rechaza la institucionalización de la tortura como una práctica regular legítima a disposición de los Estados, admite que es posible y necesario justificar casos aislados que se producen en situaciones de emergencia, y propone a tal efecto la emisión de “autorizaciones judiciales” (*torture warrants*)⁴³⁴ para minimizar el riesgo de abuso y garantizar que se cumplen las condiciones óptimas para llevar a cabo la tortura. Frente a la postura hipócrita de quienes proclaman la importancia de la prohibición en un Estado de Derecho pero luego apartan la mirada de lo que sucede bajo esta capa de papel mojado, ésta sería, según Dershowitz, la auténtica postura coherente y deseable en un verdadero Estado de Derecho: “the truthful road of the rule of law is that the law itself must insure a proper framework for the activity”⁴³⁵.

⁴³² La expresión original es “Morality by numbers”. A. M. Dershowitz, *Why terrorism works. Understanding the threat, responding to the challenge*, New Haven and London, Yale University Press, 2002, p. 146.

⁴³³ *Ibid.*, pp. 144 y 145.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 145.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 150.

El caso paradigmático en el que habría que aceptar y practicar la tortura es el famoso “ticking bomb case”⁴³⁶ o “bomba de relojería”. Las variantes de este ejemplo son infinitas, pero bastará con que consideremos una versión estándar: cuando tenemos a un terrorista que confiesa haber puesto una bomba en algún lugar público que estallará en cualquier momento matando a cientos o miles de civiles, entonces, está justificado torturar a ese sujeto para salvar vidas inocentes. Nótese, pues esto es lo importante, que el escenario reúne una serie de características o condiciones peculiares sin las cuales la justificación no funciona: tenemos al hombre correcto, es decir, existe certeza respecto a su responsabilidad y respecto a su “utilidad” (tiene la información que necesitamos), existe certeza respecto a la amenaza y a la inminencia de la misma, esa amenaza afecta directamente a la integridad física o vida de un alto número de inocentes, y la tortura evitará que la amenaza se materialice, es decir, no se contempla el riesgo de error, pues son condiciones “perfectas”.

La primera crítica que se dirige contra estos razonamientos, no sin fundamento, denuncia, precisamente, la “trampa” que supone diseñar o fabricar ejemplos a partir de condiciones epistémicas que son irreales. Como dice Shue, estos ejemplos no son sino idealizaciones y abstracciones de la realidad, construcciones artificiales que es imposible que se den

⁴³⁶ Aunque el ticking bomb case de Dershowitz es el más famoso y conocido, por su apelación directa a la amenaza terrorista, otros ejemplos se exponen y elaboran en B. Moore *Lies of Silence*, London, Flamingo, 1990; M. Bowden, “The dark art of interrogation”, en *The Atlantic Monthly*, Octubre 2003, disponible en <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2003/10/the-dark-art-of-interrogation/302791/>

en la realidad⁴³⁷. El ejemplo de Dershowitz –y cualquier otro que se le parezca- supone una abstracción en la medida en que, a partir de una situación real, se prescinde de los elementos negativos que no interesan para, de esta manera, construir un caso a medida que me permita “ganar” la razón. Es, además, una idealización porque añade interesada y selectivamente determinadas connotaciones positivas con el fin de que el resultado sea el deseado (es un caso aislado, poco frecuente, tenemos al hombre correcto, nuestro hombre dispone de la información que necesitamos, nuestro hombre confesará, etc)⁴³⁸. Estas condiciones son, en definitiva, implausibles, por lo que no pueden servir para extraer conclusiones en la práctica. Por mucho que podamos imaginar ejemplos hipotéticos en los que la excusa moral quepa, en las situaciones reales sucede que siempre es inexcusable.

Replica García Amado que “los ejemplos valen para lo que valen y no pretenden valer para lo que no valen”⁴³⁹. En efecto, valen para lo que valen. Valen, es cierto, para poner a prueba el absolutismo moral en el plano teórico. Pero no valen, ni deben valer, para sacar ningún tipo de conclusión aplicables a la realidad. Si, como señala García Amado, lo único que se pretende decir (o probar) a través de estos ejemplos es que, “a título de hipótesis no ontológicamente imposible, puede haber

⁴³⁷ H. Shue, “Torture in Dreamland: disposing of the ticking bomb”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol 37, No. 2/3, 2006, pp. 231-239, p. 231.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 234.

⁴³⁹ J.A. García Amado, “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”, en *Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 86, enero-junio 2016, pp.13 - 61, p. 45.

un caso en que torturar sí esté moralmente justificado”⁴⁴⁰, no tendría nada que objetar (o, al menos, no sería éste el foro, pues incurriríamos en una discusión moral que me desviaría del cauce jurídico que intento seguir). El problema surge cuando, como a menudo sucede, se infiere que, una vez admitida la justificación moral en el plano teórico, entonces no hay razones para conservar la prohibición jurídica de la tortura en términos absolutos. Este “salto” en el razonamiento es el que hay que evitar. Me refiero al salto por el que lo hipotético se vuelve superior a lo real y de lo hipotético y de lo moral se acaban sacando conclusiones para lo real y para lo jurídico⁴⁴¹. Lo que intento decir es que, aunque en el plano teórico y especulativo quepa racionalmente admitir que la prohibición moral no es absoluta, esto no significa que haya que modificar o flexibilizar la prohibición jurídica. Las razones para preservar el blindaje jurídico de la prohibición de la tortura son múltiples y de diversa índole.

La prohibición de la tortura en el ordenamiento jurídico internacional es una norma que, además de prescribir una conducta, funciona como un principio informador del ordenamiento. El menoscabo de una norma como la que prohíbe la tortura tiene un “efecto dominó” en el ordenamiento jurídico del que forma parte esencial: si cuestionamos el sentido y el contenido de esa norma, perdemos un punto de referencia crucial para el ordenamiento jurídico; en palabras de Waldron “the character of our legal system would be corrupted”⁴⁴². Los

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 47.

⁴⁴¹ H. Shue, “Torture in Dreamland...”, *cit.*, p. 231.

⁴⁴² J. Waldron, “Torture and positive law: jurisprudence for the White House”, en *Columbia Law review*, Vol. 105, No. 6, Octubre 2005, pp. 1681-1750, p. 1723. Sé bien que Waldron es foco de críticas precisamente por su

legisladores de los Convenios de Ginebra, de la Convención Europea de Derechos Humanos, del Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos, o de la Convención contra la Tortura, tuvieron la oportunidad de incluir el derecho a no ser torturado en la lista de derechos frente a los cuales cabe derogación en situaciones de emergencia, pero descartaron esta posibilidad y optaron por blindarlo. En su lugar, decidieron manifestar expresamente que se trataba de un derecho que no admitía derogación en ningún caso, ni siquiera en tiempos de emergencia que amenacen la vida de la nación. Este carácter absoluto del derecho a no ser torturado fue consensuado no por ingenuos académicos desanclados de la vida real, sino por líderes políticos y representantes que venían de presenciar y de vivenciar algunas de las cotas de crueldad y ferocidad más altas de la historia de la humanidad⁴⁴³.

Además, las distinciones que se fabrican con los ejemplos pueden funcionar en teoría y en el razonamiento moral, pero en el preciso momento en que se da paso a esta lógica de las distinciones en el plano jurídico, enfrentamos el llamado peligro de la “ruptura del dique” o de la pendiente resbaladiza⁴⁴⁴. En la práctica sucederá que torturar *estará* siempre o casi siempre mal y, en cualquier caso, la evidencia empírica e histórica demuestra que la tortura *se usa* mal. Ante esta realidad, el ordenamiento jurídico no debe conceder el más mínimo pretexto

absolutismo moral. Ya he aclarado que en el plano moral cabría admitir la posibilidad de juzgar moralmente de manera diferente ejemplos diferentes, pero lo que me interesa subrayar es el carácter absoluto de la prohibición jurídica y, en ese sentido, puedo coincidir con Waldron.

⁴⁴³ J. Waldron, “Responses to Zedner, Haque and Mendus”, en *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 8, No. 1, 2014, pp. 135-145, p. 140.

⁴⁴⁴ J.A. García Amado, “¿Puede la tortura estar moralmente justificada...?”, *cit.*, p. 34.

a los torturadores; el Derecho debe prevenir que se materialice el peligro –que aumente cada vez más la “zona” de justificación y que la excepción gane cada vez más terreno-⁴⁴⁵.

Por otro lado, cabe cuestionar también la premisa de la eficacia, tan frecuentemente invocada para defender la aceptación condicionada de la tortura en la esfera jurídica. La eficacia da cuenta de la obtención de un resultado. Si el propósito inmediato es extraer información de un individuo, es porque el propósito final que legitimaría este mecanismo es, parece ser, una mejora para la sociedad: una mayor seguridad. Si la tortura es eficaz o no sobre el individuo (si nos permite obtener información útil), nos enredaría de nuevo en una guerra de ejemplos de laboratorio que, como ya he señalado, no procede en este trabajo. Pero tanto si logramos como si no logramos la información, lo que está claro es que la tortura daña esencialmente la dignidad humana. “Quien ha sufrido la tortura”, explica Améry, “ya no puede sentir el mundo como su hogar”⁴⁴⁶, ha sido anulado como persona. Decir que la tortura es la más grave violación de la dignidad y humanidad de la persona no es defender ningún tipo de absolutismo moral; sin embargo, diría que esta realidad funciona más bien como argumento para rechazar el discurso de la eficacia y para oponerse a su justificación política y jurídica. Aunque se logre la información del sujeto torturado (esto es, aunque la tortura resulte eficaz en términos inmediatos), los efectos negativos que

⁴⁴⁵ En esta línea, puede verse J. McMahan, “Torture and Method in Moral Philosophy”, en S. Anderson y M. Nussbaum (eds.), *Torture, Law and War*, Chicago, University of Chicago Press, 2016.

⁴⁴⁶ J. Amery, *Más allá de la culpa y la expiación. Tentaciones de superación de una víctima de la violencia*, Valencia, Pre-textos, 2001, p. 107. Ver también F. Tomás y Valiente, “Sobre la tortura y otros males menores”, *El País*, 3 de abril de 1995.

se derivan de la institucionalización de una práctica que supone la mayor degradación de la dignidad humana son mucho mayores⁴⁴⁷. “Cualquier estado que establezca unidades de interrogación con tortura perderá su legitimidad y degradará la obligación política de sus ciudadanos”⁴⁴⁸. La evidencia histórica demuestra que las sociedades donde la tortura está contemplada no son sociedades más seguras⁴⁴⁹ (Nacho y Marta). En el contexto creado bajo la guerra global contra el terrorismo, la tentación de remover el miedo y la ansiedad de los ciudadanos, invocando ejemplos hipotéticos que “obligan” a aceptar la necesidad de la tortura para garantizar una mayor seguridad es especialmente alta. Pero, como manifestaba Shue:

“If we are not prepared to prevent a terrorist catastrophe –without torturing–, we will at least know that we have not sold our sould and we have not brutalized our civilization. These are catastrophes we can actually avoid. Those of us who oppose torture should also be honest enough to admit that we may have to pay a price for our convictions. Ex ante, of course, I cannot

⁴⁴⁷ V. Bufacchi y J.M Arrigo “Torture, Terrorism and the State: a refutation of the ticking bomb argument”, en *Journal of Applied Philosophy*, 23, 2006, pp. 360ss.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 366.

⁴⁴⁹ Una lectura especialmente interesante, desde un efecto sociológico, de los efectos de la institucionalización de la tortura, la encontramos en I. Sánchez de la Yncera, y M. Rodríguez Fouz, “El (in)justificable recurso a la tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones”, en R. Campione y F. Ruschi, (coords.), *Guerra, Seguridad y Derecho en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 252-293.

tell how high this price might be....but this is a risk I am prepared to take”⁴⁵⁰

3.5.4. LOS ASESINATOS SELECTIVOS: “TARGETED KILLINGS”.

Junto con la tortura, la de los asesinatos selectivos ha sido posiblemente una de las prácticas más visibles, representativas y polémicas de la guerra contra el terrorismo.

Entendemos por “asesinatos selectivos” el uso de fuerza letal de forma intencional, deliberada y premeditada por parte del Estado o de agentes actuando bajo el control de éste o de un grupo armado que represente una parte en un conflicto armado, contra un individuo específico que no se encuentra en manos del enemigo⁴⁵¹. El aspecto común a todas las operaciones señaladas como “targeted killings”, y el más definitorio, es que en todas ellas el propósito de la operación es, de manera directa y premeditada, el uso de la fuerza letal contra un individuo determinado⁴⁵².

En los últimos años, con el pretexto siempre de la guerra contra el terrorismo, se ha desplegado una política de asesinatos selectivos como respuesta “legítima”, por un lado, a los atentados y amenazas terroristas y “necesaria”, por otro, para equilibrar la asimetría que existe en el modo de conducción de la

⁴⁵⁰ H. Shue, “Torture in Dreamland...”, *cit.*, p. 239.

⁴⁵¹ La expresión “asesinatos selectivos” no está recogida ni definida en ningún instrumento legal internacional. El Derecho Internacional “simplemente” enumera los casos en los que el empleo de la fuerza letal está permitida o prohibida. Hemos tomado la definición elaborada por Philip Alston, Relator Especial de Naciones Unidas para ejecuciones extrajudiciales y arbitrarias, en uno de sus informes más extensos y completos sobre la cuestión, *Alston Report*, 2010, p. 3.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 5.

guerra⁴⁵³, lo cual dice mucho de cuáles han sido las claves del discurso legitimador de esta práctica. En una entrevista en Fox News, la entonces Secretaria de Estado de los EE.UU., Condoleezza Rize, reclamaba “carta blanca” en estas operaciones alegando la especial naturaleza y dimensión de la amenaza terrorista:

“El Presidente ha concedido amplia autoridad a los oficiales estadounidenses para *hacer lo que necesiten hacer* para proteger nuestro país. Estamos en un nuevo tipo de guerra y hemos dejado muy clara la importancia de que esta nueva guerra se libere en distintos escenarios”⁴⁵⁴.

La legalidad de las operaciones, desde esta lógica, emana exclusivamente de la autoridad del Presidente de los EEUU para decidir conducir la guerra como considere apropiado, un poder otorgado por la Constitución y que, como estamos viendo, constituye el punto de partida y el punto final de muchas de las justificaciones vistas hasta ahora.

La Administración Obama, más adelante, elaboró un memorándum en el que justificaba así la autoridad de la CIA y la legalidad de los drones: “si una determinada muerte llevada a cabo por parte de un miembro de las fuerzas armadas es compatible con las leyes de la guerra y, por tanto, legal, entonces

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁵⁴ Condoleezza Rize, Entrevista en Fox News, 10 Noviembre 2002, traducción mía.

las operaciones de la CIA facilitadoras de esa muerte no deberían ser ilegales”⁴⁵⁵.

Sin embargo, el Derecho Internacional marca unas pautas muy distintas. Fuera de un contexto de conflicto armado, el uso de fuerza letal por agentes del Estado está prohibido como regla general; se permite, excepcionalmente, como *ultima ratio*, cuando es absolutamente necesario para protegerse o para proteger a otras personas de un ataque contra su integridad física o contra su vida⁴⁵⁶. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando la fuerza se emplea sin “todas las cautelas y precauciones en la elección de medios y métodos (...), entonces constituye una privación arbitraria de la vida”⁴⁵⁷. El individuo debe disponer siempre de la oportunidad de rendirse⁴⁵⁸. El uso de fuerza letal intencionada, deliberada y premeditadamente contra un individuo, es decir, como primera opción, es una violación del Derecho Internacional que opera en contextos no de guerra⁴⁵⁹. Países como Pakistán, Yemen o Somalia, que son algunos de los países donde más operaciones de asesinatos selectivos se han llevado a cabo, no son países en guerra con EE.UU. Y, aunque algunos de estos países, como Yemen, se encuentran sumidos en sus propios conflictos

⁴⁵⁵ *Obama Memorandum on Drones*, p. 33.

⁴⁵⁶ Así se establece en la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 2.2) y en los Principios básicos de Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Principio número 9). Véase también CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, de 22 de octubre de 2002.

⁴⁵⁷ *Ergi v. Turkey*, App 23818/94, Judgment of 28 Julio 1998, 32 82001. EHRR 288 párrafo 79.

⁴⁵⁸ *Ogur v. Turkey*, App 21594/93, Judgment of 20 may 1999 ECtHR, Reports 1999-III.

⁴⁵⁹ *Civil and political rights, including questions of disappearing and summary executions*, 9 Enero 2002, UN Doc E/CN.4/2002/74

armados internos, las operaciones desplegadas en su territorio con el objetivo de causar la muerte de determinados individuos no guardan conexión directa con estos conflictos, por lo que constituyen privaciones arbitrarias de la vida y pueden derivar tanto en responsabilidad internacional del Estado como responsabilidad penal del individuo⁴⁶⁰.

Es cierto, sin embargo, que en un contexto de conflicto armado, el Derecho Internacional Humanitario establece unos parámetros sustancialmente distintos a la hora de valorar conductas que suponen la privación de la vida de un individuo. En conflictos armados internacionales, los combatientes son objetivos legítimos en cualquier tiempo y lugar⁴⁶¹. En conflictos armados no internacionales, las fuerzas armadas del Estado únicamente pueden dirigir premeditada y directamente el ataque contra aquellos que se encuentren participando directamente en las hostilidades⁴⁶². Por tanto, en escenarios como Afganistán, Irak o Siria, las muertes pueden ser legales, pero habrá que examinar detenidamente las condiciones en que las operaciones fueron llevadas a cabo. El primer hándicap con el que nos topamos tiene que ver con la determinación del estatus de la persona objetivo del ataque⁴⁶³, pero también con el de la autoridad de quien lleva a cabo la operación: los agentes de la CIA no son miembros de las fuerzas armadas y, por lo tanto, no son combatientes sino civiles, lo que significa que deben permanecer al margen de los enfrentamientos militares, en el momento en el que decidan participar directamente en ellos,

⁴⁶⁰ H. Duffy, *The war on terror and the framework of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 336..

⁴⁶¹ Artículo 48 y 51 Protocolo Adicional I.

⁴⁶² Artículos 13.3, 50.1 y 51.3 PA I; artículo 3 CG; artículo 4 y 13.3 PA II.

⁴⁶³ Me remito a lo expuesto en el punto 3.5.1. de este mismo capítulo.

pierden la inmunidad. Los asesinatos selectivos son un ejemplo inequívoco de conducta que constituye una participación directa en las hostilidades, con las consecuencias que ello conlleva⁴⁶⁴. La otra gran problemática tiene que ver con el empleo de drones, la proporcionalidad y los efectos colaterales, que pasamos a valorar en el siguiente punto.

3.5.5. LOS MEDIOS Y LOS MÉTODOS: PROPORCIONALIDAD Y DRONES

El DIH no sólo regula cómo debe ser tratado el enemigo, sino que también establece pautas sobre cómo llevar a cabo los enfrentamientos y, aunque la violencia está permitida en la guerra, los medios y métodos de la misma se encuentran limitados por los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad y humanidad.

Como ya se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo, determinar correctamente el contexto y el marco jurídico de referencia en cada caso es crucial en el seno de la llamada “guerra global contra el terrorismo”, pues ésta engloba realidades de naturaleza muy diversa. La “necesidad” y la “proporcionalidad” de las operaciones llevadas a cabo en la guerra en Afganistán o Iraq será valorada conforme a unos parámetros diferentes a los que deben emplearse para examinar las operaciones extraterritoriales como los ataques con drones en Pakistán o en Somalia.

⁴⁶⁴ Lo explica Alston en su informe: “they do not have the “combatant’s privilege”: license to kill) and, therefore, CIA personnel might be prosecuted for murder under the domestic law of any country in which they conducted targeted killings (as well as for war crimes if the killings is carried out violating the laws of wars). *Alston Report*, 2010, p. 22.

Bajo el paradigma del DIDH, como acabamos de ver, únicamente se admite el uso de la fuerza letal directa como *ultima ratio*, cuando es estrictamente inevitable y absolutamente necesario para protegerse de otro ataque. Las víctimas deben poder rendirse, de lo contrario, el uso de la fuerza como primera opción constituirá una violación del DIDH.

En un contexto de conflicto armado, sin embargo, el DIH permite tanto la muerte de combatientes como, excepcionalmente, de civiles. Como hemos visto, el *jus in bello* construye sobre distinciones, y el principio de distinción gobierna absolutamente todo el diseño y funcionamiento de este cuerpo normativo: todas y cada una de las normas del *jus in bellonos* remiten a una distinción anterior fundamental: la distinción combatiente-civil. Los civiles deben abstenerse de participar en las hostilidades y, por tanto, no son objeto legítimo de ataque, pero varias excepciones cualifican esta regla. Por un lado, recordemos que un civil que decide participar directamente en las hostilidades pierde automáticamente su inmunidad frente a ataques directos. Por otro lado, la regla general no implica que, fuera de este supuesto, las bajas y muertes civiles sean automáticamente ilegales. Aunque es cierto que el DIH prohíbe los ataques directos e indiscriminados contra civiles⁴⁶⁵, también admite que, en el transcurso de un ataque legal contra objetivos

⁴⁶⁵ El artículo 51 del Protocolo Adicional I define así “ataque indiscriminado”: Son ataques indiscriminados:

- a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
- c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil.

militares legítimos, pueden producirse daños colaterales civiles. Estos daños colaterales están permitidos siempre y cuando sean proporcionales con respecto a la ventaja militar esperada u obtenida. El principio de proporcionalidad entra aquí en juego reconciliando el principio de distinción (e inmunidad) con el principio de necesidad militar y se convierte así un elemento crucial a la hora de valorar la legalidad de determinadas operaciones⁴⁶⁶.

El problema que surge a la hora de valorar el respeto a estos principios en el caso de la guerra contra el terrorismo, está directamente relacionado con el empleo de drones o aviones no tripulados. Siempre ha existido, es cierto, una relación problemática entre la tecnología bélica y la capacidad de las reglas de disciplinar el uso de dicha tecnología y contener sus posibles efectos adversos⁴⁶⁷, pero el empleo de drones en el contexto de la GGCT ha agudizado aún más si cabe esta tensión⁴⁶⁸. Un aspecto a tener en cuenta es la atmósfera de aquiescencia que envuelve todo lo relacionado con la llamada “drone warfare”⁴⁶⁹, un silencio sólo alterado por las voces de

⁴⁶⁶ Uno de los desarrollos más famosos del principio de proporcionalidad lo encontramos una vez más en M. Walzer, *Just and unjust wars...*, cit., p.214-218. También se explica con detenimiento en Cruz Prados, *La razón de la fuerza*, cit..

⁴⁶⁷ F. Ruschi, “El Derecho, la guerra y la ‘técnica desatada’. Consideraciones acerca del *drone warfare*”, en R. Campione y F.Ruschi (coords.), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 45-78, p.48.

⁴⁶⁸ En Pakistán, por ejemplo, la ratio de “ventaja militar”-“efectos colaterales” era de 20 líderes muertos por cada 750-1000 víctimas colaterales. Véase Mary Ellen O’Connell “Unlawful killing with combat drones: a case study of Pakistan 2004-2009”, en *Notre Dame Law School Legal Studies*, Research Paper No 09-43, 2009.

⁴⁶⁹ En 2012, una encuesta encargada por la cadena ABC y el Washington Post indicaba que el 83% de los entrevistados estaba a favor del uso de drones. G. Holy, “Drones, Gitmo and Drawdown Give Obama Foreign Policy Cred”, <http://www.langerresearch.com/wp-content/uploads/1134a3ObamaandForeignPolicy.pdf>.

algunos juristas que han alertado sobre los reparos del empleo de drones⁴⁷⁰.

La eliminación del enemigo mediante drones es una materialización más de la desviación con respecto al paradigma bélico clásico que supone la guerra contra el terrorismo. Es la expresión más visible de la “guerra desigual” a la que alude Colombo⁴⁷¹. Si en las guerras clásicas lo característico era el combate, en la guerra contra el terrorismo el combate adquiere una apariencia muy distinta hasta prácticamente desfigurarse: con los drones, ya no hay dos luchadores enfrentan en el campo de batalla, sino un cazador acorralando a una presa⁴⁷². La guerra, por parte de EEUU y sus aliados, pretende jugarse desde casa, de ahí que, a menudo, se empleen expresiones como “guerra a distancia” o “guerra electrónica”⁴⁷³. Esta forma de “combatir”, basada en la fuerza aérea (*air power*), transforma al adversario en un objeto -en una presa, por emplear el lenguaje de la guerra caza-, mientras que se pretende que el coste para el que mata sea cero: lo que se busca es tener el control sin ser controlados⁴⁷⁴. Ahora bien, ésta sería una visión incompleta de la peculiar manera de combatir la ggct. Mientras EEUU y sus aliados lanzan ataques en Iraq, Afganistán, Siria, Libia, Yemen, etc, los terroristas se encargan de traer su violencia a suelo europeo y estadounidense. La idea la expresaba el líder terrorista al Zawahiri escribiendo “debemos trasladar el combate al campo enemigo para quemar las manos quienes nos queman

⁴⁷⁰ F. Ruschi, *Op. cit.*, p. 55.

⁴⁷¹ A. Colombo, *La guerra ineguale...*, cit., p. 287.

⁴⁷² Chamayou habla del paradigma de la “guerra caza” en G.Chamayou, *Théorie du drone*, París, La Fabrique, 2013.

⁴⁷³ A. Colombo, “L’Europa e la guerra agli inizi del Ventunesimo secolo”, en *Teoria Politica, Nuova Serie, Annali VI*, 2006, pp. 23-47, p. 35.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 35.

a nosotros”⁴⁷⁵. Por la misma razón que las potencias occidentales encuentran incentivos en confinar la violencia que ellos despliegan “lejos” de sus territorios –en busca de la máxima “cero bajas propias”-, los terroristas se encargan de irrumpir en territorio europeo y americano con su guerra. El resultado es, pues, una propagación o, como dice Colombo, “contaminación de la violencia”⁴⁷⁶.

A lo anterior se le suma el contexto especialmente “fluido”⁴⁷⁷ de esta guerra -que hemos visto en el capítulo dos-, un contexto indeterminado por naturaleza en el que la paz no se distingue de la guerra, la presa no se distingue de la víctima y donde, en definitiva, el *jus in bello*, ante la imposibilidad de acogerse a la distinciones sobre las que se construye, pierde toda su virtualidad.

3.6. LA CRISIS DEL *JUS IN BELLO*

Una vez repasadas las prácticas llevadas a cabo bajo la “Guerra contra el terrorismo”, vuelve a surgir la necesidad de repasar los elementos más característicos –y preocupantes- de sus discursos legitimadores con el fin último de contrastar en qué medida pueden estar contribuyendo a socavar los principios más relevantes del *jus in bello*.

El esfuerzo más condensado de argumentación jurídica referido a la conducta llevada a cabo en la GGCT lo encontramos

⁴⁷⁵ Citado en G. Kepel, *Al Qaeda. I testi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 241, 242. Traducción mía.

⁴⁷⁶ A. Colombo, “L’Europa e la guerra...”, *cit.*, p. 38.

⁴⁷⁷ F. Ruschi, *Op. cit.*, p. 55.

en los memorándums elaborados por el Departamento de Justicia tras los atentados del 11-S con el objetivo de asesorar al entonces presidente, G.W. Bush, sobre la aplicabilidad de las Convenciones de Ginebra a los terroristas y talibanes⁴⁷⁸.

En relación a la aplicación de los estándares del DIH a al Qaeda y miembros de grupos terroristas, éstas son, resumidamente, las razones expuestas en el memorándum para justificar el rechazo de las Convenciones de Ginebra:

1. Al Qaeda (y demás grupos terroristas, por extensión) no es un Estado, y la III CG (que protege a los prisioneros en caso de conflicto armado internacional), sólo entra en juego frente a Estados⁴⁷⁹.

2. Los miembros de Al Qaeda no reúnen los requisitos necesarios para el tratamiento de prisionero de guerra contemplados en el artículo 4 de la III GC. Pero es que, además, las CG sólo son aplicables en caso de un conflicto armado internacional –salvo el artículo 3- y, al no tratarse de un conflicto armado internacional, las CG no son de aplicación⁴⁸⁰.

3. La naturaleza del conflicto contra Al Qaeda impide igualmente hablar de un conflicto armado del artículo 3 –no internacional-. Por lo tanto, puesto que el conflicto de EEUU contra al Qaeda no puede ser

⁴⁷⁸ Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President and William J. Haynes II, Enero 22, 2002, US Department of Justice.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 89.

catalogado en ninguna de las categorías existentes, el DIH sencillamente no entra en juego⁴⁸¹.

En cuanto al abandono del DIH en relación a los talibanes, el documento explica que, si bien es cierto que conformaban el gobierno afgano en el momento de los atentados del 11-S, existen varios motivos por los que el DIH debe ser descartado:

1. En virtud del artículo 2 de la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente de los EEUU tiene la potestad de suspender unilateralmente tratados internacionales enteros o partes de ellos⁴⁸². Lo que aquí se dice es, ni más ni menos, que los EE.UU., a través de su presidente, pueden unilateralmente decidir la suspensión total o parcial de aquellas obligaciones de DI –en este caso, en relación a los talibanes- que no les interese cumplir⁴⁸³.

2. Incluso en el caso de que el Presidente decida no ejercer dicha autoridad y decida no suspender las obligaciones de las Convenciones de Ginebra en relación a los talibanes, el documento ofrece dos motivos más que, en cualquier caso, justificarían desviarse del DIH: i) algunas desviaciones pueden ser justificadas recurriendo a la legítima defensa individual⁴⁸⁴; ii) el Presidente puede

⁴⁸¹ *Ibid.* p. 90.

⁴⁸² El documento desarrolla esta posibilidad para el caso concreto del conflicto armado de EEUU con Afganistán, ofreciendo al entonces presidente, G.W. Bush, una serie de razones a las que recurrir a la hora de fundamentar la decisión en el caso de que –como se le sugiere- decida ejercer dicho poder. *Ibid.* pp. 95-102.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 91.

⁴⁸⁴ El documento explica que, en la medida en que los EEUU tiene autoridad para tomar cualquier medida para proteger a sus fuerzas armadas, el

decidir cómo calificar a los enemigos (puede por tanto decir que los talibanes no pueden ser calificados como prisioneros de guerra según el artículo 4 de la IIIGC)⁴⁸⁵.

3. En cuanto a la aplicación del derecho internacional consuetudinario, el documento sentencia que, puesto que la Constitución estadounidense no menciona la costumbre como una fuente autónoma de derecho federal, ni como límite al poder político, ninguna norma de derecho consuetudinario constriñe los poderes del ejecutivo arriba mencionados⁴⁸⁶. Además, en cualquier caso, los poderes políticos tienen autoridad para anular el derecho internacional consuetudinario⁴⁸⁷ y, en este caso, “confiar en el derecho internacional consuetudinario socavaría la competencia del Presidente en materia de política exterior y su poder como comandante en jefe”⁴⁸⁸.

En una Carta firmada por él mismo el 7 de febrero de 2002, el Presidente G.W. Bush recapitulaba los argumentos expuestos en el memorándum y concluía que:

derecho general a legítima defensa incluye el derecho a defender a sus propias fuerzas armadas de aquellos prisioneros que representan una amenaza para sus vidas y su seguridad. *Ibid.*, p. 108. Según esta lógica, cualquier obligación de DIH puede ser ajustada en función de consideraciones de seguridad.

⁴⁸⁵ El Presidente de los EEUU puede decretar que los talibanes quedan excluidos del artículo 4 de la III CG porque, en virtud del artículo 2 de la Constitución de EEUU, el presidente posee el poder de interpretar los tratados en nombre de la nación y, continúa el documento, una determinación del presidente en este sentido eliminaría cualquier duda legal sobre el estatus jurídico de los talibanes. *Ibid.*, p. 110.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p.113.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 115.

“Ninguna de las provisiones de las Convenciones de Ginebra aplicarán al conflicto con al Qaeda en Afganistán o en otros lugares del globo porque al Qaeda no es un Estado parte, tampoco se aplicarán a los taliban porque son ‘enemigos combatientes’”

Desde un punto de vista estrictamente legal, la magnitud de los desastrosos en los que incurre es alarmante pero, por el mismo motivo, fácilmente rebatible. En primer lugar, habría que recordar al Departamento de Justicia de EEUU que, precisamente para evitar dejar la eficacia del *jus in bello* en manos de la arbitrariedad de cada Estado, la entrada en juego del DIH no depende de consideraciones y apreciaciones subjetivas de cada Estado sino que se produce de manera automática allá donde, en función de los parámetros objetivos expuestos en el capítulo II, existe una situación de conflicto armado. Y en segundo lugar, el hecho de que un determinado grupo armado no pueda ser signatario de los Convenios de Ginebra no implica que sus disposiciones no protejan a los individuos que los componen. Sencillamente, no es éste el funcionamiento del DIH: aunque los signatarios son los Estados, los tratados internacionales de DIH están diseñados para proteger a los individuos. En el momento en que existe un conflicto armado y el DIH entra en juego, éste protegerá a cualquier individuo implicado en dicho conflicto, tanto si es miembro de las fuerzas estatales como si es miembro de fuerzas irregulares, como si es civil.

Pero más allá de las debilidades en los razonamientos jurídicos con los que se intentó justificar el abandono del DIH, uno de los aspectos que más preocupan del discurso legitimador es el recurso a argumentos de naturaleza política y moral a la

hora de justificar desviaciones y vulneraciones graves de la norma jurídica que, de nuevo, se está viendo progresivamente erosionada.

“La guerra contra el terror”, señalaba Alberto Gonzales – asesor legal de la Casa Blanca cuando escribía este documento, pero que más tarde sería nombrado Secretario de Justicia-, “es un nuevo tipo de guerra que vuelve obsoletas las estrictas limitaciones de los Convenios de Ginebra”⁴⁸⁹.

Lejos de haber quedado constreñidos a la esfera política inmediatamente posterior al 11-S, estos argumentos acabaron impregnando también el debate jurídico de los años que estaban por venir, favoreciendo la expansión de una visión del Derecho que reclama una aplicación subordinada del DIH ya sea en función de consideraciones de *jus ad bellum*, en función de la gravedad de la situación o, en todo caso, en función de consideraciones morales o políticas.

Uno de los mecanismos de legitimación de las violaciones de la GGCT más repetidos y populares ha consistido en alegar la excepcionalidad de la amenaza que enfrentamos. Aquí juega un papel fundamental la doctrina, de sobra conocida, de la “emergencia suprema”, que Walzer rescató de Churchill⁴⁹⁰. La idea es sencilla: se admite que la gente tiene derechos –incluso durante la guerra- que, como regla general, deben ser respetados independientemente del “coste” (de las consecuencias) de hacerlo, pero cuando las consecuencias de cumplir las reglas (en este caso, los efectos de la derrota) resultan excepcionalmente catastróficas, entonces conductas y tácticas ordinariamente

⁴⁸⁹ AR Gonzales, Memorandum for the President, *Decision re Application of the GC on POW to the conflict with al Qaeda and the Taliban*, 25 enero 2002.

⁴⁹⁰ M. Walzer, *Guerras justas e injustas...cit.*, p.335.

prohibidas se convierten en justificables y permisibles⁴⁹¹. La tesis de Walzer, dice Josep Baqués, es hasta moderada si la comparamos con las que postulan algunos defensores del realismo político que, con el pretexto de la amenaza terrorista, apelan a la mera “necesidad estatal”, o a la mera necesidad de victoria⁴⁹² pero, cabe matizar, sería en todo caso –y únicamente– una moderación en la formulación porque, como veremos a continuación, entraña como mínimo los mismos peligros que las “versiones realistas”.

La otra estrategia legitimadora que ha resurgido al albor de la GGCT consiste en subrayar la injusticia y la inmoralidad del enemigo, de la causa enemiga, con el fin de dejar el DIH sin efecto. Como señala Paredes Castañón, la narrativa de la GGCT describe la realidad en los moralizantes términos de “buenos” contra “malos” con el fin de que la virtud (que, por supuesto, está de nuestro lado), triunfe y prevalezca⁴⁹³. Según esta lógica, que enseguida rebatiré, el DIH no se aplica (o no debe aplicarse) al bando que libra una guerra injusta.

En un intento de evitar la subjetividad de los juicios sobre la justicia y la moralidad de la causa enemiga, también se ha argumentado que el propio *jus ad bellum*, al criminalizar la guerra de agresión, estaría estableciendo una discriminación agresor/víctima que, entienden, también el *jus in bello* debería

⁴⁹¹ Dos son según Walzer los criterios que deben operar a la hora de analizar la situación: i) la gravedad y ii) la inminencia. *Ibid.*, p. 335. Subraya que el mero reconocimiento de una amenaza grave no es coercitivo por sí mismo, siempre que existan otros medios para la victoria. El peligro representa sólo la mitad del argumento; la inminencia representa la otra mitad. *Ibid.*, p. 339

⁴⁹² J. Baqués, *La teoría de la guerra justa. Una propuesta de sistematización del “ius ad bellum”*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2007, p. 152.

⁴⁹³ J.M. Paredes Castañón, “El Terrorista ante el Derecho Penal: por un política criminal intercultural”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 74, 2010, p. 7.

incorporar. El principio *ex iniuria jus non oritur* es invocado aquí para expresar la idea de que de una agresión no se deriva derecho alguno⁴⁹⁴. Si la guerra de agresión es el crimen internacional por excelencia, no es justo estar obligado a cumplir y respetar las reglas de la guerra frente a quien ha incumplido la más importante de las reglas empezando la guerra; no sería justo poner en la misma situación al agresor y a quien resiste la agresión; todo lo contrario, la justicia reclama que el *jus in bello* esté del lado de la víctima⁴⁹⁵. Esta lógica, que reclama una desigual aplicación del DIH a cada bando, nos remite directamente al problema de la relación entre *jus ad bellum* y *jus in bello*, pues implica que el segundo quede condicionado por el primero al asumir que el combatiente injusto, a diferencia del combatiente justo, no tiene título legítimo para usar la fuerza armada⁴⁹⁶.

Tanto el argumento de la emergencia suprema, por un lado, como el del enemigo injusto, por otro, defienden una suspensión del *jus in bello* supeditada a consideraciones subjetivas, y por tanto problemáticas, de lo que es “grave”, “inminente”, “justo”, “bueno” o “moral”, con todos los peligros que ello conlleva, y que vamos a analizar a continuación.

Las doctrinas de la emergencia suprema, de la excepcionalidad o, sencillamente, del interés nacional, parecen asumir, en un retorno a concepciones ya superadas, que los

⁴⁹⁴ Expone y rebate este razonamiento con gran acierto Sloane en R. D. Sloane, “The Cost of Conflation...”, *cit.*, p. 71.

⁴⁹⁵ Puede verse este razonamiento y su atinada impugnación en F. Bugnion, *Op. cit.*, p. 46.

⁴⁹⁶ Una defensa de este rechazo a los principios de igualdad entre beligerantes y de autonomía del *jus in bello*, puede encontrarse en J. Mc Mahan, “The ethics of killing”, en *Ethics*, 114, Julio 2004, pp. 693-733.

Estados tienen un valor independiente que excede el valor de la suma de sus partes. Sin embargo, el Derecho Internacional desarrollado tras las dos guerras mundiales –a diferencia del Derecho Internacional clásico, cuya preocupación giraba fundamentalmente en torno al interés de los Estados-, se caracteriza por poner el foco de atención en la protección de los intereses de los individuos. A partir de aquí, cualquier discurso que insinúe que la supervivencia del Estado puede justificar la suspensión de los más fundamentales derechos de los individuos se convierte en un anacronismo. Por otro lado, tropezamos con los problemas inherentes a la selección de situaciones que constituyen una “emergencia suprema” y el *jus in bello*, subordinado de esta manera al juicio moral y arbitrario de quien ve en las reglas de la guerra un incómodo obstáculo para la victoria y en la conservación de los Estados un interés superior a la preservación de los derechos fundamentales del individuo, quedaría condenado, en un primer momento, a la merma de su efectividad y, en última instancia, a la irrelevancia jurídica.

En relación a la tesis que propone la aplicación discriminatoria del DIH al agresor –a quien ha violado el *jus ad bellum*-, o al enemigo injusto –aquí juzgamos moralmente la causa-, son varios los vicios que cabe denunciar. En primer lugar, como indica Bugnion, quienes alegan el principio *ex iniuria jus non oritur* confunden la fuente de un derecho con el hecho que lo activa⁴⁹⁷. Cuando se produce un incendio en el hogar –explica Bugnion-, el fundamento de nuestro derecho a reclamar al seguro no es la existencia del fuego sino la existencia de una póliza de seguro que así lo establece. Del mismo modo,

⁴⁹⁷ F. Bugnion, *Op. cit.*, p. 47.

los derechos y obligaciones recogidos en el *jus in bello* emanan del hecho de la guerra sino del hecho de que existen unas normas –convencionales y consuetudinarias– que así lo reconocen⁴⁹⁸. Es decir, los derechos y obligaciones del DIH no nacen porque estalle una guerra –no nacen por tanto porque un Estado agrede a otro–, sino que nacen porque existe un cuerpo normativo que otorga derechos e impone obligaciones a todos los individuos y que entran en juego en determinadas circunstancias objetivas. Por otro lado, la aplicación discriminatoria del DIH en función del status víctima/agresor se basa, como apunta Campione, en una inoportuna aplicación de la analogía doméstica: en el ordenamiento jurídico interno, la cualificación normativa de las acciones realizadas por atacantes y víctimas la confiamos al Código Penal y, sobre todo, es establecida por un tercero institucionalizado⁴⁹⁹, condiciones que, sin embargo, no se cumplen en la esfera internacional.

No terminan aquí las objeciones. Estamos ante un discurso que deniega derechos y protecciones a los individuos de un bando en base a una decisión –la de empezar la guerra– que no les pertenece, pues no hay responsabilidad moral de quien combate sobre la decisión de haber ido a la guerra⁵⁰⁰. Este razonamiento no solamente se basa en la falacia de que al criminal –ahora convertido en enemigo total– no le corresponde derecho alguno –algo que no se sostiene conforme a los sistemas penales del siglo XXI– sino que además equipara responsabilidad penal individual con responsabilidad internacional del Estado⁵⁰¹,

⁴⁹⁸ F. Bugnion, *Op. cit.*, p. 48.

⁴⁹⁹ R. Campione, “El Trilema de *Polemos...*”, *cit.*, p. 201.

⁵⁰⁰ F. Lara, “Ética en la guerra: la distinción entre soldados y civiles”, en *Revista de Filosofía*, Vol. 38, Núm. 2, 2013, p.79-98, p. 73.

⁵⁰¹ F. Bugnion, *Op. cit.*, p. 48.

una peligrosa confusión que, como veremos más adelante, produce un feedback entre el paradigma bélico y el criminal de efectos perversos⁵⁰². Por otro lado, si bien la idea de que no es justo “equiparar” o “poner en el mismo plano” a víctima y agresor puede resultar convincente, se trata de un planteamiento engañoso que sugiere, erróneamente, que *el jus in bello*, al entrar en juego, asigna responsabilidades -al 50%- . No hay que olvidar que, como he señalado en páginas anteriores, el propósito del *jus in bello* es asignar culpa moral ni, desde luego, responsabilidad penal, sino simplemente limitar el daño y sufrimiento humano en un contexto de conflicto armado, realizando determinaciones de estatus y ofreciendo protecciones y garantías mínimas a los individuos que se ven afectados por las guerras. No es cierto que el DIH ponga al agresor “en el mismo nivel” que la víctima -desde el punto de vista de la culpa y de la responsabilidad-, por la sencilla razón de que el problema de la responsabilidad no es (ni debe ser) de la incumbencia del DIH.

Por último, es necesario impugnar una vez más la premisa en que se basa esta visión del *jus in bello*, según la cual el DIH permite separar derechos y obligaciones a gusto del consumidor. La teoría de la aplicación discriminatoria del DIH en base al status víctima/agresor o enemigo justo/injusto descansa, en efecto, en la idea de que derechos y obligaciones pueden desconectarse unos de otros: la inmoralidad o injusticia de la causa terrorista les despoja de todo derecho o protección mientras que, al mismo tiempo, confiere a EEUU y Estados aliados -portadores de la causa justa- carta blanca a la hora de

⁵⁰² R. Campione y A. Aldave, “Normas y discursos...”, *cit.*.

conducir la guerra y tratar con el enemigo⁵⁰³. Sin embargo, como ya se ha visto en puntos anteriores del trabajo, el DIH no sólo confiere derechos y garantías, sino que también se compone de obligaciones. A cada derecho le corresponde una obligación, como si de dos caras de una misma moneda se tratase. Pensemos, por ejemplo, en la inmunidad: al derecho de los civiles a no ser objeto de ataque les corresponde la obligación de abstenerse de participar en las hostilidades. El DIH consiste precisamente en un delicado pero necesario equilibrio entre derechos y obligaciones; si este equilibrio se rompe, lo que queda es arbitrariedad, caos y, en definitiva, ausencia de Derecho: más sufrimiento y más destrucción⁵⁰⁴.

La realidad en la que nos toca operar añade a todo lo dicho una dificultad más: la de la complejidad –por no hablar de imposibilidad- inherente a la determinación del agresor; me refiero a los problemas que conlleva realizar cualquier juicio sobre la legalidad del uso de la fuerza (no digamos ya de los juicios sobre la justicia o moralidad). A pesar de que la Carta de Naciones Unidas instauró el principio general de *jus ad bellum* de prohibición del uso de la fuerza armada, y a pesar de que el de agresión está reconocido como uno de los crímenes internacionales más graves, lo cierto es que no existe una definición internacional de “agresión”. Sí nos dice la Carta, sin embargo, que el Consejo de Seguridad es el órgano encargado de determinar cuándo se ha producido una amenaza para la paz o un acto de agresión, pero –sin entrar siquiera en el problema de legitimidad de una decisión que, en caso de producirse, sería

⁵⁰³ C. Rodríguez Rodríguez, “Conflicto armado en Colombia? Más allá de las palabras”: “al condenar la posición del enemigo desde un punto de vista moral, parece dejarse sin efecto la aplicación del DIH” p.118 y 119.

⁵⁰⁴ F. Bugnion, *Op. cit.*, p. 52 y p. 53.

exclusivamente política- la realidad es que el sistema de decisión del Consejo (el veto de cualquiera de los cinco miembros permanentes bloquea la decisión) ha condenado al CS a la más absoluta parálisis. La ineffectividad del Consejo, unido a la ausencia de una autoridad judicial centralizada y de una definición legal consensuada de “agresión”, dan como resultado un callejón sin salida en el que cada una de las partes beligerantes se consideran simultáneamente víctimas de la agresión iniciada por la parte contraria. Ante esta realidad práctica, si cada una de las partes, viéndose víctima de una injusticia (de una agresión) y, por tanto, portadoras de una causa justa, decidieran unilateralmente denegar a la otra la protección del DIH, tendríamos como resultado la sistemática inobservancia del DIH por todas las partes del conflicto y, una vez más, el DIH quedaría despojado de toda su virtualidad.

Junto con las flaquezas expuestas, estos postulados encierran, además, varios peligros que conviene poner de manifiesto. El *jus in bello*, al igual que sucedía con el *jus ad bellum*, está asistiendo a un proceso de desgaste que, lejos de tener causa en un acontecimiento específico, viene provocado por una secuencia de episodios –acciones + discursos- que, si bien difieren entre sí en naturaleza o gravedad, han tenido lugar siempre con el pretexto de la guerra contra el terrorismo. No es mi objetivo aventurar pronósticos sobre lo que está por venir, pero sí creo necesario alertar sobre algunas de las implicaciones más perniciosas para el derecho bélico de estas prácticas y retóricas.

Quienes defienden la posibilidad de dejar de sin efecto las reglas de la guerra (*el jus in bello*) en función de valoraciones morales o, incluso, también de consideraciones de *jus ad bellum*,

inevitablemente desprecian los principios en los que se fundamenta la efectividad del *jus in bello*: el principio de igualdad entre beligerantes y el principio de autonomía del *jus in bello* y el *jus ad bellum*. Sin ellos, el *jus in bello* vuelve inoperante, carece de sentido. Si el modo de conducir la guerra puede justificarse atendiendo a la justicia o injusticia de la causa que se abandera, se abre paso la peligrosa idea de que una guerra justa hace justo todo lo realizado en ella, allanando así el camino a que se desplieguen y justifiquen cotas de fiereza y crueldad cada vez mayores y, en definitiva, dejando sin sentido la existencia del *jus in bello*⁵⁰⁵. No podemos esperar que un bando respete las reglas de la guerra cuando a él se le deniegan los derechos que éstas confieren. Ya lo decía Lauterpach antes incluso de que el paradigma bélico entrara en crisis:

“es imposible visualizar unos enfrentamientos en los que una parte esté obligada por las leyes de la guerra pero no se beneficie de ellas y la otra se beneficie sin estar obligada. El resultado sería el abandono de la mayoría de las reglas de la guerra”⁵⁰⁶.

3.7. OBSERVACIONES FINALES

En vista de todas estas dificultades, el curso de la guerra debe llevarse a cabo con total independencia de las cuestiones sobre la legalidad –y desde luego justicia- en la decisión de

⁵⁰⁵ A. Cruz Prados, *Op.cit.*, p. 81.

⁵⁰⁶ H. Lauterpach “The limits of the operation of the laws of war”, 30 *British Yearbook of International Law*, Vol. 30, 1953, pp. 206-243, p. 212, traducción mía.

emplear la fuerza, de lo contrario, se abre la veda a la subjetividad y, por ende, a la brutalidad de la guerra; de ahí la trascendencia de preservar y mantener intacto el principio de independencia del *jus in bello*. Como señala Cruz Prados:

“El establecimiento de un *jus in bello* puede tener otra intención que la de proporcionar a la guerra una racionalidad que ésta pueda poseer *a pesar del* desacuerdo de los contendientes sobre el derecho a realizarla, y *a pesar de* la certeza que cada uno de ellos pueda tener, subjetivamente, de estar en posesión de ese derecho. La existencia del *jus in bello* sólo tiene sentido si el valor y vigor de éste es completamente independiente de la justicia que la guerra pueda tener en virtud de su causa”⁵⁰⁷.

En un contexto internacional como el actual, en el que, como se ha visto, las formas de violencia son cada vez más complejas y difusas, en el que la capacidad de destrucción se ha multiplicado exponencialmente, y en el que las fronteras de las guerras son más porosas que nunca, resulta vital garantizar la efectiva aplicación del *jus in bello*. Sin embargo, el *jus in bello* quedará relegado a la irrelevancia, y la ferocidad de las guerras se desatará, si no preservamos la independencia del valor legal de las reglas que limitan las hostilidades del valor moral de la justicia de la causa enemiga, es decir, si no preservamos los principios de autonomía *jus in bello/jus ad bellum* y el de igualdad entre beligerantes. Ahora bien, esto que,

⁵⁰⁷ A. Cruz Prados, *Op. cit.*, p. 85.

insisto, considero esencial, se logrará si y sólo si se rechaza previamente la idea de que puede ser relevante pensar que algunas guerras son especialmente justas o especialmente injustas⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Campione, “El Trilema de *Polemos...*”, *cit.*, p. 193.

CAPÍTULO IV.

LA BÚSQUEDA DE CONSENSO PARA UNA DEFINICIÓN UNIVERSAL DE “TERRORISMO”

4.1. INTRODUCCIÓN

Hasta ahora he analizado los problemas que está planteando el recurso al paradigma bélico para combatir un fenómeno tradicionalmente criminal como el terrorismo y, de hecho, en el capítulo II, veíamos cómo esta controvertida decisión ha provocado que la noción misma de “guerra” quede en entredicho. He cuestionado, digamos, la forma, el esquema -la fuerza militar, la guerra-, elegido para combatir un problema -el terrorismo-; y he pospuesto, hasta este momento, el análisis del pretexto empleado para ese esquema: el problema del terrorismo.

Aunque a estas alturas ya es algo más que evidente, éste no es un trabajo sobre el fenómeno del terrorismo, sino sobre aquellos aspectos de la “guerra contra el terrorismo” que suponen un desafío al ordenamiento jurídico internacional. Y si hay una cuestión que plantea un desafío de primer nivel es la de la definición de terrorismo. No cabe duda de que el empleo de este término trae consigo, además de sustanciales consecuencias jurídicas para los individuos, un indudable

impacto psíquico en la sociedad y, como se ha intentado poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, estamos ante un término que desempeña un papel esencial a la hora de justificar determinadas decisiones y estrategias políticas que están desgastando el ordenamiento jurídico. La relevancia de la cuestión es por tanto incontestable.

Sin embargo, a la hora de definir “qué es terrorismo” entran en juego concepciones políticas, ideológicas e incluso morales a menudo contrapuestas, haciendo de éste un campo especialmente fértil para el abuso y los dobles raseros. En este contexto, conviene preguntarse acerca del motivo último que fundamenta la búsqueda de una noción universal de “terrorismo”. La finalidad de este capítulo consiste, precisamente, en analizar detenidamente las posturas relativas a la conveniencia de una definición legal internacional de terrorismo, sopesando sus bondades y sus inconvenientes, cuestionando su fundamento último y explorando al mismo tiempo las causas que podrían subyacer a los repetidos fracasos que acumula esta empresa.

4.2. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DEL TERRORISMO

En contra de lo que coloquial y habitualmente se piensa, el terrorismo internacional no irrumpió en la realidad política y social internacional con el 11-S. Sin embargo, la impresión de que aquel fatídico día supuso la entrada a una “nueva” era en la que había que enfrentar un “nuevo” enemigo -de gravedad y magnitud sin precedentes- se instaló en la mentalidad de la sociedad occidental de forma generalizada a la vez que

difícilmente remediable. Nada de lo anteriormente sufrido a causa del terrorismo –nos decían- se parecía a la masacre del World Trade Center, que destapaba la vulnerabilidad del primer mundo y exhibía la capacidad del terrorismo, no sólo de causar muertes, sino de sembrar el terror a lo largo y ancho del globo gracias al impacto mediático que tuvo aquella matanza. A partir de entonces, el término “terrorismo” se pone de moda en la agenda política y mediática. El discurso político posiciona desde ese momento al terrorismo como la mayor amenaza para la paz y para la seguridad y emerge así como el principal y más popular argumento a la hora de justificar acciones y prácticas cuya legalidad, como se ha visto en los capítulos precedentes, es, cuando menos, dudosa.

Pero ¿qué es terrorismo?, ¿quién es terrorista? El empleo recurrente del adjetivo “terrorista”, ya no sólo en el lenguaje mediático o coloquial, sino desde esferas de poder y responsabilidad en las que (debería presumirse que) cada palabra tiene un significado jurídico concreto y no otro -y, por ende, cada término tiene unas consecuencias jurídicas y no otras-, debe generar, cuando menos, cierto recelo. Si queremos saber qué es terrorismo atendiendo al significado que se le ha dado en los últimos años, nos encontramos con que la expresión se ha empleado en distintos rincones del planeta para acuñar, bajo una misma etiqueta, fenómenos muy diversos entre sí, produciéndose una generalización tan amplia del término que, además de impedir la comprensión del complejo fenómeno que realmente hay que combatir, ha contribuido a desgastar progresivamente el significado de las palabras asociadas a la violencia.

Estos usos o significados recientes del término, empleados inicialmente en discursos políticos y mediáticos,

encuentran su plasmación en el boom legislativo post 11-S que se produce bajo los efectos de la perturbadora sensación de alarma y miedo a la que nos hemos referido, pero también auspiciado por la propia ONU que, tras los atentados de Washington D.C. y Nueva York, instó repetidamente a los Estados a adoptar medidas tanto políticas como legislativas para combatir el terrorismo. Como se señalará en este capítulo, las definiciones contenidas en este heterogéneo panorama normativo dejan mucho que desear desde el punto de vista de su adecuación a los estándares legales mínimos propios de cualquier ordenamiento jurídico; y éste será, de hecho, uno de los dos principales motivos invocados por quienes reclaman un instrumento internacional que defina qué es terrorismo. Por otro lado, no son pocos los que echan en falta que el Derecho Penal Internacional tipifique el delito de terrorismo como crimen internacional de forma autónoma, para lo cual, en virtud del principio de legalidad, sería igualmente preceptivo consensuar previamente una definición legal del crimen en cuestión.

La práctica de emplear o amenazar con emplear el terror para influenciar coercitivamente las decisiones del otro es tan antigua como la historia de la guerra⁵⁰⁹. Como señala Colombo, el “uso consciente” de la palabra *terror* se remonta a tiempos inmemoriales en el léxico religioso –Antiguo Testamento–, en el psicológico, en el estético y en el jurídico –a partir del Derecho Romano, se precisa el término técnico *territio*: una forma de intimidación de los acusados; y, en el léxico político, el término *terrore* aparecerá con Hobbes referido al medio de que dispone el poder coercitivo para asegurarse la obediencia de sus súbditos –

⁵⁰⁹ A. Colombo, “El terrorismo entre legalidad y legitimidad...”, *cit.*, p. 78.

en un sentido, por tanto, positivo⁵¹⁰. A partir del siglo XVII, sin embargo, el término comenzará a adquirir una connotación cada vez más negativa, entendiéndose a partir de entonces como manifestación de la tendencia de los poderes al despotismo⁵¹¹. “El Gran Terror” de la Revolución Francesa del siglo XVIII se considera el origen del terrorismo político moderno y, a partir de este momento, el término se emplearía para expresar precisamente la violencia que el Estado empleaba contra el pueblo⁵¹². Por tanto -continúa Colombo-, contrariamente a lo que sugiere el discurso que describe al terrorismo como “un fenómeno asociado *ab origine* al fundamentalismo religioso”, el terrorismo, “como práctica política violenta consciente”, nace en el seno de la Revolución Francesa⁵¹³. Pero si, en un principio, los términos “terror” y sus derivados se reservaban para designar el comportamiento de quien ejercitaba el poder, con el avance del siglo XIX, y ya entrado el siglo XX, el “terrorismo” pasaría a caracterizar paradigmáticamente el comportamiento de actores no estatales que llevaban a cabo asesinatos políticos o ideológicos, como sucedió con el atentado que desencadenó la Primera Guerra Mundial.

⁵¹⁰ *Ibid.* p. 79.

⁵¹¹ La influencia decisiva en este cambio de tendencia sería, según Colombo, Montesquieu. *Ibid.*, p. 79.

⁵¹² *Ibid.*, p. 79. Para completar la visión histórica de la evolución del fenómeno y del término pueden consultarse: F. Vacas Fernández, *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Valencia, Tirant Monografías, 2011; C. Ramón Chornet, *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Banch, 1993; F. Reinares Nestares, “¿A qué llamamos terrorismo internacional?” en J.M. Martínez de Pisón Caveró (coord.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 91-99.

⁵¹³ A. Colombo, “El terrorismo entre legalidad y legitimidad...”, *cit.*, p. 79.

Por entonces, los Estados eran aún protagonistas exclusivos del ordenamiento internacional, únicos sujetos de derecho en el sistema internacional y portadores únicos del poder y de la soberanía. Esta apropiación del poder de decidir sobre el significado de lo legítimo y lo ilegítimo (y, por tanto, de lo que es terrorismo y lo que no), derivó en un uso unilateral y unidireccional del término por parte de los Estados, produciéndose así un divorcio entre Estado –paradigma de la violencia legítima- y terrorismo –paradigma desde entonces de la violencia ilegítima-⁵¹⁴. Finalmente, con la caída de los grandes imperios coloniales se produjo, a mediados de siglo XX, un boom de los movimientos de liberación nacional, también calificados como “terrorismo” en aquella época (FLN Argelia, EOKA Chipre). El terrorismo en Oriente Medio sólo surgirá a finales de los 60, y no será hasta los 90 cuando adquiera el tinte religioso o fundamentalista que persiste en el significado dominante de nuestra época⁵¹⁵.

Este breve repaso de la evolución histórica y semántica del término hasta finales del siglo pasado -que empezó siendo sinónimo de lo que hoy llamamos “terrorismo de estado” para convertirse precisamente en algo que acabó refiriéndose a la conducta de grupos no estatales-, sirve para adelantar la siguiente observación: por un lado, que el terrorismo como

⁵¹⁴ *Ibid.*, pp. 79-82.

⁵¹⁵ Ramón Chornet diferencia 5 etapas en la historia de la violencia política: 1) terrorismo institucional o de Estado, 2) terrorismo ideológico, 3) terrorismo nacionalista/independentista, 4) movimientos de liberación nacional, 5) terrorismo contemporáneo. En Ramón Chornet, C., *Terrorismo y respuesta de fuerza...*, *cit.*, pp.36-37. Véase también Vanaik, A. “Terrorismo político y proyecto imperial estadounidense”, en Vanaik, A. (ed.), *Casus Belli, cómo los EEUU venden la guerra*, TNI e-books. Pp. 100-123; y Halliday, F., “Terrorism in historical perspective”, sitio web de Open Democracy, 22 abril 2004, https://www.opendemocracy.net/conflict/article_1865.jsp (Última consulta abril 2017).

fenómeno político no es, ni mucho menos, una novedad de nuestros días y, por otro lado, que la evolución del significado del término, lejos de ser inocente y casual, responde a una determinada visión dominante de las cosas que se refleja en el lenguaje⁵¹⁶.

La novedad ahora llegaría al parecer de la mano de dos rasgos específicos que marcarían un punto de inflexión y que caracterizarían el terrorismo que hoy se invoca, en cuanto fenómeno violento distinto: en primer lugar, la internacionalización del terrorismo, ahora representado por redes transnacionales que operan desterritorializadamente; y en segundo lugar, la orientación fundamentalista –más concretamente, islamista- de los atentados cometidos por dichos grupos⁵¹⁷. Ya en los 90 empezaron a advertirse señales de la internacionalización de grupos terroristas⁵¹⁸, fundamentalmente tras la oleada de secuestros aéreos por parte de grupos palestinos. Paralelamente, desde la perspectiva occidental, el fundamentalismo religioso fue desplazando al nacionalismo

⁵¹⁶ J.M. Paredes Castañón, *Op. cit.*, p. 104.

⁵¹⁷ La identificación de estos dos elementos como rasgos novedosos se recoge y explica más detalladamente en: F. Reinares Nestares, “¿A qué llamamos terrorismo internacional?”, *cit.*, pp. 91-99. También se presta especial atención a ambos elementos en H. Münkler, *The new wars*, Cambridge, Malden (Mass.), Polity, 2005, pp. 104 y siguientes.

⁵¹⁸ Como señala Reinares, es frecuente que los códigos legales y convenios internacionales confundan o usen indistintamente “terrorismo internacional” con “terrorismo transnacional”, y las definiciones doctrinales o académicas suelen eludir concretar o se limitan a señalar que el terrorismo internacional equivale a la mera externalización de este tipo de violencia. Sin embargo, para Reinares terrorismo transnacional sería el que atraviesa fronteras estatales porque quienes lo ejecutan desarrollan actividades violentas en más de un país. Y terrorismo internacional es el que se practica con la intención de afectar la estructura y distribución del poder en regiones enteras del plantea o en la sociedad mundial misma. *Vid.* F. Reinares Nestares, “¿A qué llamamos terrorismo...?”, *cit.*, pp. 91-94.

como principal “foco” de terrorismo. El atentado en Jobar en 1993 y los atentados a las Embajadas de Kenia y Tanzania en 1998 convirtieron al terrorismo islámico en una de las prioridades del gobierno estadounidense, especialmente de la Administración Clinton, que ya en el año 96 comenzó a referirse al terrorismo como “el enemigo de nuestra generación” en una serie de discursos en múltiples y diversos foros⁵¹⁹. A los “nuevos” terroristas les caracterizaba el hecho de compartir una determinada visión del credo islámico: un salafismo extremista y violento, basado en una lectura rigorista e intemporal del Corán y los hadices y en un exacerbado odio hacia los infieles⁵²⁰. Estos elementos son los que justificarán un progresivo cambio en el lenguaje político que, sin embargo, sólo cobrará impulso y ganará difusión a raíz de los atentados de las Torres Gemelas. A partir de entonces, cuando se hable de “terrorismo” se estará aludiendo, casi exclusivamente, al terrorismo internacional de orientación islamista, y al Qaeda y el Estado Islámico emergerán como principales exponentes de un terrorismo que, como se está poniendo de manifiesto, se ha convertido en el pretexto más empleado a la hora de justificar toda una sucesión de propuestas políticas y jurídicas problemáticas.

⁵¹⁹ Por ejemplo, el discurso en la Universidad de George Washington en 1996 o en la Asamblea General de Naciones Unidas. Clinton fue el primero en emplear la expresión “guerra contra el terror” antes de que se pusiera de moda, durante un discurso en la Universidad George Washington en abril de 1996 (en una época, recordemos, en la que la modalidad de “guerra humanitaria” estaba en el centro del debate sobre las justificaciones de las guerras y en el que el discurso de la guerra justa cobraba especial protagonismo). Citado en R. A. Clarke, *Contra todos los enemigos*, Madrid, Taurus, 2004, p. 167.

⁵²⁰ F. Reinares Nestares, “¿A qué llamamos terrorismo...?”, *cit.*, p.97. Para conocer más sobre la violencia y el islam, puede consultarse la obra de Oliver Roy, *L’islam mondialisé*, Paris, Editions du Seuil, 2002, pp.133-163.

La búsqueda del consenso para una definición internacional...

Más allá del terrible número de muertes y de las consecuencias materiales del 11-S, el impacto psíquico que tuvo aquella masacre en la mentalidad occidental, en términos de ansiedad y miedo, no lo había producido ningún otro atentado previamente. Tal vez sea aquí donde radique verdaderamente la singularidad o, si se quiere, la novedad del llamado terrorismo islámico: en su capacidad de propagar el mensaje de miedo gracias a su perfecta combinación de violencia y presentación mediática, que gestionan minuciosamente con el resultado inmediato de que el terror y la alarma se extienden apresuradamente⁵²¹. Ahora bien, conviene tener presente que dicha capacidad de propagación mediática no es tanto una característica exclusivamente atribuible a estos grupos, sino más bien un elemento propio de la época en la que vivimos, y que unos y otros potencian en su propio interés. Precisamente, de este trauma de saberse vulnerables, de esta incómoda impresión de inseguridad, es de lo que se valdrán los Estados Unidos para justificar todo el discurso antiterrorista desplegado desde entonces y su consecuente batería de medidas políticas, económicas y legales⁵²². La propia Organización de Naciones Unidas, profundamente consternada por el drama del 11-S, se volvió especialmente fecunda en resoluciones que calificaban el terrorismo internacional como una de las mayores amenazas a la paz y seguridad internacional y que llenaban de consecuencias jurídicas las conductas relacionadas con el

⁵²¹ Para Münkler, “the need for ever more spectacular media effects and the religiously driven erosion of traditional limits on violence have come together”. En H. Münkler, *Op. cit.*, pp.112-114. El periodista Abdel Bari Atwan en su libro sobre el Estado Islámico, habla de un «califato digital». ABC, Julio Tovar, 24 mayo 2015, <http://www.abc.es/internacional/20150523/abci-estado-islamico-bomba-201505231601.html> (Última consulta abril 2017).

⁵²² Al papel que juega este discurso, y a los riesgos que entraña, le dedicaré más atención en el Capítulo V.

terrorismo, dejando sin embargo en manos de los Estados la determinación o calificación de qué es terrorismo.

4.3. LA AUSENCIA DE UNA DEFINICIÓN CONVENCIONAL O CONSUECUDINARIA

A pesar de los numerosos intentos llevados a cabo a lo largo del siglo XX⁵²³, el terrorismo es un fenómeno que carece de definición jurídica universal en su vertiente internacional. Dicha ausencia no ha impedido que se hayan tomado numerosas medidas contra el mismo, principalmente por la vía de los tratados y definiciones sectoriales⁵²⁴. Tras el 11-S, el Consejo de

⁵²³ Ordenados cronológicamente, destacamos las siguientes iniciativas a lo largo del pasado siglo: La Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo de 1937, que definía el terrorismo como: “*all criminal acts directed against the State and intended or calculated to create state of terror in the minds of particular persons or a group of persons or the general public*” (la Convención nunca llegó a ser adoptada). En 1972 se creó un comité ad hoc en Naciones Unidas para abordar el asunto de la definición en la XXVIII sesión de la Asamblea General. El comité elaboró un informe que no lograba los objetivos impuestos, pero sirvió para subrayar los problemas existentes en torno al consenso. En 1994, se aprobó la “Declaración de medidas para la eliminación del terrorismo internacional” que, aunque no era vinculante, fu acogida por la Asamblea General de la ONU. En ella se definía el terrorismo como “*criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes*”, y consideraba dichos actos como “*in any circumstances unjustifiable whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other nature*”, en un intento de separar el terrorismo del problema del valor de los juicios sobre las razones que lo motivan. Un repaso detallado de la trayectoria de la normativa internacional a este respecto puede verse en H. Duffy, *Op. cit.*, pp. 19-20.

⁵²⁴ Convenio sobre las infracciones y ciertos actos de terrorismo cometidos a bordo de aeronaves (art.11), 1963; convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (art.1), 1970; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (art.1), 1971; Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos (art.2), 1973; convención contra la toma de rehenes (art.1), 1979; Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (art.7), 1980; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los

La búsqueda del consenso para una definición internacional...

Seguridad de Naciones Unidas urgió a los Estados a ratificar los instrumentos existentes y a dar apoyo a los que estaban en proceso -en una clara referencia al nuevo intento de definición universal, cuya negociación sigue estando bloqueada-. Cualquier intento de acercar posiciones pasaba por evitar pronunciarse sobre las cuestiones problemáticas: fundamentalmente autoría y motivaciones, con el consecuente perjuicio para el principio de legalidad y seguridad jurídica. El Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, desafíos y el cambio proponía en su informe *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos* la siguiente definición de terrorismo:

“Cualquier acto, además de los ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, *destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*”⁵²⁵.

aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional (art. 1), 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (art. 3), 1988; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (art.2), 1988; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (art. 2), 1991; Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art.1), 1997; Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art.2), 1999; Convenio Internacional para la represión del terrorismo nuclear (art.2), 2005.

⁵²⁵GANADC, *Un mundo más seguro*, párrafo. 164.

Significativamente, esta definición, que es hasta la fecha el último intento en la dirección de alcanzar una definición universal, omite cualquier referencia al elemento subjetivo de las posibles motivaciones de los sujetos -ya sean ideológicas o religiosas- y, en definitiva, omite cualquier caracterización del perfil del autor.

Por el contrario, la definición de terrorismo adoptada en el seno de la Unión Europea, sólo ocho días después del 11-S, señalaba que debían recogerse como delitos de terrorismo:

“Los actos intencionados a los que se refieren las letras a) a i) [del mismo artículo] tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor lo cometa con el fin de: i) intimidar gravemente a una población, ii) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o iii) *desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas, sociales de un país o de una organización internacional*”⁵²⁶.

⁵²⁶ Artículo 1 Decisión marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (cursivas mías). Hubo una segunda Decisión marco, adoptada en 2008 para introducir una enmienda por la que el Consejo establecía las obligaciones de los Estados de “tipificar la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas”. Decisión marco del Consejo 2008/919/JAI. , de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo.

La búsqueda del consenso para una definición internacional...

La Liga de Estados Árabes adoptó en 1998 la Convención Árabe sobre Supresión del Terrorismo, cuyo artículo 1.2 incluía la siguiente definición:

“Cualquier acto o amenaza de violencia, *cualquiera que sean sus motivos o propósitos*, que es realizado como parte de una agenda criminal individual o grupal y que busca genera el pánico (...) causándoles miedo e hiriéndolas, o que pone sus vidas, libertad y seguridad en peligro” ⁵²⁷.

La definición de terrorismo de la Conferencia Islámica, por su parte, establece que:

“Terrorismo significa cualquier acto de violencia o amenaza de violencia *sin importar sus motivos o intenciones* que busca realizar un plan criminal colectivo o individual con el objeto de aterrorizar a la gente, amenazar con dañarla, o poner en peligro sus vidas, honor, libertades, seguridad o derechos (...) o amenazar la estabilidad, integridad territorial, unidad política o soberanía de estados independientes”⁵²⁸.

Ante este variado panorama normativo, marcado por la ausencia de un tratado que contenga una definición universal y

⁵²⁷ Convención Árabe para la Supresión del Terrorismo, adoptada por el Consejo de Ministros Árabes del Interior y por el Consejo de Ministros Árabe de Justicia, 22 de abril de 1998, El Cairo. *Cursivas mías.*

⁵²⁸ Organización de la Conferencia Islámica (OCI), Convención de la OCI para la Lucha contra el Terrorismo de 1 de julio de 1999. *Cursivas mías.*

no sectorial ni regional, numerosos expertos han apuntado a la gradual cristalización de una norma consuetudinaria que reflejaría una definición de terrorismo acogida por la mayoría de los Estados⁵²⁹ y que tendría, al menos, los siguientes elementos:

1. La perpetración de un acto criminal. La mayor parte de los tratados contemplan este elemento como un rasgo esencial.

2. La intención de crear miedo entre la población. En relación a este elemento, mientras que algunos instrumentos desarrollan detalladamente el aspecto subjetivo de las intenciones y las motivaciones, otros optan por centrarse en la conducta material y evitar exigir motivaciones políticas o religiosas específicas. No obstante, sí se identificaría, según Cassese, el aspecto común de la intención de crear y difundir terror y de coercer a las autoridades para hacer o abstenerse de hacer algo.

3. El acto debe tener un elemento transnacional⁵³⁰. Típicamente, este “elemento” será una conexión entre perpetradores, víctimas o medios, de manera que afecten a dos o más países, pero

⁵²⁹ Para un estudio en profundidad en torno a una posible definición consuetudinaria de terrorismo, me remito a F. Vacas Fernández, *Op. cit.* La postura de Vacas es la de que una definición universal de terrorismo es posible y necesaria. Otro estudio detallado al respecto lo encontramos en la obra de Cassese, defensor de la existencia de una definición de terrorismo en el derecho internacional consuetudinario. Véase *Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging*, Special Tribunal for Lebanon, Before the Appeals Chamber. STL-11-01/I/C/R176bis, párrafo 83. En adelante, *Interlocutory decision STL*.

⁵³⁰ *Interlocutory decision STL*, párrafo 85.

La búsqueda del consenso para una definición internacional...

puede también cumplirse cuando los efectos del acto se hacen notar en más de un país⁵³¹.

No obstante, la profunda controversia que a día de hoy persiste en torno a la autoría –concretamente en torno al terrorismo de estado y al terrorismo de los movimientos de liberación nacional- junto con las discrepancias que afloran a la hora de discutir motivaciones específicas, nos obligan a constatar la fragilidad de un consenso que, de existir, dejaría fuera cuestiones fundamentales y, por tanto, resultaría insuficiente para proclamar la emergencia de una norma consuetudinaria⁵³². A dichos elementos problemáticos vamos a dedicar algo más de atención en las próximas páginas.

4.4. ¿UN CRIMEN INTERNACIONAL DE TERRORISMO?

Así las cosas, el reto consistirá en analizar en qué situación nos deja la falta de una definición universal y cómo solventar los efectos asociados. ¿Qué supone esta ausencia? ¿Qué efectos conlleva? ¿Es necesario e imperativo el consenso? ¿Es posible el acuerdo?

Para muchos, los atentados del 11-S supusieron un punto de inflexión decisivo en el curso de un debate que, aunque ya existía, no había acaparado tanto interés. El 11-S irrumpe, según este razonamiento, para mostrarnos, con más claridad que nunca, la necesidad de desarrollar nuevas investigaciones y

⁵³¹ *Ibid.* párrafo 9.

⁵³² H. Duffy, *Op. cit.*, p. 40.

adoptar una definición universal de terrorismo. Lo que ocurre tras los atentados no hace sino confirmar la urgencia de alcanzar una definición, pues su existencia o ausencia afecta a valores esenciales del ordenamiento jurídico, como son el principio de legalidad, la seguridad jurídica y los derechos y garantías fundamentales de los individuos⁵³³.

Desde el punto de vista del Derecho penal, la necesidad de dotar a la Corte Penal Internacional (CPI) de jurisdicción en materia de terrorismo sería un argumento que justificaría por sí solo la pertinencia de consensuar una definición internacional de terrorismo. Este razonamiento parece asumir mecánicamente que la ausencia de un tipo penal específico de terrorismo en el Estatuto de la CPI implica automáticamente una intolerable ausencia de responsabilidad penal del individuo en este ámbito, es decir, la impunidad de quien comete un acto de este tipo. Sin embargo, la ausencia de una definición de terrorismo en el Estatuto de la CPI no significa que actos como los del 11-S no estén criminalizados y penados por el Derecho. Al contrario, estos actos están cubiertos por un elevado número de convenciones sectoriales específicas en el ámbito internacional, hasta el punto de que es difícil imaginar una forma de acto terrorista no cubierta por alguna de estas convenciones⁵³⁴. Es cierto que estas convenciones sólo vinculan a los Estados parte pero, incluso en la circunstancia de que el acto no esté contemplado por estas convenciones o de que dichos instrumentos no sean aplicables, los actos de terrorismo estarán tipificados en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. Si no lo están como delito específico de terrorismo, sin duda sí lo

⁵³³ F. Vacas Fernández, *Op. cit.*, p. 31.

⁵³⁴ H. Duffy, *Op. cit.*, p. 41.

estarán los delitos de asesinato, secuestro, coacción o cualquier otro delito en que consista el acto material en cuestión⁵³⁵. La pregunta de fondo que subyace en este punto es, por tanto: ¿por qué deberíamos tipificarlo de manera independiente? ¿Qué motivos u objetivos fundamentan esta postura? Si el rasgo diferenciador del terrorismo respecto de otros tipos penales es únicamente el elemento subjetivo, ¿cómo tipificarlo de forma autónoma sin incurrir en una estigmatización de determinadas motivaciones o en la discriminación de ciertos credos, creencias o ideologías? Mientras que para unos es necesario distinguir el terrorismo de cualquier otro acto criminal en base a su naturaleza, objetivo, participantes o víctimas⁵³⁶, para otros no existen argumentos que justifiquen un tratamiento diferenciado del terrorismo⁵³⁷; de hecho, no sería su especial naturaleza ni sus componentes lo que estaría justificando un enfoque separado, sino el miedo y el interés político de los Estados⁵³⁸.

Pero antes de abordar la difícil cuestión de la definición, habría que valorar previamente si existe consenso sobre la naturaleza jurídica del terrorismo como crimen internacional. En este sentido, parece generalizada la consideración de que los actos de terrorismo sí atacan o amenazan una serie de valores y bienes jurídicos internacionales como los derechos humanos, las libertades fundamentales o la integridad territorial. En la

⁵³⁵ La detonación de explosivos en un lugar público engloba, por ejemplo, posesión ilegal de explosivos, destrucción de propiedad privada, asesinato, etc.

⁵³⁶ F. Vacas Fernández, *Op. cit.*

⁵³⁷ H. Duffy, *Op. cit.*; A. Conte, *Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism: Commonwealth Approaches: The UK, Canada, Australia and New Zealand*, London/New York, Springer, 2010.

⁵³⁸ A. Conte, *op.cit.*, p.18: "it is not the special nature or components of terrorism what justifies a separate approach but fear and political interest of States".

resolución de la Asamblea General de la ONU de 8 de septiembre de 2006, que contiene la Estrategia Global de la ONU contra el terrorismo, se enumeran expresamente los valores de la comunidad internacional que se ven violentados por el terrorismo: “los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizando los gobiernos legítimamente constituidos”⁵³⁹. Pero para que la tipificación del terrorismo como un crimen internacional autónomo tenga sentido no basta con probar la lesión efectiva de determinados bienes jurídicos sino que hay que acreditar además su desprotección, algo que resulta difícil de sostener teniendo en cuenta que el ataque a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados está ya expresamente contemplado por la vía de otros delitos. Añade entonces la fórmula de la Asamblea General que el terrorismo amenaza también valores desprotegidos como “la seguridad y estabilidad de los Estados” o “la democracia”⁵⁴⁰, y es aquí donde se produce un sesgo problemático: la AG asume que el Estado democrático es víctima del terrorismo soslayando sin embargo que también las autoridades políticas o militares de un Estado pueden valerse de su supremacía para infundir terror entre su propia población o la de otro Estado.

Es cierto que la omisión de lo que comúnmente entendemos como “terrorismo de Estado” podría justificarse en un primer momento señalando que existen otros mecanismos expresamente diseñados para depurar la responsabilidad de los Estados por ilícitos internacionales.

⁵³⁹ *Estrategia global de Naciones Unidas contra el terrorismo*, A/RES/60/288, de 8 de septiembre de 2006, parte enunciativa, p. 2.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 2..

La búsqueda del consenso para una definición internacional...

Sin embargo, no es menos cierto que existen también otras vías en el ordenamiento jurídico para exigir responsabilidad penal a los individuos que comenten este tipo de actos, lo cual da cuenta, por un lado, de la ya mencionada (re)apropiación por parte del Estado de la definición de terrorismo⁵⁴¹ y, por otro, del uso perverso que se hace de este poder de definición para estigmatizar, unidireccionalmente, un tipo de violencia muy concreta en función no del hecho sino de la puesta en riesgo de determinados valores y de la actitud subjetiva del autor⁵⁴².

Por otro lado, en el proceso de criminalización del terrorismo en el sistema jurídico actual, destaca su tratamiento separado en función del contexto en que se produce: el terrorismo en tiempos de guerra por un lado –clara y expresamente penado-, y el terrorismo en tiempos de paz por otro –mucho más controvertido-⁵⁴³. Ya desde el periodo de Entreguerras, ante la preocupación que suscitaban los métodos de hacer la guerra puestos en práctica durante la Primera Guerra Mundial, comenzaron a prohibirse los actos de

⁵⁴¹ A. Colombo, “El terrorismo entre legalidad y legitimidad...”, *cit.*, p.106 y 109.

⁵⁴² Cancio Meliá, en su denuncia al reciente fenómeno de la “expansión” del derecho penal, constata que la actividad legislativa en materia penal de los últimos años ha introducido un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “derecho penal de la puesta en riesgo”. Véase M. Cancio Meliá, “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 57-102. Denuncia también la vulneración del principio del hecho del Derecho penal ante la nueva tendencia del sistema penal orientada más a la “actitud interna” del autor que al hecho. No es (sólo) un determinado hecho lo que está en la base de la tipificación de un delito sino ahora también aquellos elementos que nos permiten caracterizar al autor como perteneciente a la categoría de los “enemigos”, conformando así un derecho penal de autor. *Ibid.*

⁵⁴³ Otra muestra más de la relevancia que adquiere la labor de caracterización del contexto que hemos tratado en el capítulo II.

terrorismo a través de convenios de Derecho Internacional Humanitario⁵⁴⁴. La Conferencia de Paz de París, en su informe de 1919, identificaba el “terrorismo sistemático” contra la población civil como una categoría específica de “crímenes de guerra”⁵⁴⁵. En el Proyecto de la Haya de normas de la guerra aérea presentado en 1923 por la Comisión de Juristas de la Conferencia de Washington, se proponía prohibir el bombardeo aéreo con el propósito de aterrorizar a la población civil, pero el proyecto no fue aprobado porque algunos Estados, como EE.UU. o Francia, no estaban dispuestos a prohibir un método de hacer la guerra tan “eficiente”⁵⁴⁶. No fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando se empezó a contemplar expresamente el terrorismo en los tratados de Derecho Internacional Humanitario⁵⁴⁷.

Sin embargo, fuera de este contexto de guerra y de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, no existe un crimen internacional de terrorismo. Entre los puntos propuestos para la agenda de la conferencia de revisión del Estatuto de Roma, en 2010 en Kampala, estaba la discusión de la inclusión del crimen de terrorismo en el artículo 5 del Estatuto, pero el asunto se cayó de la agenda debido a falta de consenso entre los

⁵⁴⁴ F. Vacas Fernández, *Op. cit.*, p. 214.

⁵⁴⁵ *Idem.*

⁵⁴⁶ Como recuerda Saul, en 1926, la US Air Service Tactical School se refirió al bombardeo como un arma eficiente para debilitar la moral del enemigo. Véase B. Saul, *Defining terrorism in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p.275.

⁵⁴⁷ Aunque los Tribunales de Nuremberg no incluían el terrorismo en sus estatutos, sí hubo numerosas referencias a lo que denominaron “terrorismo nazi” en los juicios. En los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, el terrorismo se prohíbe expresamente en los artículos 33.1 del IV Convenio de Ginebra y artículo 4.2. del Protocolo Adicional II.

Estados⁵⁴⁸. Junto con los crímenes de guerra -entre los cuales sí se encontraría el recurso al terrorismo-, la CPI tiene competencia para los delitos de genocidio, lesa humanidad y agresión, que penan determinadas conductas que atentan contra la integridad territorial de los Estados, los derechos y libertades fundamentales de los individuos.

Pero, mientras que la condena al “terrorismo” –en sus múltiples formas y manifestaciones- es prácticamente unánime en todos los rincones del planeta, persisten las divisiones a la hora de consensuar una definición común del término. ¿Cuáles son los elementos de la definición que más disenso generan? Por un lado, nos topamos con la discusión –ya apuntada- relativa al término “internacional”, pues resulta cada vez más difícil separar, en categorías distintas, el terrorismo internacional del terrorismo doméstico. Ramón Chornet plantea que “el denominado ‘elemento internacional’ quizá sea, si no un falso problema, al menos una cuestión planteada incorrectamente”⁵⁴⁹. Cassese, que es un ferviente defensor del reconocimiento del terrorismo internacional como un crimen internacional *per se*, exige que se cumplan los siguientes requisitos: i) que los efectos del acto sean transfronterizos, ii) que un Estado ajeno apoye o tolere el acto, iii) que suponga una amenaza para la paz o afecte a los intereses de la comunidad internacional y que iv) sea de

⁵⁴⁸ Se trataba de una propuesta formulada por Holanda. *Informe sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 31 mayo-11 junio 2010, Uganda. https://www.iccnw.org/documents/RC_Report_finalweb.pdf. (Última consulta abril 2017).

⁵⁴⁹ C. Ramón Chornet, *Terrorismo y respuesta de fuerza...*, cit. p. 21.

especial gravedad o seriedad⁵⁵⁰. Sin embargo, el Consejo de Seguridad ha adoptado la tendencia contraria al considerar que incluso el terrorismo meramente doméstico constituye una amenaza para la paz y seguridad internacionales⁵⁵¹. Según este razonamiento, en un mundo interdependiente como el nuestro, en el que los efectos de cualquier acto terrorista pueden ser sentidos más allá de sus fronteras, carece de sentido establecer disquisiciones de este tipo (entre lo doméstico y lo global). Además, se señala que es cierto que la escala, intensidad o gravedad del eventual ataque deberían ser elementos suficientes -como lo son en el caso de crímenes contra la humanidad o genocidio- para llamar la atención de la jurisdicción penal internacional⁵⁵², con independencia del elemento geográfico.

Por otro lado, tropezamos también con el debate, mucho más polémico y complejo para el Derecho, del crimen específico de terrorismo y sus aspectos subjetivos -especialmente, las motivaciones-, un aspecto claramente impulsado a la luz de la reciente moda de incluir este elemento como rasgo definitorio clave y que es el que más oposición genera. Son muchos los expertos que defienden la pertinencia de exigir una motivación ideológica o política que guíe los actos con vistas a recoger la especial condena que, al menos en el plano moral y social, se asigna a determinadas motivaciones -y, en definitiva, a determinadas ideologías o creencias-⁵⁵³. No hay duda de que

⁵⁵⁰ A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p.129.

⁵⁵¹ Me remito al punto 1.5.2 del Capítulo I de este mismo trabajo.

⁵⁵² A. Bianchi y Y. Naqvi, *International Humanitarian Law...*, *cit.*, p. 274

⁵⁵³ Saul: "it is preferable to establish terrorism as a separate category of international crime (...) this would preserve the distinct moral condemnation attached to terrorism in international community". En B. Saul, *Op. cit.*, p. 29. Véase también J. Paust, "Terrorism as an

estudiar y comprender las causas internas y las motivaciones – más allá de las intenciones directas- que empujan a un individuo a cometer un determinado acto delictivo es muy pertinente de cara a diseñar una estrategia adecuada para combatirlos. Desde el punto de vista social y político, nada tiene que ver el problema de un individuo que se suicida para acabar con su desgraciada vida con el problema que representa el individuo que se inmola para contribuir a la guerra santa contra los infieles. Estamos ante problemas radicalmente distintos que requieren soluciones decididamente distintas. Ahora bien, ¿cómo debemos afrontar el problema de las causas y motivaciones? ¿Debemos trasladar al ordenamiento jurídico penal –es decir, reflejar jurídicamente- ese extra de condena social y moral que se asigna a determinadas motivaciones? Si creamos un tipo penal que recoja el especial estigma de todo acto y resultado motivado por cuestiones de fe o ideología, o si reflejamos esta condena moral y política en un aumento de la pena en el caso de que concurren unas motivaciones religiosas muy concretas – islamistas, para ser más exactos- estaríamos penetrando en el delicado y problemático terreno del derecho penal discriminatorio (bien sea por motivos culturales, políticos o, como en este caso, religioso), pues estaríamos estableciendo, como señala Carnevali, “territorios diferenciados, especies de pluralismos jurídicos, injustificables desde la perspectiva del principio de igualdad”⁵⁵⁴.

La consecuencia de trasladar al Derecho penal la especial condena que desde un plano inicialmente político se decide atribuir a una determinada “causa”, a una determinada

international crime” in G. Nesi (ed.), *International cooperation in counter-terrorism*, Aldershot, Ashgate 2006, pp. 25-31.

⁵⁵⁴ R. Carnevali Rodríguez, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno” en *Política Criminal*, No.3, 2007, p.26.

“motivación” o a una determinada “creencia” es, inevitablemente, un derecho penal que no hace sino contribuir a la demonización⁵⁵⁵ de un grupo de la población que ha sido identificado como “enemigo” desde esferas políticas, y es, también, un derecho penal que promueve una especie de cruzada –ahora también jurídica- contra “malhechores archimalvados”⁵⁵⁶.

Estaríamos, de nuevo, ante una perversa y posiblemente (mal)intencionada combinación del paradigma bélico –enemigo- con el paradigma criminal –delincuente-, una combinación que consiste en descartar de cada paradigma aquellos elementos que no interesan y reivindicar aquellos que convienen. Por otro lado, estaríamos también ante una preocupante interferencia del paradigma de la guerra justa en el sistema penal, pues se estaría discriminando jurídicamente, por la vía de las “motivaciones”, en función de la mayor o menor condena moral y política atribuida a la causa del “otro”⁵⁵⁷. Recalca Cancio Melià que este modelo de sistema penal no sólo es problemático por su atribución de perversidad al agente –al terrorista-, sino que también resulta

⁵⁵⁵ Según Cancio Melià, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal supone una atribución de perversidad al agente, la demonización del agente, que ya no es considerado como un igual sino como un “otro”. M. Cancio Melià, “De nuevo: ¿”Derecho Penal” del Enemigo?”, *cit.*, p. 120. Con carácter general sobre el fenómeno de “demonización”, como parte de un nuevo paradigma criminológico centrado en la noción de “exclusión”, puede verse J. Young, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Marcial Pons, 2003.

⁵⁵⁶ M. Cancio Melià, “De nuevo: ¿”Derecho Penal” del Enemigo?”, *cit.*, p. 79.

⁵⁵⁷ Portilla denuncia también este “reingreso del paradigma de la guerra justa en el sistema penal” en G. Portilla Contreras, “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del enemigo”, en M. Cancio Melià, (coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol 2, 2006, pp. 657-686. Sobre los problemas que plantea esta “realimentación recíproca” entre el modelo bélico y el penal, puede verse también R. Campione y A. Aldave, “Normas y discursos...”, *cit.*

cuestionable por su dudoso respeto al principio de legalidad: “no se incriminan hechos propiamente dichos, sino conductas cuya relevancia reside fundamentalmente en su contenido simbólico. Por otro lado (...) frecuentemente se utilizan términos tan vaporosos y ambiguos que se genera la sensación de que el legislador ha querido eludir conscientemente las complejidades derivadas del mandato de determinación que conlleva el principio de legalidad”⁵⁵⁸.

Sin embargo, esta opción favorable a un derecho menos garantista y menos sometido a los principios y estándares propios de un Estado de Derecho para la lucha contra el “terrorismo”, ha sido ampliamente legitimada por una parte nada despreciable de la doctrina jurídica. Tan conocida como controvertida es la doctrina del “Derecho penal del enemigo” que defiende un sistema penal basado en la contraposición de un derecho para ciudadanos (criminales) frente a un derecho para enemigos (terroristas). Según sus valedores, los “terroristas” no deben ser tratados como el resto de ciudadanos sino como meras fuentes de peligro; no merecen el derecho penal garantista que en un Estado de Derecho rige para sus ciudadanos puesto que ellos mismos han rechazado abiertamente dichas reglas de juego, situándose en una especie de estado de naturaleza hobbesiano que desafía el orden social, político y jurídico instaurado⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ M. Cancio Meliá, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el CP español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la democracia*, No.44, Julio 2002, pp.21 y 22.

⁵⁵⁹ G. Jakobs, “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente”, en Muñoz Conde, *La ciencia del derecho penal ante el Nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p.57-61). A pesar de que se identifica a Jakobs como artífice de esta controvertida doctrina que propugna una discriminación delincuente-enemigo, se trata de una construcción profundamente influida por autores como Hobbes, Schmitt o

Expuesta de esta manera tan sucinta la propuesta de Jakobs, merece la pena detenerse un momento para reparar en la contradicción que supone bautizar como Derecho penal “del enemigo” un Derecho penal pretendidamente discriminatorio cuando, en rigor, y atendiendo a la tradición internacionalista, la noción de “enemigo” implica, precisamente, un reconocimiento de status jurídico igual al propio⁵⁶⁰. Tanto si se está produciendo de forma consciente como inconsciente, esta desviación por parte de los penalistas con respecto a la noción de “enemigo” en Derecho Internacional da cuenta del desgaste que está sufriendo dicha categoría en el orden jurídico internacional y, lo que es más preocupante, su corolario más importante: el principio de igualdad entre enemigos. Más allá de esta observación, las objeciones a esta doctrina tienen que ver fundamentalmente con los efectos que implica individualizar el reproche en función de la distinción terrorista – ciudadano que, a fin de cuentas, se basa en el perfil ideológico o religioso del individuo. Como señala Cury, “el juicio (...) será siempre inseguro y su resultado, en lugar de garantizar una solución más justa, conducirá, probablemente, a decisiones inciertas y a menudo

incluso Kant, que ya habían justificado con anterioridad la separación entre súbditos/enemigos (en el caso de Hobbes), amigo/enemigo (en el caso de Schmitt) o enemigo justo/injusto (en el caso de Kant). Un repaso detallado del influjo de estos autores en la propuesta de Jakobs podemos encontrarlo en G. Portilla Contreras, “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana...”, *cit.*, pp. 657-686.

⁵⁶⁰ De ahí que, históricamente, el reconocimiento como “enemigo” ha sido la aspiración más habitual de los grupos de terroristas, pues implicaba un reconocimiento de beligerancia, un status jurídico según el Derecho Internacional; y de ahí que, por el otro lado, los gobiernos se hayan negado tradicionalmente a otorgar dicho reconocimiento. Paradójicamente, fruto de la alienación paulatina de la figura de enemigo de los últimos años, ahora se emplea el término “enemigo” con un significado inherentemente discriminatorio.

contradictorias respecto de situaciones aparentemente semejantes”⁵⁶¹.

Probablemente, todas estas reservas se entiendan mejor a la luz de un ejemplo. Pensemos en el siniestro en los Alpes franceses en 2015 por parte del copiloto Andreas Günter Lubitz, un joven alemán de 28 años que estrelló voluntariamente el avión en el que se encontraba causando la muerte de 150 personas. Recuerdo que, en aquellos días, me llamó poderosamente la atención la ausencia en todo momento del término “terrorista” en todos los órdenes del debate, que contrastaba con el empleo recurrente de expresiones como “perturbado” para referirse al joven Lubitz, o “suicidio” o “siniestro voluntario” para referirse al suceso. Expresiones que, lejos de ser fortuitas o inocentes, contribuyen a reforzar la idea de que el agente sólo buscaba suicidarse y que las 149 víctimas restantes serían algo parecido a los efectos colaterales de su decisión de morir. Por supuesto, el estudio psicológico que se llevó a cabo por parte de las autoridades -y que los medios compartieron exhaustivamente con la población- indaga detalladamente en su perfil psíquico y su entorno con el fin de comprender las causas por las que pudo llegar a querer hacer lo que finalmente hizo: sus fracasos, sus obsesiones, sus desesperaciones, etc.

Al margen de la discusión sobre la función de los medios y su connivencia con el lenguaje político, que merecería ser tratada en un trabajo a parte, cabe preguntarse si nos

⁵⁶¹ E. Cury, “De la normativización de la culpabilidad a la normativización de la teoría del delito”, en *Cem Anos de Reprovaçao, uma contribuÇao transdisciplinar para a crise da culpabilidadu*, Brasil, Revan, 2011, p. 70. Cit. en V. Perez Zavala, “Discriminación y Derecho Penal: un análisis desde la culpabilidad a la discriminación y el juicio de reproche”, en *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, Año 2, No. 3, Diciembre 2013, p 58.

hubiésemos preocupado por conocer tan concienzudamente las motivaciones personales que eventualmente hubieran podido empujar a alguien a inmolarse en un mercado público en, pongamos, Islamabad. Curiosamente, en este caso, el reproche y la condena son, no sólo inmediatos, sino además totales. No interesa ni importa –ni política ni socialmente- si el suicida tenía un perfil psicológico desequilibrado o si, en plenas facultades, decidió contribuir con su vida a la yihad y, en su caso, no importan tampoco la desesperación, la rabia o el odio que pudieron haberle conducido a querer cometer una masacre semejante. La individualización tan minuciosa del primer caso brilla por su ausencia en el segundo, en el que el entorno, el contexto –conformado por variables tan escasas y rudimentarias como país y religión que profesa- termina por ser el único elemento del que nos servimos para condenar social, política y mediáticamente.

Sin embargo, el paso preocupante se da cuando el Derecho se hace eco del ruido que reina en estos órdenes y se impregna de su subjetividad, pues no son únicamente los derechos de los individuos los que pueden verse socavados – huelga decir que las consecuencias de designar a alguien como “terrorista” no son ni mucho menos triviales-, sino que es el propio ordenamiento jurídico en su conjunto el que se verá paulatinamente debilitado⁵⁶². Pero, más allá de los perjudiciales

⁵⁶² Sabemos que el Derecho no es norma y sólo norma como afirmaba Kelsen, sino que está impregnado de elementos sociales, políticos, culturales, y también de valores morales. Pero una cosa es reconocer –y defender- que el Derecho interactúe con la sociedad y los órdenes que la conforman (político, económico, cultural, etc) y otra distinta permitir que las leyes se hagan a merced de premuras coyunturales o de intereses y presiones políticas. Como señala Ferrajoli al abordar el problema del lenguaje político en la guerra contra el terrorismo, cuando la manipulación y simplificación del lenguaje empiezan a afectar al orden jurídico, en este caso al internacional, se produce una “regresión en las relaciones internacionales”: “mientras que los fenómenos que debemos comprender

efectos que pueden derivarse de un derecho penal que asigne mayor condena a hechos similares cuando éstos vienen motivados por unas creencias e ideologías u otras, cabe preguntarse si, desde un punto de vista estratégico y político, interesa estigmatizar de esta manera unas ideologías, creencias o culturas frente a otras. Llama la atención que se desatienda tan flagrantemente el aspecto sociológico del problema terrorista, eminentemente multidisciplinar y multidimensional, y se ponga tanta atención en el reproche, el castigo y la pena. Conviene recordar que uno de los aspectos que más ha conmocionado de los últimos atentados de París o Londres ha sido precisamente saber que sus autores eran ciudadanos ingleses o franceses que, sin embargo, reivindicaban su pertenencia al fundamentalismo islámico. En este sentido, Carnevali señala que los individuos entran, debido a la estigmatización que tiene su cultura o religión, en una especie de conflicto sobre qué cultura priorizar⁵⁶³, mientras que Pavarini denuncia los problemas de conflictos de “lealtades valóricas” que se presentan para estos “inmigrantes”⁵⁶⁴.

Ahora bien, rechazar la idea de tipificar un delito autónomo de terrorismo en los términos vistos no nos deja en una situación de impunidad, ni mucho menos. Como ya he señalado, la CPI tiene competencia en relación a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión. Es cierto que la posibilidad de que una organización terrorista

(refiriéndose al terrorismo) se hacen más complejos, nuestro lenguaje y nuestras categorías se simplifican y se confunden. Es gracias a esta burda simplificación que se ha producido una regresión de las relaciones internacionales”. L. Ferrajoli, “Guerra y Terrorismo Internacional...”, *cit.*, p.18.

⁵⁶³ R. Carnevali Rodríguez, *Op. cit.*, p.5.

⁵⁶⁴ M. Pavarini, “Criminalità e pena nella società multiculturale”, en A. Bernardi (coord.), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, Giuffrè, 2006, pp.166- 178, en pp. 170-171.

pueda ser acusada de agresión es poco realista, pues la idea general en torno a este punto es que el de agresión sería un crimen que cometen los Estados contra otros Estados⁵⁶⁵. Sin embargo, en tiempos de paz, resulta algo más fácil imaginar un atentado terrorista que reúna los requisitos del tipo penal de crimen de lesa humanidad⁵⁶⁶. Se reacciona entonces que quedarían fuera demasiados actos de terrorismo por no cumplir con los elementos del tipo, pero no está claro que modificar el tipo de crimen con vistas a rebajar los estándares y acoger así un mayor número de supuestos de terrorismo sea factible ni deseable. Flexibilizar los estándares de gravedad o seriedad del crimen de lesa humanidad, por ejemplo, además de contradecir el principio de jurisdicción y competencia de la CPI (únicamente tiene competencia sobre los crímenes más graves y serios) terminaría por contaminar dicho delito y la propia competencia de la CPI. Nos previene Stern de que, de ser así, « el crimen contra la humanidad corre el riesgo de ser instrumentalizado

⁵⁶⁵ Con independencia de la problemática inherente al propio crimen y definición de agresión. Para el problema de la agresión me remito a A. Bianchi y Y. Naqvi, *International Humanitarian law...*, cit.; Y. Dinstein, *War, Aggression and self-defence*, NY, Cambridge University Press, 2005.

⁵⁶⁶ Artículo 7 Estatuto de Roma. “Se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) asesinato, b) exterminio, c) esclavitud, d) deportación o traslado forzoso de población, e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, f) tortura, g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, i) Desaparición forzada de personas, j) El crimen de apartheid, k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

para encauzar todos los vacíos represivos a los cuales la comunidad internacional debe hacer frente »⁵⁶⁷; y Martín advierte de que :

« Dar cabida a todos los actos terroristas, de gran diversidad y nivel de gravedad variable, dentro de la categoría de crimen contra la humanidad implicaría llevar a efecto una mutación decisiva e irreversible de la noción de crimen contra la humanidad, que quedaría desnaturalizado»⁵⁶⁸.

4.5. EL ARGUMENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Dejando ya la discusión desde la perspectiva del Derecho penal, es momento de abordar ahora el otro argumento que más se invoca a la hora de reclamar una definición universal de terrorismo.

En el clima de inquietud y miedo instaurado tras el 11-S, los gobiernos no han podido evitar caer en la tentación de usar el pretexto del terrorismo y la guerra contra el terrorismo para justificar la adopción de legislaciones anti-terroristas que, si bien suscitarían un rechazo categórico en cualquier otro contexto, son ahora acogidas con buenos ojos⁵⁶⁹. Tras el 11-S se

⁵⁶⁷ B. Stern, "Préface", en *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Y.Jurovics, LGDJ, Paris, 2002, p. VII. Traducción mía.

⁵⁶⁸ J.C. Martín, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p.253. Traducción mía.

⁵⁶⁹ No es nuestro propósito exponer aquí un estudio comparado de la normativa interna relativa a la definición de terrorismo adoptada tras el 11S, sino discutir, tomando la compleja y heterogénea realidad normativa como punto de partida, cuáles serían las bondades o los hándicaps de

produce una proliferación de definiciones genéricas, vagas e imprecisas⁵⁷⁰, incluso de otras técnicas de identificación basadas en la casuística -como las llamadas “listas terroristas”- que plantean serios problemas no sólo procesales y procedimentales sino también de carácter filosófico-jurídico, como la supeditación del Derecho a la política y sus intereses.

Quienes defienden la urgencia de una definición internacional entienden que los principios de legalidad y seguridad jurídicas se ven vulnerados debido a la ausencia de una definición internacional de terrorismo; dicho de otro modo, consideran que con una definición universal se resuelve el problema de la arbitrariedad e inseguridad jurídica que tiene causa, en su opinión, en la heterogeneidad normativa.

No cabe duda de que la limitación al poder –al ejercicio abusivo del poder- es uno de los fines esenciales a los que debe aspirar todo ordenamiento jurídico, mediante el obligado respeto a los derechos humanos y a los principios del imperio de la ley y seguridad jurídica. Y que los Estados hayan recurrido a técnicas como las listas es sin duda un argumento para que la comunidad internacional adopte las medidas oportunas dirigidas a asegurar que los Estados cumplen con sus compromisos con los derechos humanos y principios jurídicos fundamentales. Pero cabe preguntarse si es un argumento que justifique *per se* la necesidad de una definición universal como única solución posible. Del mismo modo que la ausencia de una definición

una definición universal de terrorismo. Para ello, puede consultarse: F. Vacas Fernández, *Op. cit.*, p.115.

⁵⁷⁰ Así ha sido denunciado por expertos internacionales reiteradamente: “the problematic elements of such legislation usually include vaguely defined offences, wide discretionary powers to law-enforcement agencies and a reduction of safeguards” International Commission of Jurists, Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights, “Assessing Damage, Urging Action”, ICJ, 2009, p.37.

universal de terrorismo no equivale a una situación de impunidad de los crímenes que en su caso puedan cometerse, tampoco supone una ausencia de obligaciones por parte de los Estados que, muy al contrario, están constreñidos por un sinfín de resoluciones de la ONU, instrumentos internacionales y otros tantos regionales que les imponen obligaciones al respecto y cuyos incumplimientos desencadenan los mecanismos de responsabilidad internacional oportunos⁵⁷¹. De hecho, en un intento de llamar la atención sobre dicha tendencia y de urgir a los Estados a respetar los mínimos fundamentales en sus legislaciones sobre terrorismo, el Representante Especial para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha denunciado que:

“Existe el riesgo real de que, a raíz de los ataques terroristas del 11-S, algunos gobiernos puedan estar usando la guerra global contra el terrorismo como pretexto para violar derechos humanos (...) Algunos gobiernos están siendo condescendientes entre sí al aceptar la denominación de protestas que ni siquiera son violentas como terrorismo o subversión”⁵⁷²

⁵⁷¹ Artículo 2 *ICL Draft articles on responsibility, 2001*: The international responsibility of a state arises from the commission of an internationally wrongful act that a) constitutes a breach or violation of an international obligation of the state and b) the breach is attributable to the state. Véase también *General Comment No.31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 Mayo 2004. Párrafo 1: “rules concerning the basic rights of the human person are *erga omnes* obligations and there is a UN Charter obligation to promote observance of human rights and fundamental freedoms”. Parr. 4: “obligations of the Covenant are binding on every State as a whole”. Parr 5: “paragraph 1, obligation to respect and ensure the rights recognized has immediate effect for all States parties”.

⁵⁷² Informe de Hina Jilani, Special Representative of the Secretary General on Human Rights Defenders, UN Doc E/CN.4/2002/106, 27 Febrero 2002. Traducción mía.

En la misma línea, en un informe de 2005 del Experto de la ONU en Protección de Derechos Humanos en la Lucha anti-terrorista, se recordaba que, a pesar de que existen convenciones específicas que contienen “definiciones de terrorismo razonablemente precisas” (refiriéndose expresamente a la Convención sobre Financiación del Terrorismo), muchos Estados estaban, sin embargo, aprobando leyes “excesivamente amplias, usando términos y conceptos vagos y ambiguos”. Desde entonces, expertos de Naciones Unidas han sugerido numerosas propuestas de “buenas prácticas” y “recomendaciones” destinadas a guiar a los Estados en su labor legislativa y a frenar los abusos en materia de legislación sobre terrorismo⁵⁷³.

Por tanto, no estamos frente a una laguna legal ni a un problema de ausencia de responsabilidades. La causa del problema –del incumplimiento de las garantías- no es la descentralización, la heterogeneidad normativa ni la falta de mecanismos en el ordenamiento jurídico para supervisar que los Estados cumplen con sus obligaciones, sino más bien la falta de implementación de los mecanismos y garantías que ya existen y, en última instancia, la falta de voluntad de los Estados de implementarlos. Pensar que las definiciones abusivas y arbitrarias se producen por meros déficits en técnicas legislativas o lagunas jurídicas en un ordenamiento jurídico plagado de directrices, recomendaciones y llamamientos al respeto de los derechos fundamentales, y obviar que dichos abusos tienen causa en la voluntad política de los gobiernos de

⁵⁷³ Informe de Martin Scheinin, the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, *Ten areas of best practices in countering terrorism*, 22 December 2010, UN Doc A/HRC/16/51.

La búsqueda del consenso para una definición internacional...

desprenderse de los molestos límites que el ordenamiento jurídico les impone es ignorar la realidad y errar en el diagnóstico y, por tanto, en el tratamiento.

4.6. LOS MOTIVOS DEL FRACASO

La defensa de una definición legal internacional compartida de “terrorismo” reúne cada vez más adeptos -muy especialmente a raíz del 11-S- porque se produce en paralelo a un poderoso discurso que eleva al yihadismo a la categoría de amenaza existencial para nuestras sociedades y lo identifica como el enemigo inmoral por antonomasia. Que el yihadismo es una amenaza real que no debemos menospreciar ni desatender es algo que ni queremos ni podemos cuestionar, pero conviene no dejarse arrastrar por el discurso del miedo y de la excepcionalidad⁵⁷⁴. Más del 70% de los atentados se registran en sólo 5 países: Afganistán, Iraq, Nigeria, Pakistán y Siria⁵⁷⁵. Es cierto que, en el año 2015, se produjo un incremento del terrorismo en países de la OCDE –especialmente golpeados fueron Francia y Turquía- pero, a pesar de la conmoción

⁵⁷⁴ Núñez, J.A., “Valoración de la amenaza yihadista y de las estrategias de respuesta”, en Lopez Garrido, D. (Dtor.), *El Estado de la Unión Europea, Nueva Legislatura. 11 desafíos de Europa*, Madrid, Fundación Alternativas, 2015, pp. 111-120.

⁵⁷⁵ *Global Terrorism Index Report. Measuring and Understanding the Impact of Terrorism*, Institute for Economics & Peace, 2016. Disponible en <http://www.visionofhumanity.org/#/page/our-gti-findings>. Cabe señalar, no obstante, que este porcentaje ha registrado un descenso con respecto a los datos registrados en el informe anterior para el periodo 2013-2014, cuando los ataques registrados en estos 5 países ascendía al 80%. *Global Terrorism Index Report. Measuring and Understanding the Impact of Terrorism*, Institute for Economics & Peace, 2015.

causada, los datos revelan que solo el 0,5% del total de atentados tienen lugar en Estados de derecho⁵⁷⁶.

Nada de lo anterior significa que el terrorismo yihadista sea una amenaza imaginaria, pero estos datos ayudan a destapar las flaquezas de los discursos que pretenden legitimar las modificaciones legales que se están llevando a cabo o que aún se reclaman. Sus argumentos, como se ha intenido poner de manifiesto, incurren en generalizaciones y simplificaciones para describir una realidad, la de la violencia política, inherentemente compleja y heterogénea. La propia complejidad del fenómeno debería ser un argumento para ser recelosos ante la agrupación de todas las formas, agentes, objetivos y repercusiones posibles del terrorismo en una única definición que se ajuste a todos los casos y sea aceptada universalmente.

Como dice Colombo, “la palabra terrorismo se nos revela constitutivamente y no casualmente ambigua”⁵⁷⁷. Estamos ante un término especialmente expuesto al uso ideológico y oportunista, sobre todo entre enemigos, que se ven tentados de acusar al otro de terrorista como instrumento de deslegitimación y criminalización⁵⁷⁸. Este pulso por imponer la propia definición de terrorismo nos remite en el fondo a la lucha por el poder de decidir qué violencia es legítima y qué violencia es ilegítima; un

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ A. Colombo, “El terrorismo entre legalidad y legitimidad...”, *cit.*, p.85

⁵⁷⁸ *Ibid.* p. 85. Este grado de carga ideológica, como explica Colombo, fue especialmente alimentado en parte por la Guerra Fría y en parte por la descolonización, lo que sumergiría al s. XX en un colosal conflicto de legitimidad que impediría llegar a ningún acuerdo sobre una idea común de ilegitimidad.

poder sobre el que, en términos schmittianos, descansa en última instancia todo poder político⁵⁷⁹.

Desde los siglos XVIII y XIX, los grandes definidores de la política y el derecho habían sido los Estados soberanos, que se apropiaron del monopolio de la violencia legítima, reservando el calificativo de “terrorista” (ilegítimo) para cualquier sujeto distinto al Estado. Sin embargo, en el último siglo, la crisis de la soberanía y la erosión del poder de influencia de los Estados (como únicos decisores de lo político y lo jurídico), coincidió con la aparición de nuevos sujetos de la sociedad y del Derecho Internacional y con la aparición de nuevos “portadores” alternativos de una violencia que, por supuesto, reclamaban para sí como legítima⁵⁸⁰. En este contexto, el poder de los Estados de distinguir entre la violencia empleada por ellos mismos –legítima– y la violencia empleada por los demás –ilegítima– se debilitó dramáticamente y, de la mano del debate sobre la naturaleza (terrorista o no) de los movimientos de liberación nacional, irrumpió el debate sobre el terrorismo de Estado.

Sin embargo, el 11 de septiembre de 2001 se erige, una vez más, como punto de inflexión decisivo. El 11-S tuvo el efecto de congregar a gran parte de la comunidad internacional en torno a un nuevo enemigo, hasta el punto de que las referencias al terrorismo de Estado o, más en general, a los Estados como posibles protagonistas del terrorismo han desaparecido⁵⁸¹ tanto

⁵⁷⁹ De acuerdo con Schmitt, la soberanía del Estado, más que monopolio de la coacción o del mando, es monopolio de la decisión. Desde este punto de vista, todo orden descansa en una decisión, no en una norma. Vid. C. Schmitt, *El nomos de la tierra...*, *cit.*

⁵⁸⁰ A. Colombo, “El terrorismo entre legalidad y legitimidad...”, *cit.*, p.85.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 97.

del discurso institucional como académico. Lo vemos en la cláusula de exclusión de los Estados sugerida por el ex Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan: “es hora de dejar de lado los debates sobre el llamado ‘terrorismo de Estado’⁵⁸²”. Y así lo comparten, no por casualidad, la mayoría de las definiciones de “terrorismo” de los Estados europeos. El fenómeno al que hemos asistido –y que explica este cambio– tiene que ver con la (re)apropiación de ese poder de decisión sobre la normalidad y la legitimidad (que había entrado en crisis).

Este poder sobre la palabra residiría ahora en manos de la potencia que lidera esta “cruzada” contra el terrorismo yihadista: EEUU. Pareciera que, en este liderazgo, EEUU hubiera (re)conquistado el poder –incluso el derecho– de hablar en nombre de la comunidad internacional y dictar nuevos estándares de normalidad política, ideológica, pero también jurídica, y la noción de terrorismo ha “acabado siendo englobada en esta empresa”⁵⁸³. “El término ‘terrorismo’, declara la definición oficial de los Estados Unidos, “significa una violencia motivada políticamente perpetrada contra objetivos no combatientes *por grupos subnacionales o agentes clandestinos*”⁵⁸⁴. El problema de una definición de terrorismo como ésta –que restringe la autoría a grupos irregulares no estatales motivados políticamente dejando fuera, por ejemplo, la autoría por parte de agentes del Estado– es que denota un sesgo discriminatorio que socava cualquier intento de llegar a una definición legal verdaderamente

⁵⁸² United Nations General Assembly, Secretary General, Report of the Secretary-General, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, 2005.

⁵⁸³ A. Colombo, “El terrorismo entre legalidad y legitimidad...”, *cit.*, p. 98.

⁵⁸⁴ US Code, Title 22, Section 2656. Ésta es también la definición adoptada por el Departamento de Estado de los EEUU.

universal y compartida por todos, pues muchos Estados árabes no la acogen como suya. En rechazo a estas definiciones que no hacen sino “reproducir los estereotipos usados en Occidente”⁵⁸⁵, algunas voces se han alzado para sugerir un significado distinto y más amplio de “terrorista”. Zolo, por ejemplo, propone considerar terrorista “ante todo a quien desencadena guerras y perpetra matanzas de un modo inevitable y consciente de miles de personas inocentes, aterrorizando y devastando países enteros”⁵⁸⁶. Coincidiendo en el rechazo de definiciones –como las actuales– que incurren en un habitual sesgo occidental, discrepo sin embargo con la opción de relacionar terrorismo y guerra sugerida en la propuesta de Zolo. Todo lo contrario, ahora más que nunca, es fundamental volver a separar lo que es guerra de lo que es terrorismo⁵⁸⁷.

Otro factor que explica la imposibilidad de acuerdo tiene que ver con lo visto en los capítulos precedentes. La crisis del monopolio estatal sobre el uso (no sobre la definición) de la violencia legítima se produce simultáneamente a (incluso cabría decir que se agudiza con) la crisis de otros baluartes claves del derecho internacional, como son la noción de prevención (*jus ad bellum*), o la noción de guerra (*jus in bello*), o el principio de igualdad entre las partes (o autonomía del *jus in bello*). Teniendo en cuenta que las principales controversias se dan en torno a la noción de terrorismo en tiempos de paz, en un contexto en el que la distinción misma entre guerra y paz se está viendo cuestionada, y en el que la guerra interestatal tradicional ha

⁵⁸⁵ D. Zolo, *Terrorismo humanitario. De la guerra del Golfo a la carnicería de Gaza* Edicions Bellaterra, 2011, p. 20.

⁵⁸⁶ *Ibid.* p.20.

⁵⁸⁷ Este argumento, al que volveré más adelante, lo desarrolla Ferrajoli en L. Ferrajoli, “Guerra y Terrorismo Internacional...”. *cit.*

dejado de ser el paradigma de conflicto armado, cabe preguntarse qué sentido tiene distinguir entre actos de violencia indiscriminada en tiempos de guerra y en tiempos de paz: si hay discrepancia sobre cuándo y dónde hay guerra y cuándo y dónde hay paz, cómo no va a haberla sobre cuándo y dónde es legítimo emplear la violencia y cuándo y dónde no lo es⁵⁸⁸. Esta crisis se solapa y se agrava con la crisis de la noción de prevención que veíamos en el capítulo I. Si, como formula la ONU, el terrorismo constituye una amenaza para la paz, entonces todas las dificultades que plantea la determinación de dicha amenaza son atribuibles al problema que nos ocupa. Lo vemos en la tendencia de los Estados occidentales a estirar la noción de terrorismo hasta englobar actuaciones cada vez más preliminares y que, de nuevo, suscitan el rechazo de gran parte de la comunidad política y jurídica internacional⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ A. Colombo, “El terrorismo entre legalidad y legitimidad...”, *cit.*, p. 84.

⁵⁸⁹ Así lo denuncia en su Informe Hina Jilani, Special Representative of the Secretary General on Human Rights Defenders, UN Doc E/CN.4/2002/106, 27 Febrero 2002. Sin necesidad de ir muy lejos, un ejemplo de esta ampliación del catálogo de conductas consideradas como “terrorismo” por las legislaciones nacionales lo encontramos en la última reforma de los delitos de terrorismo en el Código Penal español mediante la Ley Orgánica 2/2015. Tras la reforma, se consideran terroristas quienes “tengan en su poder documentos, archivos, o accedan de forma habitual vía internet o electrónica cuyos contenidos sean idóneos para incitar a la incorporación a organizaciones o grupos terroristas o a colaborar con cualquiera de ellos. También se tipifica como delito de terrorismo el desplazamiento o establecimiento a un territorio extranjero para recibir adiestramiento o para colaborar con ellos. En cuanto al delito de colaboración, se amplía el catálogo de conductas sancionadas. Además será colaboración la ayuda tanto a una organización o grupo terrorista como a grupos o a individuos cuyas acciones tengan finalidad terrorista.

La búsqueda del consenso para una definición internacional...

4.7. OBSERVACIONES FINALES

Decir que buscar el consenso es una labor difícil no es, desde luego, decir gran cosa, como tampoco es un argumento válido para no emprender una tarea. Pero si sometemos a examen los argumentos de fondo que se esgrimen para justificar la necesidad de una definición universal y, al mismo tiempo, analizamos los motivos que bloquean cualquier posibilidad de consenso en este punto, podemos sacar algunas conclusiones del análisis combinado de unos y otros.

Estamos, en definitiva, frente a una realidad profundamente heterógena, por un lado, y un término políticamente muy sobrecargado y expuesto al abuso, por otro. Ello ha provocado que se imponga una definición política de terrorismo que no cuenta con el beneplácito de gran parte de la comunidad internacional. Jurídicamente, la ausencia de una definición única y universal de terrorismo no significa que los actos violentos en que consiste, tales como un 11-S, no sean perseguidos por el Derecho Penal Internacional, como tampoco significa una ausencia de obligaciones y responsabilidad de los Estados. El problema tiene que ver con la falta de voluntad política de respetar e implementar los estándares que sí existen. Moralmente, no puede haber dobles raseros. Es necesario condenar políticamente y perseguir jurídicamente tanto los atentados de los llamados “terroristas” como las atrocidades cometidas por los gobiernos. Lo contrario sólo empeora la indignación, algo que, como el paso del tiempo está demostrando, estratégica y políticamente no es precisamente favorable al objetivo de combatir y reducir el fenómeno terrorista⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ A. Vanaik, “Terrorismo político...”, *cit.*, p. 106.

Como dice Zolo, “la cuestión sobre el significado de terrorismo es una cuestión de extremo dramatismo político, no hay un concepto con más implicaciones estratégicas”⁵⁹¹. Razón de más para que la noción de terrorismo no sea una noción parcial, sesgada e interesada al servicio de una determinada visión del mundo, y mucho menos al servicio de estrategias políticas que conducen a calificar selectivamente como terroristas únicamente a quienes hemos declarado “enemigos”. Frente a la mutabilidad de los conceptos debida a la subordinación del lenguaje mediático y político a los intereses de los Estados, y frente a la fragilidad y desprotección de los individuos que dicha mutabilidad conlleva, el Derecho y el lenguaje en el Derecho debe erigirse como baluarte del significado de las palabras. Lo contrario nos deja indefensos ante la manipulación pues, como señala Argullol, “extirpando la verdad a las palabras, se extirpa también el espíritu a los hombres”⁵⁹².

⁵⁹¹ D. Zolo, *Terrorismo humanitario. De la guerra del Golfo a la carnicería de Gaza* Edicions Bellaterra, 2011, p.37.

⁵⁹² R. Argullol, “Indefensos ante la manipulación”, en *El País*, 20 mayo 2015, http://elpais.com/elpais/2015/05/18/opinion/1431939901_643527.html. Habla en este artículo sobre la magistral obra de Stefan Zweig, “Memorias de un europeo”. Zweig, S. *EL mundo de ayer. Memorias de un europeo*. Barcelona, El Acantilado, 2001.

CAPÍTULO V

LA GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO COMO DISPOSITIVO MARCO: DESMONTANDO EL DISCURSO.

5.1. INTRODUCCIÓN

En los capítulos precedentes he intentado ofrecer, para cada uno de los bloques normativos afectados, un análisis detallado de las decisiones y de las prácticas más características de la GGCT, valorando en cada caso sus posibles efectos adversos en la vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico. En este capítulo retrocedo unos pasos y busco altura para observar, desde una perspectiva más abarcante, el discurso de la GGCT como un todo del que, teniendo en cuenta lo visto hasta ahora, cabe extraer determinados elementos comunes sobre los que conviene reflexionar.

El discurso de la GGCT nos presenta la guerra como opción única ante el terrorismo⁵⁹³ y, a partir de ahí, legitima una serie de prácticas ilegales o de discursos que impugnan el Derecho Internacional existente como medio para vencer al enemigo. El terrorismo, por su parte, se convierte en el pretexto o dispositivo marco “perfecto” para justificar la guerra y una

⁵⁹³ M. Rodríguez, Las voces del imperio..., p.123

serie de políticas tanto exteriores como nacionales. Tal vez no “perfecto” pero, desde luego, sí el más popular y el más eficaz en comparación con otras “banderas legitimadoras” frecuentes, tales como los derechos humanos, la democracia, el cambio de régimen o los Estados fallidos.

Hasta el 11-S, la bandera de los derechos humanos y la democracia había sido una de las más recurrentes y útiles a la hora de legitimar políticas exteriores intervencionistas y jurídicamente controvertidas. Pero los pretextos del “humanitarismo”, la “democracia” o la “libertad” resultaban especialmente atractivos gracias a su poder persuasivo para el público en general y a la amplitud geográfica que permitían manejar. Como veremos en las páginas que siguen, tanto la democracia como los derechos humanos son concebidos como pilares básicos de cualquier sociedad civilizada y, en ese sentido, constituyen entes aglutinadores importantes a la hora de justificar acciones internacionales. La “defensa de la democracia” y del “mundo libre” se convirtieron, de hecho, en las principales banderas tras las que se escudaron los EEUU durante la Guerra Fría, pero han cobrado una relevancia renovada al albor de la guerra contra el terrorismo y, de forma especialmente significativa, con la guerra de Irak en 2003. Aunque “acción humanitaria”, “intervención humanitaria” o “intervención en defensa de la democracia” no son lo mismo, la amalgama de expresiones empleadas en el marco de la GGCT ha promovido la confusión y la tergiversación, produciendo un desgaste en el lenguaje relativo al uso de la fuerza que, inevitablemente, impacta en el ordenamiento jurídico. Desde luego, estos discursos no son excluyentes, sino que a menudo se combinan e intercambian entre sí. Sin embargo, el del terrorismo, que es el que a nosotros nos ocupa, se ha erigido en

los últimos años como dispositivo marco autónomo y protagonista gracias a su destacado potencial justificador. ¿Qué tiene de especial o de novedoso el dispositivo de la “guerra contra el terror”?

La lucha contra el terrorismo internacional ya había sido anunciada, aunque con menos repercusión, en anteriores ocasiones; por otro lado, el del terrorismo no es el único dispositivo legitimador al que un gobierno puede recurrir. Sin embargo, después del 11-S, el pretexto de la guerra contra el terror ha desbancado a los demás tanto en capacidad para movilizar apoyo como, por tanto, en capacidad para producir un efecto en el Derecho Internacional. Esta peculiaridad nos obliga a preguntarnos cuáles son las variables que pueden estar jugando un papel fundamental en el despliegue, consolidación y acogida de las prácticas y discursos de la GGCT pero, sobre todo, cuáles son propias y exclusivas.

El objetivo de este capítulo es analizar las piezas nucleares de este discurso o dispositivo marco, preguntándonos, por un lado, a qué puede deberse su potencial justificativo, dónde reside la originalidad o la novedad qué implicaciones, directas o indirectas, puede acarrear este discurso en el ordenamiento jurídico internacional⁵⁹⁴.

⁵⁹⁴ Quiero hacer una aclaración preliminar antes de dar paso a la parte analítica. En la medida en que EEUU es quien ha liderado la GGCT y quien ha diseñado el discurso que la caracteriza, y teniendo en cuenta la influencia de EEUU tanto en las relaciones internacionales como en el ordenamiento jurídico internacional, considero que el dispositivo de la GGCT tal y como lo conocemos es en gran medida responsabilidad de EEUU, producto de su ideología y reflejo de sus intereses. Por todo ello, a la hora de analizar los elementos del discurso y el contexto en el que opera, he decidido centrarme en el papel de EEUU.

5.2. EL CONTEXTO IDEOLÓGICO: LAS COORDENADAS IDEOLÓGICAS DE LA GGCT

Como hemos visto en los capítulos precedentes, términos como “justicia”, “moralidad”, “enemigo”, “democracia” o “seguridad” se han empleado de manera nada inocente y casual, pero sí recurrente, dentro del marco de la ggct. Pero antes de desmontar los matices concretos de cada uno de los argumentos, debemos explicar el contexto ideológico en el que dichas expresiones han operado. Conocer las premisas ideológicas sobre las que se construye y asienta un determinado discurso nos permitirá comprender las dinámicas que se producen después a la hora de impactar en la sociedad y, por ende, en el ordenamiento jurídico.

5.2.1. EL EXCEPCIONALISMO AMERICANO

La retórica legitimadora de la política exterior estadounidense se hace constantemente eco de una premisa profundamente arraigada en su cultura y que ha resonado con especial fuerza con ocasión de la GGCT: me refiero al mito de la excepcionalidad americana. No podemos cuestionar el proyecto y el discurso representado en la GGCT sin explorar antes el carácter de la singular fe de EE.UU. en su especial valía, su misión y responsabilidad para con el mundo⁵⁹⁵.

El concepto de “excepcionalismo” fue acuñado por Alexis de Tocqueville en *La democracia en América* al referirse a los EE.UU. en los siguientes términos: “la situación de los americanos es, pues, enteramente excepcional, y es de creer que

⁵⁹⁵ A. Vanaik (ed.), *Casus belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra*, Transnational National Institute, eBooks, 2010, p. 12.

ningún pueblo democrático gozará jamás de una semejante”⁵⁹⁶. No obstante, como apunta Cavicchioli, la creencia en la excepcionalidad comenzó a gestarse en el siglo XVII, concretamente en 1630, cuando el puritano inglés John Winthrop, a su llegada a la Bahía de Massachusetts, se refirió al Nuevo Mundo como “la ciudad en la cima” desde la que los colonos servirían de modelo al Viejo Mundo⁵⁹⁷.

Se trata por tanto de una premisa tan antigua como la propia nación estadounidense. Desde su origen, los EEUU han sido vistos como un gran experimento social cuya expansión era natural, inevitable. América era percibida, por sí misma y por el resto del mundo, como un experimento único. Thomas Paine, apuntaba:

“La revolución americana hizo posible en la política lo que era sólo teoría en la mecánica. Tan profundamente enraizados estaban todos los gobiernos del viejo mundo, y tan eficazmente se habían establecido la tiranía y la tradición en las mentes, que ninguna reforma de la condición política del hombre podía iniciarse en Asia, Africa o Europa”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ A. de Tocqueville, *La democracia en América*, 2, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 51.

⁵⁹⁷ G. Hodgson, *The Myth of American Exceptionalism*, Ann Arbor, Yale University Press, 2009, p.1.

⁵⁹⁸ T. Paine “The rights of men” en *Complete Works*, Vol. 1, NY, Citadel press, 1945, p. 376. Trad. castellano “Los derechos del hombre”, León, Universidad de León, 1999.

Por tanto, en el momento de su fundación, EE.UU era visto como un nuevo edén, una oportunidad única para empezar de cero, para “rehacer el mundo desde el principio”⁵⁹⁹; como una “tabla rasa sobre la que los nuevos hombres podían inscribir una nueva historia”⁶⁰⁰. De esta manera se fue asentando la idea de América como experimento social. Como dice Barber, “era como si la inocencia hipotética del estado de la naturaleza de Rousseau estuviera escrita desde los comienzos de América”⁶⁰¹. Whitman expresaba así el sentimiento americano:

“Únicos entre todas las naciones, estos Estados han asumido la tarea de concretar en formas de funcionalidad y poder duraderos, y en áreas de una vastedad que compite con las operaciones del cosmos físico, las conjeturas morales y políticas de siglos”⁶⁰².

Holmes mostraba un ímpetu parecido al hablar del “joven americano del siglo XIX como “heredero de todas las viejas civilizaciones, fundador de una nueva que (...) será la más noble,

⁵⁹⁹ Siguiendo con Paine: “el caso y circunstancias de América se presentan como en el comienzo del mundo (...) se nos transporta también al momento en que comienza el gobierno, como si lo hubiéramos vivido en el principio de los tiempos”. *Ibid.*, p. 376.

⁶⁰⁰ B. Barber, *Op. cit.*, p. 50.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 55.

⁶⁰² Citado en C. Ricks y W.L. Vance (eds.), *The Farber Book of America*, Londres, Faber & Faber, 1992, p. 179-180. Su cita en inglés es: “Sole among nationalities, these States have assumed the task to put in forms of lasting power and practicality, on areas of amplitude rivaling the operations of the physical kosmos, the moral political speculations of ages”.

puesto que es la última”⁶⁰³. El presidente Wilson defendió que la propuesta de Sociedad Naciones debía estar basada en los principios americanos, pues estos eran los principios de la humanidad⁶⁰⁴. Y tras la Segunda Guerra Mundial, EE.UU. asumió naturalmente el papel de líder del mundo libre: “Los pueblos libres del mundo vuelven la vista hacia nosotros en busca de apoyo para poder mantener la libertad”, explicaba Truman. En 1953, Eisenhower proclamaba en su discurso de investidura que “el destino” había “otorgado a nuestro país la responsabilidad de liderar el mundo libre”⁶⁰⁵.

Aunque parezca una obviedad, cabe precisar que el hecho de que un país se considere excepcional no tiene en sí nada de excepcional. En su sentido estricto y original, de hecho, el excepcionalismo implica ser único y diferente, pero no necesariamente superior⁶⁰⁶. Sin embargo, la peculiaridad

⁶⁰³ Citado en M. Marquese, “El abrazo de hierro: la excepcionalidad y el imperio estadounidense”, en Vanaik, A. (ed.), *Casus belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra*, Transnational National Institute, eBooks, 2010, pp. 76-99, p. 82.

⁶⁰⁴ El presidente Wilson, cabe señalar, desplegó las fuerzas militares estadounidenses en el extranjero con más frecuencia que ninguno de sus antecesores: México, Haití, Rep Dominicana, Cuba, Panamá, Nicaragua y URSS. *Ibid.*, p. 85.

⁶⁰⁵ Citado en T.B. McCriskey, *American Exceptionalism and the Legacy of Vietnam: US Foreign Policy since 1974*, Basingstoki, Palgrave Macmillan, 2003, p. 22.

⁶⁰⁶ Así lo ha observado Lipset: “cuando Tocqueville u otros escritores viajeros extranjeros o sociólogos han empleado el término ‘excepcional’ para describir a Estado Unidos, no han pretendido decir, como lo suponen ciertos críticos del concepto (...) que Estados Unidos es mejor que otros países o que tiene una cultura superior. Antes bien, han estado sencillamente sugiriendo que este país es cualitativamente distinto, que está apartado”. Véase S. M. Lipset, *El excepcionalismo norteamericano: una*

estadounidense pivota en el hecho de que el convencimiento de su excepcionalidad evoluciona hasta llegar a materializarse en la afirmación de que su modelo debe ser imitado universalmente⁶⁰⁷; es decir, EEUU se erige como emblema de unos valores y principios que, aunque nacen con él, son o deben ser universales⁶⁰⁸. La creencia en su especial misión en el mundo no es sino una manifestación concreta de la deriva que pronto comienza a tomar el excepcionalismo americano; de este modo, la doctrina del Destino Manifiesto, que promueve que EE.UU. tiene la sagrada misión de difundir sus valores globalmente haciendo de la exportación de sus principios el eje fundamental de la política exterior, es una expresión del carácter excepcional de los EE.UU⁶⁰⁹. En el Proyecto para un Nuevo Siglo Estadounidense (PNAC por sus siglas en inglés), creado en 1997 por una veintena de expertos neoconservadores, se declaraba lo siguiente:

“[Lo que necesitamos es] una política exterior que promueva audaz y resueltamente los principios estadounidenses en el extranjero; y un liderazgo nacional

espada de dos filos, Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 14.

⁶⁰⁷ Esta deriva de la excepcionalidad, entendida como universalidad y superioridad, es fruto de la lectura que de ella comienza a hacerse desde el neoconservadurismo, otra premisa ideológica a la cual dedicaré el siguiente punto.

⁶⁰⁸ A. Vanaik (ed.), *Casus belli...*, cit., p. 13.

⁶⁰⁹ M. Iglesias Cavicchioli, “La doctrina neoconservadora y el excepcionalismo americano: una vía al unilateralismo y a la negación del Derecho Internacional”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014, p. 7. Véase también M.A. Ledeen, *Freedom Betrayed: How America led a Global Democratic Revolution, Won the Cold War and Walked Away*, Washington DC, AEI Press, 1996, pp. 146 y 147.

que acepte las responsabilidades globales de los EE.UU. (...) EE.UU desempeña un papel vital en el mantenimiento de la paz y seguridad en Europa, Asia y Oriente Medio. Si eludimos nuestras responsabilidades, invitamos a desafiar nuestros intereses. La historia nos debería haber enseñado a abrazar la causa del liderazgo estadounidense”⁶¹⁰

Dos años después, una vez acontecido el 11-S, la Estrategia de Seguridad Nacional de 2002 plasmaba desde las primeras páginas la visión trascendental de sí mismos y de su responsabilidad con el mundo: “Las grandes luchas del siglo XX terminaron en un solo modelo sostenible de éxito nacional (...). EEUU acoge con beneplácito nuestra responsabilidad de encabezar esta gran misión”⁶¹¹. Y comenzaba a explicar su estrategia internacional señalando que el objetivo era “un internacionalismo inconfundiblemente norteamericano que reflejara la unión de nuestros valores y nuestros intereses nacionales”⁶¹².

La época dorada de la excepcionalidad americana sólo se vería truncada en el siglo XX con la guerra de Vietnam. Al justificar la guerra, el entonces presidente Johnson insistiría, una vez más, en que luchaban por valores y principios, y que no

⁶¹⁰ PNAC, “Rebuilding America’s Defense”, Septiembre 2000. Disponible en <http://www.informationclearinghouse.info/pdf/RebuildingAmericasDefenses.pdf>, (Última consulta en febrero 2017).

⁶¹¹ NSS 2002, preámbulo.

⁶¹² *Ibid.*, p. 1.

deseaban nada para sí mismos⁶¹³. El devenir de los acontecimientos, sin embargo, puso en evidencia la brecha existente entre la América de la teoría y de la realidad. Los estadounidenses no sólo no lograron vencer sino que, por primera vez, su población tomó conciencia de la inmoralidad y de la brutalidad de su política exterior, lo cual supuso un duro golpe para el sentimiento de excepcionalidad estadounidense. Un consternado Daniel Bell proclamaba así el fin de la excepcionalidad: “ya no existe un destino o una misión manifiestos. No hemos sido inmunes a la corrupción del poder. No hemos sido la excepción (...) nuestra mortalidad yace ante nosotros”⁶¹⁴.

Sin embargo, el fin de la Guerra Fría, con la caída de la URSS y el triunfo del liberalismo, puso fin a este conato de cuestionamiento y dio paso a una nueva oleada de triunfalismo. En claro contraste con el desengaño que le atormentaba unos años antes, el mismo Daniel Bell realizaba ahora declaraciones cargadas de orgullo, señalando que EEUU “era una sociedad civil completa, quizá la única en la historia política”⁶¹⁵. Bush

⁶¹³ “No queremos nada para nosotros mismos (...) luchamos por valores y luchamos por principios más que por territorios o colonias”. Discurso del presidente L.B. Johnson, Conferencia en la Universidad Hopkins, Abril 1965. Recogido en A. Prina, *La guerra de Vietnam*, Mexico DF, Ocean Sur, 2008, Anexo, p. 148.

⁶¹⁴ Citado en M. Zuckerman, “The Dodo and the Phoenix”, en R. Halpern y J. Morris (eds.), *American exceptionalism? US Working class formation in an international context*, NY, Macmillan, 1997, 14-17.

⁶¹⁵ A la pregunta de cuál era el rasgo diferenciador de los EE.UU., Bell respondía de la siguiente manera: “it is simply that the US has been the complete civil society (to use a Hegelian term), perhaps the only one in political history”. D. Bell, “American exceptionalism revisited: the role of civil society”, en *The Public Interest*, No. 95, Septiembre 1989, pp. 38-56, p. 48.

padre no tardaría en retomar la retórica de la excepcionalidad, señalando ante el Congreso que “las esperanzas de la humanidad se vuelven ahora hacia nosotros. Somos americanos y tenemos una responsabilidad excepcional de encargarnos del duro trabajo de la libertad”⁶¹⁶. En sus esfuerzos por justificar la guerra del Golfo, llegó a afirmar, con un tono casi tan profético como el que caracterizaría más tarde a su hijo, que EEUU estaba llamado a “sacar al mundo de las tinieblas y del caos de la dictadura y a conducirlo hacia la promesa de días mejores”⁶¹⁷. Clinton, por su parte, convencido de que EE.UU. era la “nación indispensable”⁶¹⁸, se empleó a fondo durante sus años de presidencia con el claro propósito de exportar el modelo estadounidense por el mundo y, de hecho, el presidente Clinton autorizó el uso de la fuerza armada en más ocasiones que ninguno de sus predecesores post-Vietnam⁶¹⁹. En el discurso que ofreció con motivo de los Acuerdos de Dayton, dijo que “desde su nacimiento (...) América ha encarnado una idea que se ha convertido en un ideal (...) Gracias a nuestra dedicación, los ideales de América, libertad, democracia y paz, son cada vez más las aspiraciones de pueblos de todo el mundo”⁶²⁰.

⁶¹⁶ Discurso G. Bush ante el Congreso de los Estados Unidos, discurso del Estado de la Unión 29 enero de 1991, disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=19253>

⁶¹⁷ Citado en I. Ramonet, *Op. cit.*, p. 95.

⁶¹⁸ T.B. McCriskey, *Op. cit.*, p. 159-182.

⁶¹⁹ M. Marquese, *Op. cit.*, p. 89.

⁶²⁰ Discurso del presidente Bill Clinton con motivo de los acuerdos de Dayton, 27 Noviembre 1995. Disponible en http://edition.cnn.com/US/9511/bosnia_speech/speech.html , último acceso febrero 2017.

La retórica empleada tras el 11-S para reforzar las justificaciones de la GGCT se nutre por tanto de una práctica muy arraigada en la tradición norteamericana, algo que debemos tener muy en cuenta para poder comprender el funcionamiento y el impacto de dicha retórica en la sociedad y, en definitiva, en el ordenamiento jurídico. La reacción inicial de la población americana, desconcertada y traumatizada, fue la de concebir los atentados como fruto de una maldad sin motivos. El presidente Bush aprovechó este desconcierto –que no hacía sino corroborar la ilusión de la excepcionalidad y de la invulnerabilidad en la que el pueblo norteamericano estaba instalado- y, una vez hubo dejado claro que su respuesta sería militar, pronto comenzó a construir su discurso a partir de estos mismos esquemas, explicando la guerra en los términos de una concepción de la extraordinaria virtud americana, por un lado, y una contraconcepción de la malevolencia extranjera, por otro⁶²¹. En su discurso ante el Congreso, justo después de los atentados, Bush lanzaba la pregunta “¿por qué nos odian?”, para responder acto seguido “odian nuestras libertades”, “Estados Unidos ha sido blanco de un ataque porque somos el faro más brillante de la libertad y oportunidad en el mundo”. Esta estrategia discursiva, según la cual los valores americanos estaban amenazados debido a su naturaleza excepcional, le permitió, al menos inicialmente, obtener un gran apoyo para la guerra contra el terrorismo. El arraigo histórico de la cultura de la excepcionalidad, junto con el desconcierto de saberse atacados y amenazados, resultaron en una singular predisposición a acoger este discurso y sus consecuencias –el recorte de derechos y

⁶²¹ B. Barber, *Op. cit.*, p. 39. Estos esquemas de contraposición entre el “nosotros” y el “otro”, al maniqueísmo que denota el esquema del “bien contra el mal” le dedicamos el punto....

libertades civiles dentro de su propio territorio, las prácticas controvertidas dentro y fuera de la guerra, etc⁶²².

La visión excepcional de los propios valores, vino acompañada, naturalmente, de la invocación de la especial responsabilidad de América frente a la misión en la que se embarcaba. En el histórico discurso pronunciado en la Catedral Nacional sólo unos días después del 11-S, el presidente declaraba: “nuestra responsabilidad ante la historia está clara: responder a estos ataques y liberar al mundo del mal”⁶²³. Un año después, recordaba frente a los cadetes de West Point: “luchamos por una paz justa, una paz que favorezca la libertad (...) Y la extenderemos alentando sociedades libres y abiertas en todos los continentes”⁶²⁴. Mantuvo la misma línea ante la Convención Nacional Republicana en 2004, al recordar que “la historia de los EEUU es la historia de la expansión de la libertad, un círculo que se amplía cada vez más y crece constantemente para llegar más lejos y abarcar más”⁶²⁵.

⁶²² Sin embargo, esta actitud inicial se fue desgastando y disipando a medida que la guerra se alargaba y, como sucediera con Vietnam, el escándalo de las torturas en Abu Ghraib o la oleada de indignación suscitada por Guantánamo pusieron a prueba los fundamentos de la excepcionalidad estadounidense.

⁶²³ Declaraciones del Presidente G. W. Bush Durante la Ceremonia del Día Nacional de Oración y Recuerdo en La Catedral Nacional, Washington, D.C., 14 septiembre 2001. Disponible en <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010914-2.es.html>

⁶²⁴ Discurso Presidente G.W. Bush, “Overview of America’s International Strategy”, West Point, Nueva York, 1 junio 2002.

⁶²⁵ Declaraciones del Presidente G. W. Bush Durante La Convención Nacional Republicana, 2 de septiembre de 2004, disponible en <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2004/09/20040902-2.es.html> (Última consulta en abril 2017).

Puede que, desde fuera, esta retórica llame la atención, pero, como dice Barber, “a quienes conocen América y han presenciado el impacto de la moral americana en la política, el tono de Bush le resulta excepcionalista y moralizante en un estilo americano muy común. (...)”⁶²⁶. Y es en estas coordenadas culturales e ideológicas en las que se sitúa el discurso de la guerra contra el terrorismo.

5.2.2. EL NEOCONSERVADURISMO: EL CAMINO HACIA EL MILITARISMO Y EL UNILATERALISMO

Generalmente, se piensa en el neoconservadurismo como en una facción del Partido Republicano, la facción más a la derecha de la política estadounidense. Sin embargo, los representantes que integran este movimiento provienen también de la izquierda ideológica, a la que habrían abandonado ante el desengaño que experimentaron al comprobar cómo dicha ideología desatendía su idealismo acerca de cuáles deben ser los fines de la política americana⁶²⁷. De hecho, Ruiz Durán señala que el neoconservadurismo se conformó con intelectuales que peregrinaron no sólo por el ala izquierdista del partido demócrata sino también por el comunismo⁶²⁸. Irving Krystol ha

⁶²⁶ B. Barber, Op. cit., p. 60.

⁶²⁷ M.R. Torres, “La influencia de la ideología neoconservadora en la gestación y conducción de la guerra de Irak”, en *UNISCI Discussion Papers*, Núm. 15, Octubre 2007, pp. 293-312, p. 295.

⁶²⁸ Según Ruiz Durán, es en el entorno de la Guerra Psicológica para la Guerra Fría cultural donde se gestó el proyecto ideológico de la Izquierda No Comunista con el que se apuntalaría, por un lado, la socialdemocracia europea, pero que, por otro lado, y a la postre, en EEUU supondría el germen del movimiento político que se acabaría consolidando en los sectores más duros del Congreso por la Libertad. Véase. F. J. Ruiz Durán, “El origen de los neoconservadores”, en *Norba Revista de Historia*, Vol. 22, 2009, pp. 263-279, p. 278.

calificado a sus seguidores como “progresistas atracados por la realidad”⁶²⁹ que parten de un profundo pesimismo sobre el mundo que les rodea y de un idealismo desbocado sobre sí mismos.

Es indudable que las creencias neoconservadoras abarcan un espectro de la realidad social estadounidense que desborda el ámbito de estudio de esta tesis, por lo que únicamente nos centraremos en las implicaciones de la ideología neoconservadora estadounidense en relación a su visión de las relaciones internacionales y del papel de EEUU en ellas, y veremos cómo los principales postulados neoconservadores, además de jugar un papel crucial en el contexto en el que se despliega el discurso de la GGCT, inciden también en cuestiones centrales del ordenamiento jurídico internacional⁶³⁰.

El neoconservadurismo se encuentra íntimamente ligado al excepcionalismo americano en la medida en que es precisamente la lectura que desde esta ideología se hace de dicha excepcionalidad la que termina por imponerse e impregnar el contexto ideológico. Los neoconservadores conciben a la nación estadounidense como una nación superior que necesita cumplir su misión especial para desarrollar plenamente su identidad nacional⁶³¹. Esta superioridad se manifiesta, a su vez, en dos dimensiones complementarias: la moral y la militar. La superioridad moral defiende que cuando los EE. UU. actúan en las relaciones internacionales el resultado es siempre mejor que

⁶²⁹ I. Krystol, *Neo-conservatism: The autobiography of an idea*, Chicago, Ivan R. Dee Publisher, 1999.

⁶³⁰ M. Iglesias Cavicchioli, *Op. cit.*, p. 3.

⁶³¹ *Ibid.* p. 5.

el que se obtendría si no hubieran actuado, incluso aunque actúe mediante acciones unilaterales y contrarias al Derecho Internacional⁶³². Dicha superioridad encuentra su expresión en la división del mundo entre el bien y el mal, en la que me detendré unas páginas más adelante. La superioridad militar, por su parte, sería, más que una manifestación del excepcionalismo neconservador, una necesidad imprescindible para que los EEUU sean capaces de sustentar su superioridad. Cuando los EEUU son fuertes militarmente la democracia avanza en el mundo:

“El mantenimiento de la fuerza militar Americana no es sólo vital para una política exterior exitosa. Los 70 y los 80 demostraron que el éxito de la democracia en el mundo está directamente relacionado con dicha fuerza”⁶³³.

En 1992, el borrador original de la *Defense Policy Guidance* sostenía, en la misma línea, que tras la Guerra Fría la superioridad militar se había convertido en la más importante de las cualidades únicas de EEUU, lo cual no es sino un redefinición del excepcionalismo americano en términos militaristas⁶³⁴.

⁶³² R.L. Bardají, “La virtud de la hegemonía americana”, en *Cuadernos de Pensamiento Político*, No. 1, Octubre 2003, p. 161.

⁶³³ E. Abrams, *Security and Sacrifice: Isolation, intervention and American Foreign Policy*, Indianapolis, Hudson Institute, 1995, p. 118.

⁶³⁴ M. Iglesias Cavicchioli, *Op. cit.*, p. 6.

Frederick Kagan alertó sobre la decadencia estadounidense durante el mandato del presidente Clinton precisamente debido a lo que consideraba una decadencia injustificada de las fuerzas armadas de EE.UU⁶³⁵. Kristol y Robert Kagan llegaron a afirmar que el poderío militar era el principal instrumento hegemónico de los EE.UU⁶³⁶.

Es por eso que la superioridad militar ha sido una de las reivindicaciones permanentes de la PNAC, que ya en su Declaración de Principios proclamaba que la fuerza americana es “una fuerza para el bien” y, por ello, exigía un aumento sustancial del presupuesto en defensa⁶³⁷. Tras los atentados del 11-S y la declaración de la GGCT, la PNAC escribió una carta al presidente Bush en la que, además de manifestar su apoyo a las intervenciones armadas, le instaba a aumentar el gasto en defensa para poder llevarla a cabo⁶³⁸.

De la visión neoconservadora de la excepcionalidad – entendida como superioridad- se deriva una defensa a ultranza del unilateralismo como instrumento de acción preferido en la política exterior: dado que los EE.UU poseen una superioridad moral y militar -y, por ende, una responsabilidad especial-, no pueden ni deben someterse a las prohibiciones y limitaciones de

⁶³⁵ F.W. Kagan, “The decline of America’s Armed Forces”, en W. Kristol, R. Kagan (eds.), *Present Dangers: crisis and opportunity in American Foreign and Defense Policy*, San Francisco, Encounter Books, 2002, pp. 241-266.

⁶³⁶ W. Kristol y R. Kagan, “Interés nacional y responsabilidad global”, en W.Kristol y R. Kagan (eds.), *Peligros presentes. Soluciones de la nueva Administración Bush ante una civilización amenazada*, trad. De Ignacione de la Rasilla del Moral, Almuzara, Córdoba, 2005, pp. 56-57.

⁶³⁷ PNAC, “Statement of Principles”, Washington DC, 3 Junio 1997.

⁶³⁸ PNAC, “Letter to Pres. Bush on the Defense Budget”, Washington DC, 23 enero 2003.

actuación que impone el Derecho Internacional, pues perciben el Derecho Internacional y las instituciones multilaterales como obstáculos en la consecución de sus pretensiones⁶³⁹.

Según Papp, Johnson y Endicott, el unilateralismo habría sido el principio imperante en la política exterior estadounidense hasta la llegada del presidente Wilson. Es entonces cuando, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, el multilateralismo comienza a ganar terreno y surge el debate entre ambas opciones. Más tarde, con el fin de la Guerra Fría y la consolidación de EE.UU. como líder del mundo occidental, vuelven a cobrar protagonismo las preferencias unilateralistas que, una vez más, el 11-S contribuirá a exacerbar⁶⁴⁰. Durante la administración Bush, el unilateralismo se disfrazó de multilateralismo gracias a las llamadas “coaliciones de voluntarios” (*coalitions of the willing*), a través de las cuales EEUU y un grupo de varios Estados aliados llevaban acciones militares al margen del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Sin embargo, como señala Remiro Brotons, “el unilateralismo se define no por el número de actores, sino por la actuación en infracción de las normas internacionales, y en ese sentido puede ser perfectamente grupal”⁶⁴¹.

Esta visión de las relaciones internacionales tiene inevitablemente, aunque de manera indirecta, su traducción en una visión imperial y negadora del Derecho Internacional según la cual EE.UU. debe determinar por sí mismo las normas que le

⁶³⁹ M. Iglesias Cavicchioli, *Op. cit.*, p. 8.

⁶⁴⁰ D.S. Papp, L.K. Johnson y J.E. Endicott, *American Foreign Policy. History, Politics and Policy*, New York, Pearson Longman, 2005, pp. 50 y 57-59,

⁶⁴¹ A. Remiro Brotons, “La tentación de la agresión”, en *Política Exterior*, 92, Marzo-abril 2003, pp. 19-23.

son aplicables; es decir, el Derecho Internacional queda supeditado a la voluntad y a los intereses de los EE.UU., pero no a la inversa⁶⁴². La premisa iusfilosófica que sostiene esta visión del Derecho Internacional es la de que el poder estatal tiene primacía sobre el Derecho en las relaciones internacionales, por lo que éste depende del primero⁶⁴³. Para los neoconservadores, la pauta en las relaciones internacionales debe venir marcada por la voluntad de los Estados –en particular, por la voluntad de los EE.UU-, no por las normas. Esta visión del Derecho Internacional confiere a los EEUU la capacidad de seleccionar las partes que le interesa aplicar y descartar libremente las que considera que coartan su libertad de acción en la política de exterior o que obstaculizan su estrategia. Se trata de un funcionamiento que, como se ha visto en este trabajo, se ha manifestado en la GGCT en forma de un particular paradigma que combina elementos del modelo bélico y del criminal. Llevada a sus últimas consecuencias, esta visión llega a afirmar la negación misma del Derecho Internacional, como vemos en autores como John Bolton:

“International law is not law; it is a series of political and moral arrangements that stand or fall on their own merits, and anything else is simply theology and superstition masquerading as law”⁶⁴⁴.

⁶⁴² M. Iglesias Cavicchioli, *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁴⁴ J. R. Bolton, “Is there really law in international affairs?”, en *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol.10, 1, 2000, p.48.

En la misma línea negacionista se manifiesta W. Bennet:

“Existe una obvia y crucial diferencia entre los individuos y las naciones. Los primeros viven bajo unas leyes cuya violación no encuentra justificación o excusa en la ignorancia o buena voluntad. Entre las naciones, por el contrario, no existe ley que sea obligatoria o resulte conocida universalmente. Como consecuencia, el poder de juzgar pertenece a cada nación: no hay árbitro final salvo el carácter de nuestra intención y el juicio de la Historia”⁶⁴⁵.

Sobre estas premisas teóricas, los neoconservadores construyen sus múltiples críticas al Derecho Internacional: 1) el DI es contrario a los intereses de EE.UU.⁶⁴⁶, 2) el DI está obsoleto –una crítica especialmente lanzada en el marco de la ggct-, 3) el DI es, en cualquier caso, un ordenamiento amoral⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ W.J. Bennett, “Moralidad, carácter y política exterior estadounidense”, en W. Kristol y R. Kagan (eds.), op. cit., pp.103 y 104.

⁶⁴⁶ Frum y Perle consideran que en la Guerra contra el Terror hay que evitar que la ONU condicione las necesidades defensivas de los EE.UU. D. Frum y R. Perle, *An end to Evil: how to win the war on terror*, New York, Ballantine Books, 2004, p. 234.

⁶⁴⁷ El Derecho Internacional no solamente es un obstáculo a los intereses estadounidenses y está obsoleto sino que, además, es contrario a los valores americanos –que, recordemos, son los que deben informar la sociedad internacional-. Según Robert Kagan, por ejemplo, el Derecho Internacional, en su falsa neutralidad, es un ordenamiento jurídico antidemocrático que contribuye a perpetuar los regímenes dictatoriales. R. Kagan, *El retorno de la Historia y el fin de los sueños*, Madrid, Taurus, 2008, pp. 102-107.

5.3. LOS ELEMENTOS DEL DISCURSO

Los elementos ideológicos juegan un papel importante a la hora de explicar y comprender la GGCT, pues es en el contexto ideológico que acabamos de exponer en el que se despliega la retórica que acompañará a la GGCT. Una retórica que, aunque hemos ido presentando de manera individualizada para cada uno de los órdenes normativos en que hemos dividido el trabajo, presenta una serie de características comunes sobre las que ahora conviene reparar y reflexionar.

5.3.1 EL DISCURSO DE LA GUERRA JUSTA

En el funeral por las víctimas del 11-S, el entonces presidente de los EEUU advertía: “esta nación es feroz si la mueven a la furia”⁶⁴⁸. Y un día después, Bush proclamaba que “aquellos que hacen la guerra contra EEUU eligen su propia destrucción”⁶⁴⁹. Sin embargo, a pesar del tono violento y amenazante de los primeros discursos, EEUU pronto se ocupó de presentar ante el mundo su reacción como una cuestión de justicia y no de venganza⁶⁵⁰. Las expresiones que se emplearon para bautizar las operaciones que se erigirían como emblemas de la guerra contra el terrorismo, “Justicia Infinita”, para

⁶⁴⁸ Declaraciones del Presidente G. W. Bush Durante la Ceremonia del Día Nacional de Oración y Recuerdo en La Catedral Nacional, Washington, D.C., 14 septiembre 2001. Disponible en <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010914-2.es.html>

⁶⁴⁹ Discurso Bush 15 septiembre 2001, El correo 16 sept. 2001. Para un análisis en mayor profundidad, véase Rodríguez Fouz, M., “Las voces del Imperio. Sobre la semántica de la justicia y del derecho a la guerra”, *Política y Sociedad*, Vol. 41, No. 3, 2004, pp. 63-84.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 75.

Afganistán, o “Libertad duradera”, para Irak, dicen mucho de la causa (oficial) que abanderaba la guerra contra el terrorismo.

EEUU dejó claro desde el comienzo que su guerra contra el terrorismo era un proyecto de “guerra justa”. Sería trabajo posterior de intelectuales y expertos aportar argumentos específicos para justificar las invasiones de Afganistán e Iraq mientras se construía un proyecto bélico *sui generis* de mayor envergadura que se difundiría como un proyecto justo⁶⁵¹.

Es cierto que los ecos de las viejas doctrinas de la guerra justa nunca han dejado de resonar del todo, pero el 11-S y el proyecto de guerra global contra el terrorismo relanzaría estas teorías con un éxito abrumador. El discurso de la guerra contra el terrorismo recupera la doctrina de la guerra justa para legitimar las intervenciones que conforman dicho proyecto bélico pero, como dice Campione, lo que vuelve al ruedo es, particularmente, el requisito de la “justa causa material”⁶⁵² y, a partir de ahí, parámetros morales como “bueno” o “justo” se mezclan deliberadamente con conceptos como “legítima defensa”, “agresión”, “derechos humanos” o “terrorismo”.

Hemos visto en el capítulo I de este trabajo que el desarrollo y el auge de la teoría de la guerra justa se corresponden con lo que algunos han definido como la “fase inorgánica” de la sociedad internacional⁶⁵³, una etapa en la que

⁶⁵¹ A. Vanaik, “Terrorismo político y el proyecto imperial estadounidense”, en A. Vanaik (ed.), *Casus Belli, cómo los EEUU venden la guerra*, TNI e-books, pp.100-123, p. 101.

⁶⁵² R. Campione, “El trilema de *Polemos...*”, *cit.*, p. 199

⁶⁵³ J. Baqués Quesada, *La teoría de la guerra justa. Una propuesta de sistematización del ius ad bellum*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2007, p. 234.

no se había superado el estado de naturaleza en el ámbito internacional y en la que, consecuentemente, los Estados hacían justicia por sí mismos. Conforme se fue desarrollando el *ius publicum europeum*, la doctrina comenzó a entrar en crisis y, finalmente, hay quien pensó que la vieja doctrina habría quedado enterrada para siempre con la criminalización de la guerra de agresión en La Carta en 1945. No hay duda de que se trataba de una previsión equivocada. El debate sobre las guerras justas fue reavivado en los años 60 de la mano del razonamiento moral sobre la guerra propuesto por Walzer en *Guerras justas e injustas*, según el cual el paradigma legalista de la Carta debe ser revisado y ampliado para adaptarse al mundo en el que vivimos:

“Los Estados pueden hacer uso de la fuerza militar cuando se encuentren ante amenazas de guerra y siempre que no hacerlo ponga seriamente en riesgo su integridad territorial o su independencia política. En tales circunstancias, puede decirse *con justicia* que se han visto forzados a luchar y que son víctimas de una agresión”⁶⁵⁴.

Durante la época nuclear, pareció que la teoría de la guerra justa iba a quedar, esta vez sí, enterrada para siempre en la medida en que, como decía Bobbio, la guerra se revelaba como

⁶⁵⁴ M. Walzer, *Guerras justas e injustas...*, *cit.*, p. 130. En realidad, Walzer, como dice Baccelli, no estaría siendo original, como tantas veces se le ha atribuido, sino que estaría reinterpretando -ampliando- la noción de agresión, para admitir el uso de la fuerza en un número de causas más amplio. L. Baccelli, *Op. cit.*, p. 117.

una “vía bloqueada”⁶⁵⁵. La destrucción intrínseca a la guerra nuclear excluye la perspectiva de la guerra como mal necesario para conseguir un determinado fin en tanto en cuanto hablar de victoria se vuelve imposible. Es decir, no hay ninguna causa que pueda justificar la guerra porque ésta ya no sirve para perseguir ningún fin salvo la destrucción⁶⁵⁶. Sin embargo, con el fin de la Guerra Fría y, sobre todo, con el discurso de la primera Guerra del Golfo, la categoría de la guerra justa resurge de sus cenizas para jugar un papel fundamental, esta vez en la modalidad de guerra humanitaria: se defiende la guerra como instrumento justo y legítimo para imponer los derechos humanos y la democracia⁶⁵⁷.

Bajo el paraguas de la GGCT desplegado tras el 11-S, si bien se combinan argumentos tanto defensivos como humanitarios, el telón de fondo remite siempre al problema de la (in)seguridad, erigido ahora como nuevo paradigma de causa justa para ir a la guerra⁶⁵⁸. La impronta de la doctrina de la guerra justa no sólo se aprecia en el discurso de los dirigentes responsables de la guerra, sino también en el de instituciones y

⁶⁵⁵ N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Ed. Gedisa, 1982, pp. 51-56.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ El propio Bobbio que, en su razonamiento sobre la guerra en la época nuclear había declarado caduca la idea de guerra justa, variará su postura en la década de los 90. En la medida en que la primera guerra del Golfo fue, como dice, una guerra en conformidad con el Derecho Internacional, se vio obligado a reconocer que era una guerra legal y, por tanto, justa (subyace en esta postura una visión kelseniana de la guerra como sanción y que equipara la guerra legal a la guerra justa). N. Bobbio, *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*, Venezia, Marsilio, 1991; véase también G. Bossetti, Entrevista a Norberto Bobbio, “Il mio dubbio: guerra giusta, ma inevitabile?”, en *L'Unità*, 9 marzo 1991.

⁶⁵⁸ Lo veremos en el punto 5.3.3 de este capítulo.

organismos internacionales: en el Informe *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, se hace eco de las “razones morales”, de las “buenas razones, tanto morales como jurídicas”, y de las “cuestiones de conciencia y sentido común” para usar la fuerza fuerza⁶⁵⁹, y la International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) reproduce una serie de criterios normativos para justificar las intervenciones armadas que recuerdan sobremanera a la doctrina medieval de la guerra justa: autoridad competente, justa causa, recta intención, extrema ratio, proporcionalidad en los medios y expectativa razonable de éxito⁶⁶⁰. Vemos cómo, al albor de la GGCT, algunos de los elementos históricamente más problemáticos de la teoría de la guerra justa están siendo crecientemente empleados y asimilados no sólo entre políticos y ciudadanos, sino también entre estudiosos y académicos⁶⁶¹. A la luz de este resurgimiento de la guerra justa, conviene, por tanto, volver a llamar la atención sobre los problemas inherentes a esta doctrina, y también sobre sus efectos adversos.

Como apunta Campione, si aceptamos que la legitimación de la guerra dependa de la justicia de su causa, entonces, para evitar un apropiación arbitraria y subjetiva de la misma, habrá que establecer de dónde proviene la justicia; en caso de averiguarlo, habremos de indagar de dónde procede aquello de lo que se extrae la justicia, y así sucesivamente, con

⁶⁵⁹ GANADC *Un mundo más seguro*, párrafos 204 y 205.

⁶⁶⁰ ICISS, *Responsibility to Protect*, Ottawa, International Development Research Centre, 2001.

⁶⁶¹ J. Baqués, *Op. cit.*, p. 246.

el consiguiente *regressus ad infinitum*⁶⁶². Incluso aunque existiese una sola interpretación de lo que es justo e injusto, la ley, como recuerda J. Baqués, será siempre una imagen más o menos imperfecta de esa justicia ideal⁶⁶³.

La historia demuestra que es inherente a la doctrina de la guerra justa su exposición al abuso. No estamos frente a un efecto adverso derivado de su incorrecta aplicación, sino ante un problema sustancial insalvable de la teoría, su “posibilidad intrínseca de abuso”⁶⁶⁴. La teoría, por su propia configuración y componente moral, puede ser empleada simultáneamente de diversos modos y con diversos fines, a veces sin buena fe. Como señalábamos en el capítulo I de este mismo trabajo, se trata de una teoría diseñada no para la paz, sino para justificar la guerra; es el propio diseño y naturaleza moral de la teoría lo que condiciona estas dinámicas: la misma teoría puede ser invocada al mismo tiempo por dos bandos enfrentados entre sí, que reclamarán simultáneamente estar en posesión de causa justa. Pero lejos de ser éste el único requisito problemático, ocurre lo mismo con las exigencias de “ultima ratio” o “proporcionalidad”, entre otros. Incluso el propio Walzer llama la atención sobre la complejidad que encierra la expresión “último recurso”: “la idea de “último” es meramente una excusa para posponer indefinidamente el uso de la fuerza. Siempre hay algo más que hacer antes de lo que viene en último lugar”⁶⁶⁵. Lo vimos con la guerra del Golfo en 1991: mientras que los defensores de la

⁶⁶² R. Campione, El Trilema de *Polemos...*, *cit.*, p. 188.

⁶⁶³ J. Baqués, *Op. cit.*, p. 250.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 256.

⁶⁶⁵ M. Walzer, “¿Es ésta un guerra justa?”, en *El País*, 8 abril 2003.

invasión alegaban estar recurriendo a la fuerza como último recurso, sus contrarios denunciaban que no se habían agotado el resto de medios. Simultáneamente, a la posibilidad intrínseca de abuso se le suma el problema técnico sobrevenido a la luz de los avances armamentísticos. La teoría está ahora expuesta al abuso por parte de ejércitos cada vez más poderosos, dotados de un armamento cada vez más letal y destructivo⁶⁶⁶.

Por otro lado, la recuperación de esta doctrina ha propiciado múltiples inconvenientes que no deben ser confundidos con los problemas de la teoría misma que acabamos de enumerar. La imposibilidad de determinar el significado universal de lo que es “justo”, “bueno”, o “moral”, abre las puertas a la posibilidad de que cada parte alegue estar actuando con una causa justa y justificar, a partir de ahí, todo tipo de desviaciones de la norma, por lo que, como veíamos en el capítulo III, la crucial separación entre el *jus in bello* y el *jus ad bellum* se vuelve inoperante⁶⁶⁷. Recordemos que el *jus in bello* será efectivo si y sólo si lo aislamos de consideraciones sobre la mayor o menor justicia de la guerra. Por otro lado, la recuperación de la doctrina de la guerra justa ha contribuido igualmente a agravar la confusión entre el ordenamiento doméstico y el internacional⁶⁶⁸, y entre el ordenamiento bélico y el criminal. Como veíamos en el capítulo IV, el discurso de la justicia y la moralidad versus la inmoralidad del enemigo ha interferido en el Derecho Penal dando paso a un Derecho Penal

⁶⁶⁶ J. Baqués, *Op. cit.*, p. 252.

⁶⁶⁷ R. Campione, *El Trilema de Polemos...*, *cit.*, p. 188.

⁶⁶⁸ En el ordenamiento jurídico internacional, a diferencia del primero, no existe una autoridad neutral que aclare la cualificación normativa de las acciones realizadas por los atacantes.

del enemigo que discrimina al criminal identificado como enemigo político en virtud de la inmoralidad atribuida a su causa.

5.3.2. LA REPRESENTACIÓN DEL ENEMIGO: MANIQUEÍSMO Y RELIGIÓN.

Otra característica llamativa al tiempo que problemática del discurso de la GGCT es el planteamiento del problema en blancos y negros, que contrapone a la excepcional virtud estadounidense la malevolencia del enemigo: “será una lucha monumental contra el mal. Pero el bien prevalecerá”⁶⁶⁹. Se trata de un planteamiento claramente maniqueo e, incluso, como apunta J. de Lucas, de una “suerte de lectura nietzscheana de las relaciones internacionales”⁶⁷⁰. Pero esta interpretación, inherentemente problemática, adquiere una dimensión aún más cuestionable en el momento en el que el presidente Bush decide embarcarse en la tarea de convencer al mundo para que se sume a su causa según la consigna “o estás con nosotros o estás con los terroristas”⁶⁷¹.

Lo que Todorov llamaba “la tentación del bien”⁶⁷² resurge ante la irrupción en escena de un enemigo que se identifica con

⁶⁶⁹ Discurso del presidente G.W. Bush 12 septiembre de 2001. En *El País*, 13 septiembre 2001.

⁶⁷⁰ J. de Lucas, “La paz imposible. De Erasmo a Kelsen, pasando por Kant”, en J.M. Martínez de Pisón Caverro y M. Urrea Corres (coords.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 31-58, p. 33.

⁶⁷¹ B. Barber, *Op. cit.*, p. 35.

⁶⁷² Expresión empleada por Tzvetan Todorov en *Memorias del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, Península, Barcelona, 2002.

el más más radical: el terrorismo⁶⁷³. En su discurso sobre el Estado de la Unión del 29 de enero de 2002, el presidente Bush emplearía por vez primera la famosa expresión del “eje del mal” que tan productiva le resultó para justificar su postura: “los Estados como estos –decía refiriéndose a Irak, Irán y Corea del Norte- y sus aliados terroristas constituyen un eje del mal que recurre a las armas para amenazar la paz en el mundo”⁶⁷⁴.

En el discurso de graduación de la Academia de Militares de West Point en junio de 2002, reconocía:

“A algunos les preocupa que sea poco diplomático o descortés hablar el lenguaje de lo correcto y lo incorrecto. No estoy de acuerdo. Cada circunstancia requiere un método diferente, pero no una moralidad diferente”⁶⁷⁵.

Estas certezas morales estaban, además, bañadas en un barniz profundamente religioso. Es cierto que el lenguaje religioso ha sido, a lo largo de la historia estadounidense, un instrumento de trabajo especialmente efectivo para sus gobernantes a la hora de hacer llegar el mensaje de una forma más exitosa. Ya en 1796, el presidente Washington señalaba que:

⁶⁷³ M. Rodríguez Fouz, *Op. cit.*, p. 65.

⁶⁷⁴ B. Barber, *El imperio del miedo...*, op. cit., p. 39.

⁶⁷⁵ Remarks by the president G.W Bush, Graduation Exercise of the US Military Academy, West Point, 1 junio 2002. Este texto reaparece como epígrafe de la sección II “Champion aspirations for human dignity” de la Estrategia de Seguridad nacional de los EEUU, p. 58.

“La religión y la moral son apoyos necesarios para fomentar las disposiciones y costumbres que conducen a la prosperidad de los Estados. En vano se llamaría patriota el que intentase derribar esas dos grandes columnas de la felicidad humana, donde tienen sostén los deberes del hombre y del ciudadano. Tanto el devoto como el mero político debe respetarlas y amarlas”⁶⁷⁶.

Sin embargo, aunque la semántica del lenguaje religioso es habitual en los discursos de todos los presidentes de la historia de EE.UU., el presidente Bush se desmarcó de sus predecesores al presentar un lenguaje mucho más fundamentalista y mesiánico. Utilizó el término “cruzada” el mismo día de los ataques; unos días después recordaba a la nación que Dios estaba de su lado porque “sabemos que Dios no es neutral”⁶⁷⁷, y, en su discurso sobre el Estado de la Unión, señalaba: “la libertad que apreciamos no es el regalo de Estados Unidos al mundo. Es el regalo de Dios a la humanidad”⁶⁷⁸.

A esta visión maniquea se le sumaba la confianza bíblica en su destino y responsabilidad trascendente: EEUU, considerándose depositario del bien, tenía la misión de abatir el mal⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ Discurso del presidente Washington en 1796. Citado en MT. Aya Smitmans, “Ideales democráticos, religión y el destino manifiesto en la política exterior de los EE.UU”, en *OASIS*, No.12, pp.143-157, p. 149.

⁶⁷⁷ Discurso del presidente G.W. Bush, 20 septiembre 2001.

⁶⁷⁸ Discurso del presidente G.W. Bush, Estado de la Unión, 2003.

⁶⁷⁹ Régis Debray, “To each its own worldview”, en *International Herald Tribune*, 24 febrero 2003.

“Las cualidades de valor y compasión a que aspiran los EEUU también determinan nuestra conducta en el extranjero (...). Esta creencia nos lleva al mundo para ayudar a los afligidos y defender la paz y contrarrestar los planes de hombres malvados”⁶⁸⁰.

Al arremeter contra el “eje del mal” y defender una guerra contra los malos en nombre del bien y de la justicia, el presidente estaba en realidad haciéndose eco de la visión americana según la cual EE.UU., en su excepcionalidad, no se considera a sí mismo como un conquistador sino un liberador. “Yo era consciente” –decía Bush en una entrevista realizada por Bob Woodward- “de la acusación de que era una guerra religiosa y de que de algún modo EE.UU sería el conquistador. Yo quería que nos vieran como al liberador”⁶⁸¹.

A la hora de rebatir este esquema maniqueo, habría que empezar por poner en tela de juicio los propios planteamientos de los que parte –la visión de sí mismos y la visión del otro- y, por supuesto, la posterior inferencia según la cual la guerra es el medio necesario para combatir la amenaza que representa el “otro”. En efecto, antes de enunciar “lo otro” se debe definir qué constituye “lo propio”, pues es a partir del auto-ensalzamiento de lo que nos es propio de donde resulta que lo distinto, “el otro”, es rechazable y eliminable. Puesto que la visión excepcional que tiene EE.UU. de sí mismo ya ha sido presentada

⁶⁸⁰ Discurso del presidente G.W. Bush, Estado de la Unión, 2003.

⁶⁸¹ Bob Woodward, *Bush en guerra*, Barcelona, Península, 2003, p. 131.

e impugnada, veamos ahora cómo se representa al otro bajo la GGCT.

La derrota del comunismo y el fin de la Guerra Fría dejó en el escenario estadounidense y en el internacional un lugar vacío, el de enemigo, y los ataques del 11-S permitieron, precisamente, la consolidación de un nuevo enemigo. A partir de ahí, el discurso de la GGCT desarrolla categorías –lo vimos con el estatus de combatiente enemigo- que sirven para legitimar la exclusión del “otro”, un otro que simboliza el mal, que contamina nuestros valores y amenaza no sólo nuestra identidad sino nuestra propia existencia. Desde esta premisa, este “otro” queda excluido de nuestro mundo y, por tanto, despojado de todos los derechos y garantías que sí rigen para nosotros –sea en tiempos de paz, como sucede con el Derecho Penal del enemigo-, o en tiempos de guerra, -como sucede con la aplicación discriminatoria del *jus in bello*-.

Esta retórica fue útil en el arranque de la GGCT, inmediatamente después del 11-S, para conseguir que la opinión pública apoyara las acciones de su gobierno en el exterior y sus propios recortes en derechos y libertades. Nadie podía negar que existía un componente de maldad en las maquinaciones de los terroristas del 11-S. Pero, a medio plazo, este lenguaje tiene consecuencias desastrosas. A partir de la identificación del enemigo desde lo que es distinto, se alimentan dinámicas de choque que presumen que existe un “nosotros” y un “ellos”, insistiendo en el papel de Occidente y de EE.UU como el llamado a garantizar la justicia y la seguridad. Lo que se consigue, sin embargo, es perpetuar la violencia y aumentar la inseguridad⁶⁸².

⁶⁸² C. M. Mina González, “La redefinición del enemigo político luego del 11-S-2001: un análisis desde la guerra y sus discursos”, en *Revista de la*

La trampa reside en que ese lugar reservado a “lo otro” -en virtud del discurso y las prácticas que hemos ido viendo a lo largo del trabajo-, más que por el fenómeno del terrorismo, ha sido ocupado por el Islam, hasta el punto de que todos los movimientos que actuaban en nombre del Islam fueron marcados como terroristas. La paradoja es que la misma América que se considera inocente y cree que debe salvar al resto del mundo imponiendo sus principios, sitúa no sólo al mundo, sino a su propio territorio en una posición de riesgo mayor, y esta presentación del enemigo juega, como veremos enseguida, un papel fundamental en la utilización del miedo y en la percepción del peligro que supone ese “otro”.

5.3.3. LA SEGURIDAD EN EL EPICENTRO

El 11-S puso en evidencia la vulnerabilidad del gigante norteamericano, que era testigo de cómo sus sistemas de seguridad fallaban y experimentaba, consternado, cómo su territorio y sus ciudadanos podían ser atacados sin necesidad de recurrir a armamento sofisticado. Aquellos atentados dejaron a la opinión pública norteamericana traumatizada, indignada y atemorizada, y el discurso de la GGCT ha explotado de forma especialmente efectiva estos sentimientos al presentar la guerra como única solución posible para restaurar lo que parecía irrestaurable: la invulnerabilidad⁶⁸³.

Las decisiones tomadas bajo el paraguas de la GGCT se han justificado recurrentemente, como hemos ido viendo a lo largo del presente trabajo, en aras de la seguridad nacional e

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, Vol. 38, No. 109, pp. 363-384, p. 381.

⁶⁸³ M. Rodríguez, *Las voces del imperio...*, *cit.*, p. 100.

internacional. Se trata de uno de los elementos más relevantes y característicos de la estrategia legitimadora de la GGCT, hasta el punto de que la GGCT habría marcado un nuevo enfoque de las relaciones internacionales a partir de la seguridad como tema principal. Dicho de otro modo, la GGCT habría desencadenado una reubicación teórica y práctica de la cuestión de la seguridad, situada ahora en el epicentro del debate y del discurso político⁶⁸⁴.

A partir de esta realidad, lo que me interesa explorar es la manera en la que el asunto del terrorismo llega a erigirse como el paradigma del gran problema de seguridad de nuestro tiempo, pues el elemento principal aducido para esta reubicación de la seguridad ha sido el 11-S. No es mi propósito adentrarme en una valoración técnica sobre la gravedad la amenaza terrorista –una labor sumamente necesaria y relevante pero que reservo para los analistas y expertos en esta materia-, sino más bien poner de manifiesto en qué medida el discurso de la amenaza terrorista ha sido empleado para justificar prácticas y decisiones que han supuesto una desviación con respecto a la norma.

Con el 11-S, el problema de la seguridad interna queda directamente vinculado a la esfera de las relaciones internacionales. Como señala Pérez Cepeda, la preocupación por la seguridad ya no se limita a la propia persona sino que se extiende a ámbitos supraindividuales o colectivos

⁶⁸⁴ J. Martínez de Pisón Caverio, “Los discursos sobre la guerra: de la seguridad nacional a la guerra anticipatoria. Un nuevo riesgo global”, en J.M. Martínez de Pisón Caverio (coord.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 59, 60.

supranacionales en la medida en que se ha entronizado un nuevo peligro mundial: el terrorismo⁶⁸⁵.

Este salto, este desplazamiento del foco de atención del individuo a la colectividad se produce en el marco de una tendencia que expertos en seguridad han bautizado como “securitización” y “macro-securitización”⁶⁸⁶ de la agenda política, y que no está exenta de problemas. En este sentido, el término “securitización” trata de explicar el proceso a través del cual tanto las amenazas como la inseguridad son trasladadas a los receptores -los ciudadanos-, haciendo hincapié en el carácter discursivo de dicho proceso.

Se parte de la premisa de que al identificar una amenaza y hablar de seguridad se producen una serie de consecuencias en el receptor, especialmente sensible y traumatizado y, por tanto, más receptivo. Una vez identificado el carácter (o valor) performativo del lenguaje, se aprovechan las dimensiones especialmente sensibles del individuo, como el miedo o el deseo de vivir libres de amenazas para, a partir de ahí, señalar un

⁶⁸⁵ A. I. Pérez Cepeda, “Políticas de seguridad, guerra sancionadora y Derecho Penal Bélico”, en J.M. Martínez de Pisón Cervero (coord.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 283-322, p. 283.

⁶⁸⁶ Se trata de una expresión formulada por la Escuela de Copenhague en los años 90. Pese a que Ole Waever había empezado a trabajar sobre dicha teoría a finales de los 80, no es hasta la publicación de *Security: a new framework of analysis*, en 1998, cuando se presenta su formulación oficial. Se entiende por Escuela de Copenhague al conjunto de investigadores pertenecientes al Copenhague Peace Research Institute (COPRI). El concepto de macro-securitización fue acuñado tras el 11-S por Buzan y Waever para explicar cómo, desde entonces, el proceso de securitización opera en una escala superior y con estructuras aún más complejas. Véase B. Buzan, O. Waever, J. de Wilde, *Security: a new framework for analysis*, London, Lynne Rienner Publishers, 1998, y B. Buzan y O. Waever, “Macrosecuritization and security constellations: reconsidering scale in securitization theory”, en *Review of International Studies*, N. 35, 2009, p.256

asunto determinado y calificarlo como amenaza⁶⁸⁷. Como explica Verdes-Montenegro, cobra especial interés, por tanto, el diseño social del problema: cuando el actor securitizador decide impulsar la securitización de un asunto mediante la identificación, definición o resignificación de un hecho como amenaza, dicho actor no sólo se atribuye la responsabilidad de acabar con esa amenaza, sin que además tiene su parte de responsabilidad en la gestión del surgimiento mismo de la amenaza⁶⁸⁸.

No es mi intención entrar a debatir el fondo de los planteamientos de la teoría de la securitización⁶⁸⁹ sino simplemente indicar que se trata de un fenómeno que, al margen del juicio que nos inspire, se está dando en la GGCT. Pero más allá de constatar que el marco teórico de la securitización se está aplicando a la GGCT, me interesa alertar sobre las implicaciones de esta peculiar dimensión del paradigma de la GGCT. Y es que securitizar un asunto supone automáticamente sacar ese asunto de las reglas del juego establecidas, pues al definir un asunto como una amenaza extraordinaria a la seguridad se refuerza la idea de que requiere

⁶⁸⁷ F.J. Verdes-Montenegro Escánez, “Securitización: agendas de investigación abiertas para el estudio de la seguridad”, *Revista de Relaciones Internacionales*, Número 29, Junio – Sept 2015, pp. 111-131, p. 112-117.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ Desde su formulación a finales de los 90 y, especialmente desde el 11-S, se han sucedido las reformulaciones y también las críticas a esta teoría. Puede verse M. McDonald, “Securitization and the Construction of Security”, en *European Journal of International Relations*, No. 14, 2008, pp. 563-587; H. Stritzel, “Towards a theory of securitization: Copenhagen and beyond”, en *European Journal of International Relations*, No. 13, 2007, pp. 357-383, F. Ciutà, “Security and the problem of context: a hermeneutical critique of securitization theory”, en *Review of International Studies*, No. 35, 2009, pp. 301-326.

medidas extraordinarias o excepcionales, lo que, en el caso de la GGCT, se ha manifestado en forma de estados de emergencia permanentes, en una hipermilitarización de la lucha contra el terrorismo y en la transformación de los Estados en “Estados fortaleza de vigilancia transnacional”⁶⁹⁰ -una transformación especialmente visible en los países anglo-americanos. Por otro lado, esta reubicación de la seguridad, y esta securitización de los asuntos (se nutre de) y contribuye a activar unos procesos psicológicos en el receptor -la sociedad-, que dan forma, junto con las otras facetas del discurso ya vistas, a un posicionamiento frente al otro de amigo-enemigo; un planteamiento que, como ya se ha visto, sienta las bases para el despunte de la discriminación y demonización del otro que se ha visto con la GGCT. De esta manera se abona el terreno para que, en aras de una mayor seguridad, pasen a considerarse admisibles y justificables vulneraciones de normas que, en otro contexto, resultarían inconcebibles -como sucede, por ejemplo, con la norma que prohíbe el uso de la fuerza y la admisión de la guerra preventiva o con la suspensión o vulneración de derechos y libertades del individuo-.

5.3.4. LA UTILIZACIÓN DEL MIEDO

Tanto el recurso al argumento de la guerra justa como los esquemas del excepcionalismo y el maniqueísmo son mecanismos que ya habían sido empleados y explotados con anterioridad a la guerra contra el terrorismo por lo que, si bien

⁶⁹⁰ A. I. Pérez Cepeda, “Políticas de seguridad, guerra sancionadora y Derecho Penal Bélico”, en J.M. Martínez de Pisón Cavero (coord.), Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 283-322, p. 286.

contribuyen a explicar el potencial legitimador de su discurso, no son rasgos inéditos ni exclusivos de dicho discurso. En realidad, ninguno de los elementos explorados hasta este momento explica, por sí sólo, el funcionamiento de la estrategia legitimadora de la ggct. Tampoco la combinación de todos ellos completaría la ecuación de la GGCT pues, aunque con variaciones, los mismos ingredientes se pueden encontrar en otros contextos y en otras banderas legitimadoras como las intervenciones armadas humanitarias. La variable que falta por analizar y que, además de decisiva, considero que es la más propia de la GGCT, es la que tiene que ver con la utilización del miedo.

La utilización del miedo se aprecia de forma transversal en todo el discurso de la ggct; es decir, los elementos propios del discurso del miedo se hallan en realidad diseminados a lo largo de los tres pilares discursivos que hemos identificado y están íntimamente ligados, precisamente, tanto a la construcción discriminatoria y excluyente que hemos visto que se hace del enemigo como a la construcción de la amenaza a través del proceso de securitización.

El discurso del miedo se caracteriza, en términos generales, por emplear diversos mecanismos que contribuyen, a partir de un temor constatado en la población, a alimentar la percepción anticipada y permanente de un peligro. Más que construir un temor –como ya he señalado, en ningún momento pretendo sostener que la amenaza terrorista sea una amenaza irreal ni imaginaria-, lo que se hace desde los gobiernos que han legitimado la GGCT es explotar las ansiedades y temores que, naturalmente, provocó el trauma de los atentados del 11-S (y más tarde, también, los atentados de Bruselas, Berlín, París o Londres).

La Administración Bush identificó y supo explotar estas emociones -miedo y resentimiento- a través de varios mecanismos que empiezan, por ejemplo, con la incesante alusión a la propia fecha traumática, el 11-S, a lo largo de todos estos años. También el recurso a mecanismos retóricos que inciden en la confrontación, la construcción de una imagen maléfica del enemigo⁶⁹¹ o la amalgama de conceptos sin matizar y las asociaciones que se establecen entre palabras como “amenaza”, “terrorista”, “terror” o, como sucedió en Irak, la propia mentira –con la alusión a las armas de destrucción masiva- son ejemplos habituales en la utilización y explotación del miedo. El discurso que giró en torno a Irak y a Sadam en 2003 es un ejemplo paradigmático de cómo el gobierno de Bush desplegó todos sus recursos para alimentar el temor y la sensación de vulnerabilidad. Por medio de una serie de asociaciones y mentiras, la administración Bush prácticamente logró que la población estadounidense llegara a identificar a Sadam Hussein con el terrorismo y, más aún, que sintiera que existía la necesidad de hacer algo contra su “maldad”⁶⁹². Como dice Chomsky, es importante observar cómo se construyó la

⁶⁹¹ “Saddam Hussein tiene una larga historia de agresión temeraria y de crímenes terribles. Posee armas de terror. Provee fondos y entrenamiento y resguardo a los terroristas –terroristas que con gusto utilizarían armas de destrucción masiva contra América y otros países que aman la paz. Sadam Hussein y sus armas son una amenaza directa para este país, para nuestra gente y para toda la gente libre”. Presidente Bush, Conferencia de Prensa, 6 marzo 2003. “Hoy enfrentamos el peor peligro en la guerra del terrorismo, el peor peligro que enfrenta América y el resto del mundo, este lo constituyen los regímenes proscritos que buscan poseer armas nucleares, químicas y biológicas”. (Discurso Presidente Bush, Estado de la Unión, 28 enero 2003.

⁶⁹² Véase S. Gutiérrez Vidrio, “Construcción discursiva de la credibilidad: George W. Bush y la guerra de Irak”, en *Versión. Estudios de Comunicación, Política y Cultura: Semiótica y Poder: las negociaciones del sentido*, No. 13, Diciembre 2003, pp. 49-82.

creencia de que Irak era responsable del 11-S. Después del 11-S, sólo un 3% de la población creía que Irak tenía responsabilidad en los atentados; sin embargo, el discurso desplegado a partir de septiembre de 2002 por parte de la administración Bush –con la connivencia de los medios- logró aumentar la cifra:

“Después de septiembre de 2002, EE.UU. se convirtió en el único país del mundo en el que el 60% de la población adulta creía que Irak representaba una amenaza inminente para su seguridad. Saddam Hussein no era temido sino despreciado en países como Kuwait e Irán, que habían sido invadidos por aquel. (...) Pero un ataque propagandístico altamente eficaz alejó al público estadounidense del espectro de la opinión mundial”⁶⁹³.

La instrumentalización del miedo no sólo ha sido útil a la hora de legitimar las intervenciones y acciones llevadas a cabo con el pretexto de la GGCT, sino que, de hecho, ha contribuido a normalizar y naturalizar la violencia, la guerra y la excepción. No pretendo afirmar que EE.UU. construyera la amenaza, el enemigo ni el peligro; sino que la forma en que los ha representado en su discurso ha tenido un impacto en el imaginario social que se ha traducido en la especial efectividad de este dispositivo marco a la hora de legitimar prácticas que se desvían de la norma.

⁶⁹³ N. Chomsky, “Verdades y mitos acerca de la invasión de Irak”, en *Socialist Register*, Vol. 40, 2004, pp. 165-179, p. 174

5.4. OBSERVACIONES FINALES

Hablar de la GGCT es hablar de un complejo marco de decisiones, acciones y discursos. Con el fin de ofrecer un análisis completo de esta realidad, he estructurado el trabajo de tal manera que, hasta ahora, he tratado de analizar i) qué se ha hecho en el nombre de la GGCT y ii) por qué se ha hecho (o, mejor, por qué se ha dicho que se ha hecho). Todo ello con el objetivo de responder a una pregunta: ¿estaba justificado? La conclusión que he defendido y argumentado es que no estaba justificado. Sin embargo, contemplo cómo este dispositivo bélico funciona de forma especialmente eficaz como bandera legitimadora de prácticas y decisiones problemáticas.

Con la perspectiva que confiere haber analizado la GGCT para cada uno de los cuerpos normativos implicados, en este último capítulo he querido explorar por qué ha funcionado – como pretexto legitimador- y cuáles han sido, a mi juicio, los elementos fundamentales de la estrategia legitimadora de la GGCT, pues considero que es en el terreno del lenguaje donde reside el potencial justificador de las prácticas hasta ahora analizadas y, sobre todo, donde reside el riesgo para el Derecho Internacional –más que en la mera desviación de la norma-.

En este sentido, considero que el despliegue y funcionamiento de la GGCT visto en los capítulos precedentes ha estado condicionado por un conjunto de ideas que ofrecen un marco explicativo muy útil: el excepcionalismo y el neoconservadurismo. Las concepciones que en este contexto ideológico se tienen de las relaciones internacionales, de sí mismos y del Derecho Internacional explican en gran medida la tendencia al unilateralismo, al militarismo e, incluso, al mesianismo que se ha visto en la GGCT. A partir de aquí, los elementos que considero que han definido la estrategia

legitimadora de la GGCT son: i) la guerra justa, ii) la discriminación del enemigo y iii) la seguridad como prioridad. Ninguna de las claves mencionadas contienen argumentos o discursos novedosos y, sin embargo, la ecléctica combinación de todos ellos, unidos a la sensación de medio y vulnerabilidad conforman un peculiar dispositivo que amenaza seriamente a la efectividad del Derecho Internacional, (muy en particular, el *jus ad bellum*, el DIH y el DIDH).

CONCLUSION

As expressed by Koskenniemi, it is not unusual that, in times of political tension and violent conflict, conducts of dubious legality are reproduced and spread; conducts whose modes of legitimation operate in grey and unstable zones of the legal order, thereby challenging the limits that exist between what is legal and what is illegal and trespassing on what is illegal but legitimate⁶⁹⁴. At the same time, the social, historical and changeable character of the Law, and the subsequent necessity for the law to adapt to social transformations in order not to become old fashioned and ineffective, are well known and unchallenged issues.

However, the recognition that Law interacts –and must interact– with the society that circumscribes it and with the different orders that shape it, does not automatically imply allowing that laws can be made or modified at the mercy of short-term or political pressures. On the occasion of the Global War Against Terrorism (GWAT), not only have initiatives and practices that deviate from the legal framework been deployed, but the capacity of the framework to deal with current threats has been questioned.

⁶⁹⁴ M. Koskenniemi, “Hierarchy in International law: a sketch”, en *European Journal of International Law*, Vol. 8, 1997, pp. 566-582, 571.

Conclusions regarding Jus ad bellum:

The first regulatory block that has been contested after 9/11 has been the one that regulates the recourse to armed force: the *jus ad bellum*.

Armed interventions in Afghanistan, Iraq or Siria dit not have an easy fit under the prevailing *jus ad bellum*, either because of the absence of an armed attack to activate self-defense, because of the dubious responsibility of a state behind such armed attack, because of its preventive nature, because of the absence of authorization from the Security Council, or because of the recourse to the problematic discourse of humanitarianism.

Initially, an attempt was made to justify the legality of such operations through expansive interpretations of the precepts of the UN Charter, which only allows recourse to force only in the event of an armed attack or if the Security Council has given it authorization.

Given the impossibility of accepting such interpretations in view of the literalness of the precepts and the principles of the Charter, a second legitimizing attempt was invoked: the emergence of a new customary rule more permissive than the conventional one resulting from the practice of States in recent years. In this regard, we have seen a certain potential evolution, yet of uncertain future, in the sense of a greater willingness in the international community to admit self-defense in cases of "imminence". Beyond that point, the commitment that leaders of the majority of Governments keep showing in their declarations with regard to the general prohibition of recourse to war - in the terms established by the Charters - prevents us from accepting the thesis of the crystallization of a new norm. When a principle

is declared as a basic legal rule in a systematic and majority way, not even multiple violations have the constitutive power to create a rule in the contrary sense.

At this point, the debate takes on a new dimension as we finally immerse ourselves in a substantive discussion on whether or not the current normative framework is suitable to current times. We thereby arrive to the third legitimating mechanism that we have identified in the process of justification of the GWOT's interventions, which consists precisely in challenging the effectiveness and validity of the *jus ad bellum*, therefore, claiming the need of overcoming it.

It is argued that, to the extent that States do not respect the norms governing the use of force, this normative regime would no longer have - if it ever had - legal binding character. My critics to this discourse have begun with the very questioning of the premises on which it is based: effectiveness should not be understood as a condition of legal validity - and, therefore, as a condition for the norm to exist - but rather as an attribute that measures the degree of harmony between law and reality and that, unlike validity, is susceptible of degrees. The role of effectiveness would therefore have to do with the durability and validation of the legal order in the long term, but not with its existence or non-existence.

Rejecting the death of the regime but recognizing at the same time the crisis of discredit and effectiveness that the *jus ad bellum* has been experiencing due to the GWAT, I have taken the opportunity to defend the importance of the prohibition of war as a constitutive norm of the international legal order, as well as the relevance of the maintenance of peace as a primary function of the international legal order. In addition to the constitutive character attached to the prohibition of war, I have reasoned

that the legal system is the most effective means of constraining the use of force between States.

Conclusions regarding the notion of “armed conflict”:

The second front in which I have identified a questioning of the legal order on the occasion of the GGCT has to do with the notion of armed conflict and its legal categories. To the extent that President G.W. Bush chose to declare a "war" on terrorism and to resort to the language of war, we were compelled to examine, on the one hand, the elements necessary for the legal determination of the existence of a war and, on the other hand, the specific features of the so-called "war" against terrorism.

The Geneva Conventions contemplate but do not define the existence of international and non-international armed conflicts. It has been thanks to the jurisprudential development that the standards and elements that allow us to identify an armed conflict of one typology or another have been determined.

International armed conflicts require the existence of de facto armed force between two States, whereas the existence of an internal armed conflicts requires assessing the intensity of violence, the involvement of non-state groups and, especially, the territory involved. However, the GWOT, as such, presents a conflict between States and non-state groups taking place in the territory of different States, so its adjustment to the existing legal categories is, at first and at least, problematic. In 2006, the US Supreme Court determined that the conflict between the United States and al Qaeda was an internal armed conflict. This ruling, while allowing to dodge the law applicable to international conflicts -much more elaborated and developed than the law applicable to internal wars- reflected an impossible

interpretation of the category of internal armed conflict: it totally disregarded the analysis of the territorial element; that is, according to this ruling, the national or transnational nature of the conflict was irrelevant.

Certainly, the absence of clear and identifiable parts, the absence of temporal and geographical boundaries, or the absence of clashes and fighting in the traditional sense, made clear that GWAT as such did not fall within the traditional categories of armed conflict. In this context, the obsolescence of these categories is again denounced and its modification requested.

To the extent that, from a strictly legal point of view, an armed conflict is the objective circumstance that gives entrance to International Humanitarian Law, expanding the existing categories would imply applying the scope of application of IHL. Therefore, faced with the accusation of obsolescence of the legal notion of armed conflict and its categories, the ultimate and fundamental question that needs to be answered is whether International Humanitarian Law should actually deal with this type of threats.

Current threats are, indeed, qualitatively different from those from previous decades or centuries. But the confirmation of these changes is by no means sufficient reason to justify the appropriateness and suitability of the warlike framework. On the contrary, the warlike paradigm was designed to deal with other types of threats which, by the very nature and function of International Humanitarian Law, must be clear, concrete and identifiable. The logic of the *jus in bello* requires that the parties to a conflict are -or can be- clearly identified, for the simple reason that this normative framework - unlike International Criminal Law or International Human Rights Law - establishes

the basic principle of equal rights and obligations between contenders. The same rights and privileges granted to the combatants of one side are also granted to those of the other.

Conclusions regarding Jus in bello:

When we speak of "global war against terrorism", we are referring -under one single label- to a multiplicity of violent phenomena that differ from each other not only in location, but also in the intensity and duration of the violence employed. Although the GGCT as such is not - and should not be - an armed conflict, it does harbor contexts that amount to armed conflict and that should therefore be governed by the *jus in bello*. However, as showed in this work, the way in which these conflicts have been conducted deviates from the existing IHL. We thus arrive at the third scenario in which the GGCT has involved a challenge to the governing body of law: the *jus in bello*.

The legitimation of these deviations has been based on the fabrication of the category "enemy combatant", a new tailor-made category, not contemplated by law, which allows the "enemy" to be placed outside the law, denying to him the protections and guarantees that *jus in bello* confers. This category, which contributes to emphasizing the unlawful and unjust character of the enemy and, at the same time, the gravity and exceptionality of the threat, has been the basis on which the constant violation of *jus in bello* has been justified.

Through my study, I have identified two keys when it comes to this legitimating discourse: on one hand, the idea of the exceptionality and gravity of the threat posed by the enemy (already expressed by Walzer with the "supreme emergency" doctrine) and, on the other, the idea that IHL does not apply (or

should not apply) to the party that wages an unjust war. Both arguments defend a suspension of the *jus in bello* (subjected to subjective considerations of what is "serious", "imminent", "just", "good" or "moral", all of which implies, neither more nor less, the collapse of the principles on which the effectiveness of *jus in bello* is based): the equality between enemies and the independence of *jus in bello* from *jus ad bellum* considerations.

From there, I have tried to argue the importance of preserving what I consider to be the greatest legal achievements of the last century. In an international context such as the present one, in which the capacity for destruction has been exponentially multiplied, and in which borders of wars are more porous than ever, it is vital that we are able to guarantee the effective application of the *jus in bello*. However, *jus in bello* will be sentenced to irrelevance, and the ferocity of wars will be unleashed, if we do not preserve the independence of the legal value of the rules that restrain hostilities from the moral value of the justice of the enemy's cause or, in other words, if we do not preserve the principles of independence *jus in bello/ jus ad bellum* and equality of belligerents

On the other hand, having analyzed the existence or non-existence of an armed conflict and the manner in which hostilities have been conducted, I have tried to show the flagrant inconsistency that exists on the basis of the American position regarding the application of IHL. The United States chose the war and spoke of war. It declared a war and carried out the war. But without its laws. If it did not want its laws, then why choosing war at all? War is a regulated activity. Putting it in another way, rules form and must form part of the war, they are a constitutive element of it; without rules, there is no war. In fact, as Hedley Bull recalls, although we are used to opposing

war with peace, the real alternative to war between states would be more diffuse violence⁶⁹⁵. If it was not in their interest to comply with the rules attached to the legal category of “war”, they could have appealed to the new and exceptional nature of the threat to place themselves outside the war paradigm. Paradoxically, they insisted on warlike language and warlike schemes. But they repudiated their laws. The intention behind all this rhetoric is to be able to use force against certain individuals, no matter where they are, merely on the basis of the threat they pose individually, without recognizing in return any of the rights granted by International Humanitarian Law. Such an extension of the concept of war aims to turn war into something that is not war, into a kind of "macro" police action against any peacemaker, criminal or antisocial element that destabilizes a certain order. We are facing an interested combination of a selection of the most seductive ingredients of the war paradigm with a selection of the most attractive elements of the criminal model; a combination that ultimately promotes a dangerous feedback between one model and another and which, in any case, ends up displacing the "Other" out of law.

Conclusions regarding the notion of “terrorism”:

If there are two concepts that are constantly being combined –and misused– are those of "war" and "terrorism", to the point that today the first is practically identified with the second, and *vice versa*. Just as the use of the term "war" has triggered an intense debate over its legal concept, the definition

⁶⁹⁵ H. Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Nueva York, Columbia University Press, 1977, p.185.

of "terrorism" after 9/11 has also posed a crucial challenge to the international legal order, particularly considering its high ideological and political burden-. To many, 9/11 attacks represented a decisive turning point in the course of a debate that, although it already existed, it had not gathered so much interest. According to this reasoning, 9/11 burst into this debate to shows us the urgency of adopting an international definition of terrorism. But in this work I have tried to uncover the weaknesses of the stance that demands the "imposition" of certain universal definition of terrorism.

In the first place, from the point of view of the individual criminal responsibility, the only argument that would justify reaching a definition of an autonomous crime of terrorism in International Law would be the sanction of certain aspect of the subjective or psychological element: motivations.

Indeed, there are many experts who defend the relevance of demanding an ideological or political motivation in order to reflect the special condemnation that, at least on a moral and social sphere, is assigned to certain motivations - and, in the end, to certain ideologies or beliefs-. But I have tried to oppose this position by reflecting on its foundations and also on its implications. If we create a criminal type that collects the special stigma of every act and result motivated by considerations of faith or ideology, or if we reflect this moral and political condemnation by increasing the sanction in the case of certain specific religious motivations - Islamists, to be more precise - we would be penetrating the delicate and problematic field of discriminatory criminal law. The consequence of transferring to criminal law the special condemnation that from a political level is attributed to a particular "cause", to a certain "motivation" or to a certain "belief" is, inevitably, a criminal law that contributes

to the demonization of a group of the population that has previously been identified as "enemy" from political spheres, and a criminal law that promotes a sort of crusade against villainous criminals. Once again, we are facing the perverse and ill-intentioned combination of the war paradigm with the criminal paradigm and, at the same time, the disturbing interference of the just war doctrine in the penal system, to the extent that we would be discriminating, by means of "motivations", depending on the greater or lesser moral and political condemnation attributed to the other's cause. This attempt to unidirectionally sanctions certain acts not on the basis of the fact but on the basis of the author's profile and of his motives is also a manifestation of States' attempts to recover the monopoly on legitimate violence.

On the other hand, as I have reasoned on chapter IV, the frequent breaches of the principles of legality and legal certainty on the part of the national definitions does not have its cause in the heterogeneous and decentralized normative context. Therefore, the problem will not necessarily be solved with a universal definition. The cause of this problem –the breach of guarantees- is not decentralization, heterogeneity or the lack of legal mechanisms that monitor States' compliance with their obligations, but, rather, the lack of implementation of those mechanisms and guarantees that already exist and, in the end, the lack of willingness to implement them.

Finally, the term terrorism is a constitutively ambiguous term, inherently political and exposed to ideological and opportunistic use and abuse; especially among enemies, who tend to accuse each other of "terrorists" as an instrument for delegitimization and mutual demonization. In the end, this is a struggle to impose "our" definition, a political struggle from

which Law must be kept aside. However, once again, 9/11 stands as a decisive turning point. 9/11 had the effect of bringing together a large part of the international community around a common enemy, jihadism. In this context, it seems that the American and European vision has prevailed over the others, so that the power over the word, the power over the decision about what is legitimate and what is not seems to pertain to the United States. In my view, however, Law should not incorporate a definition of terrorism that is eminently political, discriminatory, and that does not have the approval of much of the international community.

Conclusions regarding GWAT's discourse:

Taking in consideration the above mentioned issues, I get to the conclusion that the GWAT's discourse legitimizes a series of deviations from the applicable legal framework by challenging it as a necessary and effective means of combating terrorism. As a result of the study of the functioning of this peculiar "device" (the GWAT), I have been able to appreciate and identify its "justifying potential" when it comes to legitimizing practices that would have otherwise been resoundingly rejected. From there, I have tried to identify the most characteristic and explanatory rhetorical elements of the GWAT in which lies the justifying potential of such deviations and, at the same time, the risk for the (un)effectiveness of International Law.

The first of these consists in the recovery of the just war doctrine; in particular, of the requirement of a material just cause. The justice and morality of one's own cause -and the injustice of the enemy's- has been especially invoked when: a) legitimizing unilateral armed interventions in the absence of

both armed attack and authorization of the CS, b) legitimizing illegal practices in the conduct of the war, (c) legitimizing discriminatory criminal policies. As I have tried to make clear, the problems of this approach are not trivial. We endowed ourselves with Law in the international order precisely in order to avoid references to principles of justice or morality that we understood to be subjective and, therefore, exposed to abuse. If we had to know justice before assessing the conformity of one behavior with the international legal order, then either we assume that justice is not subjective, or we abandon the ideals of order and control at which Law is aimed.

The second discursive mechanism found under the GWOT has to do with the (re)presentation of the enemy through the use of a language and a series of categories, such as that of "enemy combatant " or "criminal law of the enemy", which contribute to their demonization and lay the foundations for their discrimination. From this premise, the "other" -the enemy, the barbarian-, is excluded from our world and, therefore, deprived of all rights and guarantees that do apply to us -both in times of peace, with Criminal Law of the enemy, and in times of war, with the discriminatory application of *jus in bello*-.

The third element that I have identified as a specific feature of the GWAT is the invocation of national and international security, to the extent that it has led to a theoretical and practical relocation of the issue of security, now located at the center of the debate. The GWAT presents us the war as the only possible solution to restore what would otherwise appear unrestrainable: invulnerability. The concern for security is no longer limited to the individual sphere; as far as a new global danger has been pointed out -terrorism-, security now extends to supra-individual or supranational collective domains. In this

jump from the individual to the collective field, the pretext of terrorism plays a fundamental role, to the extent that it has contributed to the justification of the "securitization" and militarization of different aspects of reality. The identification of terrorism as the new paradigm of an unprecedented threat to security has reinforced the idea that combating such a threat requires extraordinary or exceptional measures which, under the GWOT, has led to permanent states of emergency, an hypermilitarization of the fight against terrorism and the transformation of States into States of vigilance

However, the sum of the previous elements would be incomplete if we did not take into account a decisive variable and especial feature of the GWOT paradigm: the instrumentalization of fear. The instrumentalization of fear has not only been useful in legitimizing interventions and actions carried out under the pretext of GWOT, but has in fact contributed to the normalization and naturalization violence, war and exception.

Final thoughts:

In short, although there is insufficient reason to affirm that the reaction to 9/11 in the form of the "global war against terrorism" has crystallized in the emergence of new legal principles or norms, as has often been suggested, the legal principles underlying the international juridical order, those whose consecration allowed to overcome the pre-1945 international state of nature, are being put at risk.

The legitimation of these problematic aspirations, and the consequent de-legitimization of the legal system, has resided in the field of language rather than practice. As we have seen, the

foreign policy implemented under the pretext of GWOT has, in fact, resulted in the non-compliance with international law and in the contempt of international institutions: uses of force in the absence of armed attack, unilateral uses of force in the absence of authorization of the CS, lack of distinction between combatants and civilians, indiscriminate attacks, torture, targeted killings, are some of the problematic practices that have been examined in this investigation.

But it is not in the violation of the norm -or not only- where the GWOT's potential for undermining International Law resides, but also -and decisively- in its legitimating rhetoric. The words "war," "global," "terrorism," were deliberately chosen, and the use of such words in the past years has led to confusion -or, rather, to equalization- between what is war and what is terrorism, between the enemy and the criminal, between morality and law.

In fact, the alleged "novelties" of the period inaugurated with 9/11 -and, thereby, the danger to international law- lie in the collapse of these distinctions on which the effectiveness of the international legal order is dependent: the distinction between war and peace, between the internal and the international order, between the military and the criminal paradigm. Such breakdown is caused by rhetorics that constantly invoke justice, exceptionality or interest, that resort to self-exaltation and the demonization of the other and which, contrary to what is commonly thought, are not new. The eclectic combination of all of them, coupled with the feeling of vulnerability and fear that has permeated western societies since 9/11, might be new. And, as we have argued, the legitimizing potential that characterizes the GWAT paradigm lies in this equation. Other than that, we are facing the recovery of doctrines which were thought to have been superseded and

which go back a long way in history, such as the just war doctrine, the notion of unjust enemy, or the supreme emergency doctrine.

In a context such as the present one, where threats are transnational, violence is diffuse and distinctions have almost vanished, "nothing better," as Campione points out, "than continuing taking seriously the walls of modern civilization"⁶⁹⁶ in order to preserve the functions and regulatory potential of the international legal order. Such "walls" are the prohibition of the use of force, the separation between *jus ad bellum* and *jus in bello*, equality between belligerents, and non-discriminatory criminal law. Although Law, itself, has never been -and will never be- sufficient to deal with adversities, the alternative opens the doors to the law of the strongest.

⁶⁹⁶ Campione, "El Trilema....", *cit.*, p. 193.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Abrams, E., *Security and Sacrifice: Isolation, intervention and American Foreign Policy*, Indianapolis, Hudson Institute, 1995.
- Aguilar Navarro, M., *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Vol. I, Madrid, Ediciones Iberoamericanas, 1952.
- Agustin, San, “La ciudad de dios (Libro XIX, Capítulo XII, sección 1)” en *Obras de San Agustin*, Edición bilingüe, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, Vol. XVI/XVII, 1958.
- Aldave, A., “La crisis de la noción de conflicto armado en Derecho Internacional: ¿vestigio de una realidad extinta?”, en R. Campione y F. Ruschi (coords.), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 21-44.
- Amery, J., *Más allá de la culpa y la expiación. Tentaciones de superación de una víctima de la violencia*, Valencia, Pretextos, 2001.
- Aquino, T.de, *Suma Teológica III, Parte II-II (a)*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990.
- Arend, A.C., *Legal rules and International Society*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Arend, A. C, “International law and the preemptive use of military force”, en *The Washington Quarterly*, Vol. 26, 2003, pp. 89-103.
- Arendt, H., *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen Ensayo, 1999.

- Argullol, R. “Indefensos ante la manipulación”, en *El País*, 20 mayo 2015, http://elpais.com/elpais/2015/05/18/opinion/1431939901_643527.html.
- Austin, J., *The province of jurisprudence determined*, Ashgate Aldershot UK, 1998. Puede verse, por ejemplo,
- Aya Smitmans, M.T., “Ideales democráticos, religión y el destino manifiesto en la política exterior de los EE.UU”, en *Revista OASIS*, No.12, 2007, pp.143-157.
- Baccelli, L., “De Salamanca a Oslo. Metamorfosis de la guerra justa”, en R. Campione, y F. Ruschi (coords.), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp.137-169.
- Badescu, C.G., *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect. Security and human rights*, London/New York, Routledge, 2011.
- Ballesteros, J., *Repensar la paz*, Madrid, EIUNSA, 2006.
- Ban Ki Moon, United Nations General Assembly, Secretary General, Report of the Secretary-General, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, 2005
- Baqués Quesada, J., *La teoría de la guerra justa. Una propuesta de sistematización del jus ad bellum*, Pamplona. Thomson Aranzadi, 2007.
- Barber, B.R., *El imperio del miedo. Guerra, terrorismo y democracia*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Bardají, R.L., “La virtud de la hegemonía americana”, en *Cuadernos de Pensamiento Político*, No. 1, Octubre, 2003, pp. 161-164.

- Basset Moore, J. "The destruction of the Caroline", en *A Digest of International Law*, Vol. 1, Washington, Government Printing Office, 1906, pp 409-14.
- Baudrillard, J., "La guerre du Golfe n'a pas eu lieu", en *Libération*, el 29 de marzo de 1991.
- Bell, D., "American exceptionalism revisited: the role of civil society", en *The Public Interest*, No. 95, Septiembre 1989, pp. 38-56.
- Bellamy, A., "The responsibility to protect and the Just War Tradition", en M. Thakur y W. Maley (eds.), *Theorizing the responsibility to protect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 181-199.
- Bellamy, A., *Guerras Justas. De Cicero a Iraq*, Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- Bellamy, A., *Global Politics and the Responsibility to Protect: from words to deeds*, London/New York, Routledge, 2011.
- Bennett, W.J., "Moralidad, carácter y política exterior estadounidense", en W. Kristol y R. Kagan (eds.), *Peligros presentes. Soluciones de la nueva Administración Bush ante una civilización amenazada*, trad. De Ignacio de la Rasilla del Moral, Almuzara, Córdoba, 2005.
- Bernstein, R., *Violencia: pensar sin barandillas*, Barcelona, Gedisa, 2013.
- Best, G., *Humanity in warfare. The Modern History of International Law of armed conflict*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1980.
- Betancur Betancur, J.G., "Conflicto Armado vs. Amenaza terrorista. La Disputa por un Concepto", en *Reflexión política*, Año 12, No. 24, 2010, pp. 68-77.

- Bethlehem, J., "Self defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors", en *American Journal of International Law*, Vol. 106, No. 4, Octubre 2012, p. 769-777.
- Bettini, M. (ed.), *Lo straniero ovvero l'identità culturale a confronto*, Roma-Bari, Laterza, 1992.
- Bianchi, A. y Naqvi, Y., *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011.
- Bianchi, A., "The international regulation of the use of force: The politics of Interpretive Method", en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, pp. 651-676.
- Bobbio, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982.
- Bobbio, N., *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*, Venezia, Marsilio, 1991.
- Bolton, J.R., "Is there really law in international affairs?", en *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol.10, 1, 2000, pp. 1-48.
- Bossetti, G., Entrevista a Norberto Bobbio, "Il mio dubbio: guerra giusta, ma inevitabile?", en *L'Unità*, 9 marzo 1991.
- Bouthoul, G. *Traité de Sociologie: Les Guerres, Eléments de Polémologie*, París, Payot, 1951.
- Bowden, M., "The dark art of interrogation", en *The Atlantic Monthly*, Octubre 2003, disponible en <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2003/10/the-dark-art-of-interrogation/302791/> [último acceso abril 2017].

- Bowett, D.W., *Self-Defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958.
- Briggs, H.W., *The Law of Nations: Cases, Documents and Notes*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1952.
- Brotons, R. A., Riquelme Cortado, Díez Hochleitner, R.J., Orihuela Calatayud, E., y Pérez-Prat Durbán, L., *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Brownlie, I., *International Law and the use of force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963.
- Bugnion, F., “Just Wars, Wars of Agression and International Humanitarian Law”, en *International Studies Journal*, No. 5, 2005, pp. 39-69.
- Bull, H., *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*, Madrid, Catarata, 2005.
- Buzan, B. O. Waever, J. de Wilde, *Security: a new framework for analysis*, London, Lynne Rienner Publishers, 1998.
- Buzan, B. y Waever, O., “Macrosecuritization and security constellations: reconsidering scale in securisation theory”, en *Review of International Studies*, No. 35, 2009, pp. 250-294.
- Campione, R., “Estructura y Función: la filosofía del derecho como teoría social”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Serie V, Anno LXXXV, No. 4, Octubre/Noviembre 2008, pp. 613-668.
- Campione, R., *El nomos de la guerra. Genealogía de la “guerra justa”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Campione, R., Aldave, A., “Normas y discursos: los conflictos armados y el derecho penal antes y después del 11S”, en

Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, Vol. XIII, No.1, 2016, pp. 65-91.

Campione, R., “El trilema de *Polemos*: derecho, guerra y relaciones internacionales”, en R. Campione, y F. Ruschi (coords.), *Guerra, Seguridad y Derecho en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 187-211.

Campione, R. y. Ruschi, F. (coords.), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Cancio Meliá, M. “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en G. Jakobs, y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 57-102.

Cancio Meliá, M. (coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid/Buenos Aires, Vol. 2, 2006.

Cancio Meliá, M., “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el CP español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la democracia*, No. 44, Julio 2002, pp. 19-26.

Cardona, J., “La externacionalización/privatización del uso de la fuerza por las Naciones Unidas”, en Vargas Gómez-Urrutia, M., y Salinas de Frias, A. (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Carrillo Salcedo*, Vol. 1, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 317-342.

Carnevali Rodríguez, R., “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno” en *Política Criminal*, No. 3, 2007, pp. 1-28.

- Cassese, A., "Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law", en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 993-1001.
- Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Cassese, A., "The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", en *The European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, 2007, pp. 649-668.
- Chamayou, G., *Théorie du drone*, París, La Fabrique, 2013.
- Chomsky, N., "Verdades y mitos acerca de la invasión de Irak", en *Socialist Register*, Vol. 40, 2004, pp. 165-179.
- Cicchi L. y F. Coticchia, "El impacto militar de los 'foreign fighters'. Un caso de estudio", en R. Campione y F. Ruschi, *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 111-136.
- Ciutà, F., "Security and the problem of context: a hermeneutical critique of securitization theory", en *Review of International Studies*, No. 35, 2009, pp. 301-326.
- Clarke, R.A., *Contra todos los enemigos*, Madrid, Taurus, 2004.
- Clausewitz, K.V., *De la Guerra*, Madrid, La Esfera de los libros, 2005.
- Colom Piella, G., "¿El auge de los conflictos híbridos?", en *Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Opinión*, 120/2014.
- Colombo, A., "El terrorismo entre legalidad y legitimidad. El insostenible monopolio de los Estados sobre la noción de violencia ilegítima", en R. Campione, y F. Ruschi (coords.),

- Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 78-110.
- Colombo, A., *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- Colombo, A. “L’Europa e la guerra agli inizi del Ventunesimo secolo”, en *Teoria Politica, Nuova Serie, Annali VI*, 2006, pp. 23-47.
- Combacau, J., “The exception of self-defence in UN practice”, in A. Cassese (ed.), *The current legal regulation of the use of force*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 9-38.
- Conte, A., *Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism: Commonwealth Approaches: The UK, Canada, Australia and New Zeland*, London/New York, Springer, 2010.
- Corradini H. Broussard, D., “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Vol. 62, No. 4, 1985, pp. 537-550.
- Cruz Prados, A., *La razón de la fuerza. Concepto y justicia de la guerra*, Madrid, Pearson Educación, 2004.
- Cury, E., “De la normativización de la culpabilidad a la normativización de la teoría del delito”, en N. Batista, y A. Nascimento, *Cem Anos de Reprovação, uma contribuÇao transdisciplinar para a crise da culpabilidade*, Brasil, Revan, 2011.
- D’Angelo, V., “Hostis ante portas. El poder, la guerra y la figura del enemigo en las relaciones internacionales”, en *Revista UNISCI*, No.38, Mayo 2015, pp.35-67.

- D'Aspremont, J., "Mapping the concepts behind the contemporary liberalization of the use of force in international law", en *Journal of International Law*, Vol. 31, No. 4, 2014, pp.1089-1149.
- Debray, R., "To each its own worldview", en *International Herald Tribune*, 24 febrero 2003.
- Der Dennen, H.V., "Sobre la guerra: conceptos, definiciones, datos de investigación. Un breve examen de la literatura y la bibliografía existentes", en *UNESCO Anuarios de Estudios sobre Paz y Conflictos*, Fontamara, Barcelona, Vol I, 1986, p.116.
- Dershowitz, A.M., *Why terrorism works. Understanding the threat, responding to the challenge*, New Haven and London, Yale University Press, 2002.
- Desportes, V., *La guerre probable*, París, Economica, 2009.
- Díaz, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1984.
- Dinstein, Y., "The international legal response to terrorism", en R. Ago (ed.), *International law at the time of its codifications: Essays in honour of Roberto Ago*, Vol. II, Milan, Giuffré, 1987.
- Dinstein, Y., *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Dinstein, Y., *War, aggression and self-defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Duffy, H., *The war on terror and the framework of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

- Durandin, Guy., *La información, la desinformación y la realidad*, Barcelona, Paidós, 1995.
- Einstein, A., y Freud, S., *¿Por qué la guerra?*, Barcelona, Editorial Minúscula, 2001.
- Esposito, R., “Enemigo, extranjero, comunidad”, en R. Bodei (ed.), *Los filósofos y la política*, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 69-84.
- Falk, R.A., *Revitalizing international law*, Iowa, Iowa State University Press, 1989.
- Farer, T., “The prospect for international law and order in the wake of Iraq”, en *American journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 621-628.
- Fernández, E., *De Vitoria a Libia: reflexiones en torno a la responsabilidad de proteger*, Granada, Comares, 2013.
- Ferrajoli, L., “Guerra, ética e diritto”, en *Ragione Practica* Vol. 7, 1999, 13, pp. 117-128.
- Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia (3 vols.)*, Vol. II. Trad. De P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Migue, Madrid, Trotta, 2011.
- Ferrajoli, L., “Guerra y Terrorismo Internacional. Un análisis del lenguaje político”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX, 2009, pp. 13-33.
- Ferrajoli, L., *Razones jurídicas para el pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- Ferril, A., *Los orígenes de la guerra (desde la Edad de Piedra a Alejandro Magno)*, Madrid, Ediciones Ejército (Estado Mayor del Ejército), 1987.

- Fisk, R., *Pity the Nation: Lebanon at war*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Franck, T., “What happens now? The United Nations after Iraq”, en *American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 3, Julio 2003, pp. 607-620.
- Franck, T., “Who Killed article 2.4? or: Changing norms governing the use of force by States”, en *American Journal of International Law*, Vol. 64, No. 5, Octubre 1970, pp. 809-837.
- Franck, T., y Rodley, N.S., “After Bangladesh: the Law of Humanitarian Intervention by Military Force”, en *American Journal of International Law*, Vol. 67, No. 2, Abril 1973, pp. 275-305.
- Frum, D., y Perle, R., *An end to Evil: how to win the war on terror*, New York, Ballantine Books, 2004.
- Galtung, J., *Sobre la paz*, Fontamara, Barcelona, 1985.
- García Amado, J.A., “Sobre los modos de conocer el derecho. O de cómo construir el objeto jurídico”, en *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No.11, 1992, pp. 195-196.
- García Amado, “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?”, en *Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 86, enero-junio 2016, pp.13 -61.
- García Saez, J.A., “El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia Iuris”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 26, 2012, pp. 82-102.
- Gelardo, T., *La tesis de la paz democrática y el uso de la fuerza. Discusión sobre el supuesto liberal en la legitimación de las intervenciones internacionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

- Gentili, A., *De iure belli*, Libri tres, Oxford, Clarendon, 1877.
- Ghafur Hamid, A., "The legality of anticipatory self-defence in the 21st century world order: a re-appraisal", en *Netherlands International Law Review*, No. 54, 2007, pp.441-490.
- Glaville, L., *Sovereignty and Responsibility to Protect: a new history*, Chicago, Chicago Universtiy Press, 2014.
- Glennon, M., "How international rules die", en *Georgetown Law Journal*, Vol. 93, 2005, pp. 939-991.
- Glennon, M., "The collapse of consent: is a legalist use of force regime possible?", en M. Glennon, *Limits of law, Prerogatives of Power. Interventionism after Kosovo*, New York, Palgrave Macmillan, 2001, pp. 145-176.
- Glennon, M., "The fog of law: self-defense, *inherence and incoherence in art. 51 of the UN Charter*", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 25, 2002, pp. 539-58.
- Goldman, R. K. y Tittmore, B. D., "Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: their status and rights under International Humanitarian Law and Human Rights law", en *ASIL (American Society of International Law), Task Force Papers*, December 2002.
- Goldsmith, J., *The terror presidency: Law and Justice inside the Bush Administration*, New York, WW Norton, 2007.
- González Calleja, E., "Reflexiones Sobre el Concepto de Guerra Civil", en *Gladius: Estudios Sobre Armas Antiguas, Armamento, Arte Militar y Vida Cultural En Oriente y Occidente*, No. 20, 2000, pp. 301-310.

- Greenberg, K.J., & J. L. DRatel (eds.), *The Torture Papers: the road to Abu Ghraib*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Griebel, J., Y Plücker, M., “New Developments regarding the rules of attribution? The International Court of Justice’s Decision in Bosnia v. Serbia”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2008, pp. 601-622.
- Grocio, H., *Del derecho de la guerra y la paz*, Vol. I, Madrid, Editorial Reus, 1925.
- Gunaratna, R., “Global terrorism in 2016”, en *Revista UNISCI*, No. 40, Enero 2016, pp. 133-138.
- Gutiérrez Espada, C., “Los conceptos de ‘guerra preventiva’ y de ‘legítima defensa preventiva’ a la luz de la jurisprudencia internacional contemporánea”, en J.M. Martínez de Pisón Cavero, (coord.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 249-282.
- Gutiérrez Vidrio, S. “Construcción discursiva de la credibilidad: George W. Bush y la guerra de Irak”, en *Versión. Estudios de Comunicación, Política y Cultura: Semiótica y Poder: las negociaciones del sentido*, No. 13, Diciembre 2003, pp. 49-82.
- Halliday, F., “Terrorism in historical perspective”, sitio web de *Open Democracy*, 22 abril 2004, https://www.opendemocracy.net/conflict/article_1865.jsp [último acceso abril 2017].
- Hardt, M., y Negri, A., *Imperio*, Barcelona, Paidós, 2002.
- Harris, M., *Caníbales y Reyes. Los orígenes de las culturas*, Barcelona, Salvat, 1986.

- Harris, M., *Introducción a la antropología general*, Madrid, Alianza Universidad Textos, Edición revisada y ampliada 1988.
- Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, 226,
- Heinze, E.A., “The evolution of International law in light of the ‘global war on terror’”, en *Review of International Studies*, Vol. 37, 2011, pp.1069-1094.
- Heisenberg, W., *Física y Filosofía*, Buenos Aires, La Isla, 1959.
- Henckaerts, J.M., y Doswald-Beck, L., “El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Volumen I: normas”, Buenos Aires, CICR, 2007.
- Henkin, L., “The reports of the death of article 2.4 are greatly exaggerated”, en *American Journal of International Law*, Vol. 65, No. 3, Julio 1971, pp. 544-548.
- Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Herrera, A., “La noción de guerra justa. Algunos planteamientos actuales”, en *Analecta Polit.*, Vol. 1, No. 2, enero-junio 2012, pp. 273-290.
- Hinsley, F.H., *Power and the Pursuit of Peace: Theory and Practice in the History of Relations between States*, Cambridge, Cambridge University Press, 1963.
- Hobbes, T., *Leviatán*, Madrid, Nacional, 1980.
- Hodgson, G., *The Myth of American Exceptionalism*, Ann Arbor, Yale University Press, 2009.

- Hoffmann, F.G., *Conflict in the 21st century. The rise of hybrid threat*, Arlington, Potomac Institute for National Strategic Studies, 2007.
- Hoffmann, F.G., *Future hybrid threats: an update*, Washington DC, Center for Strategic Research, Institute for National Strategic Studies, 2012.
- Hollis, M., “Dirty hands”, en M. Hollis (ed.), *Reasons in action: essays in the philosophy of social science*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 131-149.
- Holy, G., “Drones, Gitmo and Drawdown Give Obama Foreign Policy Cred”, “<http://www.langerresearch.com/wp-content/uploads/1134a3ObamaandForeignPolicy.pdf>.”
- Hongju Koh, H., “Why do nations obey international law?”, en *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Vol. 106, 1997, pp. 2599-2659.
- Human Rights First, *Behind the wire. An update to ending secret detentions*, Marzo 2005. Final Report of the Independent Panel Review Dod Detention Operations, August 2004.
- Hurka, T., “Proportionality in the morality of war”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 33, No. 1, 2005, pp. 34-66.
- ICISS, *Responsibility to Protect*, Ottawa, International Development Research Centre, 2001.
- Iglesias Cavicchioli, M., “La doctrina neoconservadora y el excepcionalismo americano: una vía al unilateralismo y a la negación del Derecho Internacional”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014, pp 1-36.

- Jakobs, G., “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente”, en Muñoz Conde, *La ciencia del derecho penal ante el Nuevo Milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p.57-61.
- Janse, D., “International terrorism and self defense”, en *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 36, 2006, pp.149-180.
- Jimenez de Aréchaga, E., “Internatonal Law in the past third of a centuy - General Course in Public International Law”, en *Hague Recueil*, 159, 1978-1.
- Joas, H., *Guerra y Modernidad. Estudios sobre la historia de la violencia en el siglo XX*, Barcelona, Paidós, 2000.
- Johnson, J.T., “Recent strategic developments: a critical overview from a just war perspective”, en *Analyse & Kritik*, Volume 9, No. 1-2, 1987, pp. 120–141.
- Kagan, F.W., “The decline of America’s Armed Forces”, en W. Kristol, R. Kagan (eds.), *Present Dangers: crisis and opportunity in American Foreign and Defense Policy*, San Francisco, Encounter Books, 2002, pp. 241-266.
- Kagan, R., *El retorno de la Historia y el fin de los sueños*, Madrid, Taurus, 2008.
- Kaldor, M., “Una década de intervención humanitaria (1991-2000)”, en M. Kaldor (ed.), *El poder y la fuerza. La seguridad de la población civil en un mundo global*, Barcelona, Tusquets, 2010.
- Kaldor, M., *Las Nuevas Guerras. Violencia organizada en la era global*, Barcelona, Tusquets Editores, 2001.
- Kelsen, H., *Principles of International Law*, New York, Holt, Reinhart & Wilson, 1966.

- Kelsen, H., *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*, New York, Frederick A. Praeger, 1950.
- Kepel, G., *Al Qaeda. I testi*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- Klemperer, V., *The Language of the Third Reich. LTI, Lingua Tertii Imperii: a philologist's notebook*, London and New York, Continuum, 2002.
- Kolb, R., "Origin of the twin terms jus ad bellum/jus in bello", en *International Review of the Red Cross*, Vol.37, Special Issue No. 320, 1997, pp.553-562.
- Koselleck, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Paidós, 1993.
- Koskenniemi, M., "Hierarchy in International law: a sketch", en *European Journal of International Law*, Vol. 8, 1997, pp. 566-582.
- Koskenniemi, M., "The police in the Temple. Order, Justice and the UN: a Dialectical View", en *European Journal of International Law*, Vol. 6, 1995, pp. 325-348.
- Kristol, W., y Kagan, R., "Interés nacional y responsabilidad global", en W. Kristol y R. Kagan (eds.), *Peligros presentes. Soluciones de la nueva Administración Bush ante una civilización amenazada*, trad. De Ignacio de la Rasilla del Moral, Almuzara, Córdoba, 2005.
- Kristol, W., y Kagan, R., (eds.), *Present Dangers: crisis and opportunity in American Foreign and Defense Policy*, San Francisco, Encounter Books, 2000
- Krystol, I., *Neo-conservatism: The autobiography of an idea*, Chicago, Ivan R. Dee Publisher, 1999.

- Kunz, J., “Plus de lois de la guerre?”, en *Revue Générale de droit international public*, Vol. XLI, 1934, pp. 22-57.
- LaCroix, W.L., *War and International Ethics. Tradition and Today*, University Press of America, Lanham, 1988.
- Lammasch, H., “Unjustifiable war and the means to avoid it”, en *American Journal of International Law*, Vol. 10, No. 4, 1916, p. 689.
- Lara, F., “Ética en la guerra: la distinción entre soldados y civiles”, en *Revista de Filosofía*, Vol. 38, No. 2, 2013, pp.79-98.
- Lauterpach, H., “The limits of the operation of the laws of war”, en *British Yearbook of International Law*, Vol. 30, 1953, pp. 206-243.
- Ledeem, M.A., *Freedom Betrayed: How America led a Global Democratic Revolution, Won the Cold War and Walked Away*, Washington DC, AEI Press, 1996.
- León Gross, T., “El lenguaje y la guerra: subordinación de los medios al discurso político ante el ataque a Irak”, en *Revista de Estudios sobre Comunicación*, Vol. 8, No. 15, 2003, pp. 37-50.
- Lewis, B., *La crisis del Islam. Guerra Santa y Terrorismo*, Barcelona, Ediciones B, 2003.
- Lipset, S.M., *El excepcionalismo norteamericano: una espada de dos filos*, Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.
- López-Jacoiste Díaz, E., “Repensando el sistema de seguridad colectiva: el Consejo de Seguridad y las nuevas amenazas a la paz y seguridad internacionales”, en C. Ramón Chornet (coord.), *La acción colectiva del uso de la fuerza. Nuevos escenarios, nuevos principios de actuación en el*

orden internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.61-145.

Lucas, J. De, “La paz imposible. De Erasmo a Kelsen, pasando por Kant”, en J.M. Martínez de Pisón Caverio y M. Urrea Corres (coords.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 31-58.

Malgorzata, K. y Hageraats, B. “La construcción de la paz y la guerra contra el terrorismo: ¿conflicto de intereses?”, en *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, No. 9, Octubre 2008, GERI-UAM.

Mamdani, Mahmood, “Good Muslim, Bad Muslim: A political perspective on Culture and Terrorism”, en *American Anthropologist*, Vol. 104, No. 3, 2002, pp.766-775.

Mamdani, Mahmood, “Whiter Political Islam? Understanding the modern yihad”, en *Foreign Affairs*, Vol. 84, 2005, p.148-155.

Maogoto, *Battling terrorism: legal perspective on the use of force and the war on terror*, Aldershot Ashgate 2005.

Marquese, M., “El abrazo de hierro: la excepcionalidad y el imperio estadounidense”, en Vanaik, A. (ed.), *Casus belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra*, Transnational National Institute, eBooks, 2010, pp. 76-99.

Martín, J.C., *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruselas, Bruylant, 2006.

McMahan, J., “The ethics of killing”, en *Ethics*, 114, Julio 2004, pp. 693-733.

- McMahan, J. "Torture and Method in Moral Philosophy", en S. Anderson y M. Nussbaum (eds.), *Torture, Law and War*, Chicago, University of Chicago Press, 2016.
- McCriskey, T.B., *American Exceptionalism and the Legacy of Vietnam: US Foreign Policy since 1974*, Basingstoki, Palgrave Macmillan, 2003.
- McDonald, M. "Securitization and the Construction of Security", en *European Journal of International Relations*, No. 14, 2008, pp. 563-587.
- McDougal, M.S., "The Soviet-Cuban quarantine and self-defense", en *American Journal of International Law*, Vol. 57, 1963, pp. 597-604.
- Melo, D., "El concepto de Yihad en el Islam clásico y sus etapas de aplicación" en *Temas Medievales*, Vol.13, 2005, pp.157-172.
- Melzer, N., Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, CICR, 2010.
- Meyer, J., "Outsourcing torture", en *The New Yorker*, 14 febrero 2005.
- Miaja de la Muela, A., "Nuevas realidades y teorías sobre la efectividad en Derecho Internacional", en *Anuario Español de Derecho Internacional*, III; 1976, pp. 3-47.
- Milanovic, "State responsibility for acts of nonstate actors: a comment on greibel and Plücken", en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, pp. 307-324.
- Mina González, C.M., "La redefinición del enemigo político luego del 11-S-2001: un análisis desde la guerra y sus discursos", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias*

Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, Vol. 38, No. 109, pp. 363-384.

Moir, L., *The law of internal armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Moore, B., *Lies of Silence*, London, Flamingo, 1990.

Mosler, H., “The international society as a legal community”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, (R.C.A.D.I.), Vol. 140, 1974, pp. 1-320.

Münkler, H., *The new wars*, Cambridge, Malden (Mass.), Polity, 2005.

Murphy, B.D. “Terrorism and the concept of ‘armed attack’ in article 51 of the UN Charter”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 43, No. 1, Winter 2002, pp.41-52.

Murphy, S.D., “The Doctrine of Preemptive Self-defence”, en *Villanova Law Review*, 50, 2005, pp.699-748.

Norris, C., *Uncritical Theory: Postmodernism, Intellectuals and Gulf War*, Londres, Lawrence and Wishart, 1992.

Novosselott, A., *Le Conseil de Sécurité des Nations Unies et la maîtrise de la force armée*, Bruselas, Bruylant, 2003.

Núñez Villaverde, J. A., “El delirio califal del Estado Islámico en Irak y Siria”, en *Política Exterior*, septiembre/octubre 2014, No.161.

Núñez Villaverde, J. A., “La Guerra Teledirigida”, en *El País Semanal*, 15 marzo 2013.
http://elpais.com/elpais/2013/03/11/eps/1363023250_534046.html

Núñez Villaverde, J.A., “Valoración de la amenaza yihadista y de las estrategias de respuesta”, en D. Lopez Garrido

- (Dtor.), *El Estado de la Unión Europea, Nueva Legislatura. 11 desafíos de Europa*, Madrid, Fundación Alternativas, 2015, pp. 111-120.
- Nyamuya Maogoto, J., “New frontiers, old problems: the war on terror and the notion of anticipating the enemy”, en *Netherlands International Law Review*, Vol. 51, No. 1, Mayo 2004, pp.1-39.
- O’Connell, M.E., “Unlawful killing with combat drones: a case study of Pakistan 2004-2009”, en *Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper*, No 09-43, 2009, pp.1-26.
- Ober, J., “Classical Greek Times”, en M. Howard, G.J. Andreopoulos y M.R. Shulman (eds.), *The Laws of War. Constraints on Warfare in the Western World*, New Haven and London, Yale University Press, 1994.
- Okimoto, K., *The Distinction and Relationship between Jus ad bellum and Jus in Bello*, *Studies in International law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011.
- Ortiz Sánchez, L., *¿Legitimidad de la guerra justa? Una revisión de la teoría de la guerra justa*, Universitat de Valencia, Servei de Publicacions, 2011.
- Paine, T., “The rights of men” en *Complete Works*, Vol. 1, NY, Citadel press, 1945. Trad. castellano “Los derechos del hombre” León, Universidad de León, 1999.
- Papp, D.S., Johnson, L.K. y Endicott, J.E., *American Foreign Policy. History, Politics and Policy*, New York, Pearson Longman, 2005.
- Paredes Castañón, J.M. “El Terrorista ante el Derecho Penal: por un política criminal intercultural”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 74, 2010, pp. 99-177.

- Paust, J., “Terrorism as an international crime” en Gisueppe Nesi (ed.), *International cooperation in counter-terrorism*, Aldershot, Ashgate 2006, pp. 25-31.
- Pavarini, M., “Criminalità e pena nella società multiculturale”, en A. Bernardi (coord.), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, Giuffrè, 2006, pp.166- 178.
- Peña Ruiz, E.J., “Conceptualizando el Terrorismo Internacional”, en *Revista General de Marina*, 2012, pp. 7-17.
- Pérez Cepeda, A.I., “Políticas de seguridad, guerra sancionadora y Derecho Penal Bélico”, en J.M. Martínez de Pisón Cavero (coord.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 283-322.
- Perez Zavala, V., “Discriminación y Derecho Penal: un análisis desde la culpabilidad a la discriminación y el juicio de reproche”, en *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, Año 2, No. 3, Diciembre 2013, pp. 55-72.
- Perianes Bermúdez, A.B., “La expansión yihadista en el Norte de Africa respecto a la denominada política de guerra global contra el terror de G.W. Bush”, en *Revista de Derecho UNED*, No.17, 2015, pp. 1187.
- Pictet, J. (dir.), *Commentary on the I Geneva convention for the amelioration of the wounded and sick in armed forces in the field*, Ginebra, CICR, 1952.
- Pictet, J. (dir.), *Commentary to IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of war*, Ginebra, ICRC, 1958.

- Pictet, J. (dir.), *Commentary on the III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Ginebra, CICR, 1960.
- Pietropaoli, S., “*Jus contra bellum?* Consideraciones sobre legítima defensa y uso de la fuerza en la época de la guerra global”, en R. Campione y F. Ruschi. (coords), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 169-186.
- Pinto, M., “La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en *Lecciones y Ensayos*, No. 78, Buenos Aires, 2003, pp. 297-310. (Se trata de un número o compilación especial que se editó conjuntamente por el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Revista Lecciones y Ensayos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y que titularon “Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas”).
- Pintore, E.J., “El caso Caroline, ¿un precedente de legítima defensa preventiva?”, en *Revista de la Facultad Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 2, No. 2, 2011, p.199-210.
- Platón, *La república*, Madrid, Gredos, 1986.
- PNAC, *Letter to Pres. Bush on the Defense Budget*, Washington DC, 23 enero 2003.
- PNAC, *Rebuilding America’s Defense*, Septiembre 2000. Disponible en <http://www.informationclearinghouse.info/pdf/RebuildingAmericasDefenses.pdf>, [último acceso febrero 2017].
- PNAC, *Statement of Principles*, Washington DC, 3 Junio 1997.

- Portilla Contreras, G., “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del enemigo”, en M. Cancio Meliá (coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid/Buenos Aires, Vol. 2, 2006, pp. 657-686.
- Priest, D., “Memo lets CIA take detainees out of Iraq: practice is called serious breach of Geneva Conventions”, en *The Washington Post*, 24 Octubre 2004, A01.
- Prina, A., *La guerra de Vietnam*, Mexico DF, Ocean Sur, 2008.
- Printer Jr., N.G., “The Use of Force against Non-State Actors under International Law: An Analysis of the US Predator Strike in Yemen”, en *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 8, 2003, pp. 331–383.
- Ramón Chornet, C., *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Banch, 1993.
- Ramonet, I., *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*, Barcelona, Arena Abierta. Mondadori, 2002.
- Randelzhofer, A., “Article 2.4”, en B. Simma, *The Charter of the United Nations: a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Ratner, S.R., “*Jus ad bellum* and *jus in bello* after september 11”, en *American Journal of International Law*, Vol. 96, No. 4, 2002, pp. 905-921.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999.
- Record, J., “The Bush Doctrine and war with Iraq”, en *Parameters*, Vol. 33, 2003, pp. 7-9.

- Regueiro Dubra, R., *La legítima defensa en derecho internacional*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Madrid, 2012.
- Reinares Nestares, F. “¿A qué llamamos terrorismo internacional?” en J.M. Martínez de Pisón Cavero (coord.), *Seguridad Internacional y Guerra Preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 91-99.
- Reinares Nestares, F., “Yihadismo global y amenaza terrorista: de al Qaeda al Estado Islámico”, *ARI* 33/2015, Real Instituto Elcano, 1 Julio 2015,.
- Remiro Brotons, A., “La tentación de la agresión”, en *Política Exterior*, 92, Marzo-abril 2003, pp. 19-23.
- Rengger, N., “The *jus in bello* historical and philosophical perspective”, en L. May, E. Crookston, *War. Essays in political perspective*, Cambridge University Press, 2008, pp. 30-46.
- Ricks, C. y Vance, W.L. (eds.), *The Farber Book of America*, Londres, Faber & Faber, 1992.
- Rodin, D. *War and self-defense*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Rodríguez Carrión, A.J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2009.
- Rodríguez Fouz, M., “Las voces del Imperio. Sobre la semántica de la justicia y del derecho a la guerra”, en *Política y Sociedad*, Vol. 41, No. 3, 2004, pp. 63-84.
- Rodríguez Rodríguez, C., “Conflicto Armado Interno en Colombia? Más allá de la Guerra de las Palabras”, en *Revista Magistro*, Vol. 4, No. 7, 2010, pp. 111-125.

- Rodríguez Rodríguez, C., “Convencionalismo jurídico y nominalismo de Estado. Una lectura de la coyuntura política colombiana desde la semántica hobbesiana”, en *Revista Magistro*, Vol. 1, No. 5, 2009, pp. 89-101.
- Rona, G., “Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the ‘War on Terror’”, en *The Fietcher of World Affaires*, Vol. 27:2, Summer/Fall 2003, pp. 55-74.
- Roy, O., *L’islam mondialisé*, Paris, Editions du Seuil, 2002.
- Ruiz Durán, F. J. “El origen de los neoconservadores”, en *Norba Revista de Historia*, Vol. 22, 2009, pp. 263-279.
- Ruiz-Giménez Arrieta, I., *La historia de la Intervención Humanitaria. El imperialismo altruista*, Madrid, La Catarata, 2005.
- Ruschi, F., “El Derecho, la guerra y la ‘técnica desatada’. Consideraciones acerca del drone warfare”, en R. Campione y F. Ruschi (coords.), *Guerra, Derecho y Seguridad en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 45-78.
- Sánchez de la Yncera, I., y Rodríguez Fouz, M., “El (in)justificable recurso a la tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones”, en R. Campione y F. Ruschi, (coords.), *Guerra, Seguridad y Derecho en las Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 252-293.
- Sapiro, M., “Iraq: the shifting sands of preemptive self-defense”, en *American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 3, Julio 2003, pp. 599-607.

- Sassoli, M., "Use and abuse of the laws of war", en *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 22, 2004, pp.195-221.
- Saul, B., *Defining terrorism in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Schachter, O., "In defense of International rules on the use of force", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 53, No. 1, Winter 1986, pp. 113-146.
- Schachter, O., "The lawful use of force by a state against terrorists in another country", en Y. Dinstein y M. Tabory (eds.) *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 19, The Hague, Kluwer Law International, 1990.
- Schlink, B., "The problem with torture lite", en *Cardozo Law Review*, Vol 29, No. 1, 2007-2008, pp. 85- 89.
- Schlögel, A., "Civil War in the Geneva Conventions", en *International Review of the Red Cross*, No. 108, Marzo 1970, pp.124-174.
- Schmitt, C., *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius publicum europaeum*, Granada, Comares, 2002.
- Schmitt, C., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1991.
- Schmitt, M.N., "The legality of Operation Iraqi Freedom in International Law", en *International Law Studies*, Vol. 81, 2006, pp. 367-392.
- Schrijver, N.J., "Responding to International Terrorism: moving the frontiers of international law for enduring freedom", en *Netherlands International Law Review*, Vol. 48, No.3, 2001, pp. 271-291.

- Shaw, M., "War and globality: the role and character of war in the global transition" en J. Ho-Won (ed.), *Peace and conflict: a new agenda*, Hampshire, Ashgate Publishing, 1999, pp. 61-80.
- Shmitt, N., "Preemptive strategies in international law", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24, 2003, pp. 513-548.
- Shue, H., "Torture", en S. Levinson (ed.). *Torture. A collection*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Shue, H., "Torture in Dreamland: disposing of the ticking bomb", en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, No. 2/3, 2006, pp. 231-239.
- Siemens, H., "Haciendo la guerra a la guerra: Nietzsche contra Kant, a propósito del conflicto", en *Revista Pléyade*, No.13, Enero-junio 2014, pp.87-106.
- Sloane, R.D., "The Cost of Conflation: preserving the dualism of *Jus ad bellum* and *Jus in bello* in the Contemporary Law of War", en *Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009, pp.47-112.
- Smith, R., *The Utility of Force: The Art of War in The Modern World*, Londres, Allen Lane, 2005.
- Sofsky, W., *Tiempos de horror*, Madrid, Siglo XXI, 2004.
- Sornarajah, M., "Power and Justice: Third World resistance in International Law", en *Singapore Yearbook of International Law*, Vol. 10, 2006, pp.19-57.
- Stern, B., "Préface", en *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Y. Jurovics, LGDJ, Paris, 2002.

- Stritzel, H., "Towards a theory of securitization: Copenhagen and beyond", en *European Journal of International Relations*, No. 13, 2007, pp. 357-383.
- Tahzib-Lie, B. and Swaak-Goldman, O. "Determining the Threshold for the Application of International Humanitarian Law", en L. Lijnzaad et al (eds), *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, pp 239-253.
- Thakur, R., (ed.), *Responsibility to Protect and Sovereignty*, Aldershot, Ashgate, 2014.
- Tilly, C., *Coercion, Capital and European States ad 990-1900*, Oxford, Basil Blackwell, 1990.
- Tocqueville, A. de., *La democracia en América*, 2, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- Todorov, T., *El nuevo desorden mundial. Reflexiones de un europeo*, Barcelona, Península, 2003.
- Todorov, T., *Memorias del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, Barcelona, Península, 2002.
- Tomás y Valiente, F., "Sobre la trotura y otros males menores", *El País*, 3 de abril de 1995.
- Torres, M. R., "La influencia de la ideología neoconservadora en la gestación y conducción de la guerra de Irak", en *UNISCI Discussion Papers*, No. 15, Octubre 2007, pp. 293-312.
- Touscoz, J., *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, 1964.
- Travalio, G.M., "Terrorism, international Law and the use of military force", en *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 18, 2000, p. 145.

- Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Torrejón de Ardoz, Akal, 1989.
- Vacas Fernández, F., *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Van Creveld, M., *The Transformation of War*, Nueva York, The Free Press, 1991.
- Vanaik, A. (ed.), *Casus belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra*, Transnational National Institute, eBooks, 2010.
- Vanaik, A. “Terrorismo político y proyecto imperial estadounidense”, en Vanaik, A. (ed.), *Casus Belli, Cómo los EEUU venden la guerra*, TNI e-books, pp. 100-123.
- Vattel, E., *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Carnegie Institution, Washington, 1916.
- Velasco Tuduri, S., “AQ: origen, evolución y su presencia hoy en el mundo”, en *Cuadernos de Estrategia*, No.16, 2013, pp. 155-184.
- Verdes-Montenegro Escáñez, F.J., “Securitización: agendas de investigación abiertas para el estudio de la seguridad”, en *Revista Relaciones Internacionales*, No. 29, Junio-Sept 2015, pp. 111-131.
- Vidal Gil, E.J., “Constructores de la paz”, en *Diálogo filosófico*, Vol. 60, 2004, pp.443-464.
- Visscher, C. De, “Observations sur l’effectivité en Droit International Public”, en *Révue Générale de Droit International Public*, Vol. LXII, 1958, pp. 601-609.

- Visscher, C. de, *Theory and reality in public international law*, Princeton, Princeton University Press, 1968.
- Waldron, J., “Responses to Zedner, Haque and Mendus”, en *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 8, No. 1, 2014, pp. 135-145.
- Waldron, J., “Torture and positive law: jurisprudence for the White House”, en *Columbia Law Review*, Vol. 105, No. 6, Octubre 2005, pp. 1681-1750.
- Walzer, M., “¿Es ésta un guerra justa?”, en *El País*, 8 abril 2003.
- Walzer, M., “Political Action: the problem of dirty hands”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 2, No. 2, Winter 1973, pp. 160-180.
- Walzer, M., *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Paidós, Barcelona, 2001.
- Watkins, J.W.N., *Hobbes’s system of ideas*, Londres, Hutchinson University Library, 1965.
- Watts, Sir A. “The importance of international law”, en M. Byers (ed.) *The role of law in international politics*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 5-17.
- Weil, P., “Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public”, en *Recueil des cours de l’Academie de droit international*, Vol. 237, 1992, pp. 9-369.
- Wilmshurst, E., *Principles on international law on the use of force by states in selfdefense*, Chatham House, Royal Institute of International Affairs, Octubre 2005.
- Wolff, C. *Jus Gentium methodo scientifica pertractatum*, Oxford, Clarendon Press, 1934.

- Woodward, B., *Bush en guerra*, Barcelona, Península, 2003.
- Wright, Q., “The Cuban quarantine”, en *American Journal of International Law*, Vol. 57, No. 3, Julio 1963, pp. 546-565.
- Yoo, J., “International Law and the war in Iraq”, en *American Journal of International Law*, Vol.97, No. 3, Julio 2003, pp .563-576.
- Young, J., *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- Zaum, D., “The Security Council, the General Assambly and war: the uniting for peace resolution”, en A. Roberts y D. Zaum (eds.), *Selective Security, war and the UN Security Council since 1945*, Routledge, 2008, pp.154-174.
- Zegveld, L., *Accountability of armed opposition groups in International Law*, Cambridge UK, Cambridge University Press, 2002.
- Zolo, D., *Terrorismo humanitario. De la guerra del Golfo a la carnicería de Gaza*, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2011.
- Zolo, D., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000.
- Zuckerman, M., “The Dodo and the Phoenix”, en Rick Halpern y Jonathan Morris (eds.), *American exceptionalism? US Working class formation in an international context*, NY, Macmillan, 1997, pp. 14-17.
- Zweig, S., *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, El Acantilado, 2001.

