

¿"NO CESARÉIS DE CITARNOS LEYES VIENDO QUE CEÑIMOS ESPADA"? (A PROPÓSITO DEL 11-S)

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

1. No es mi propósito con estas líneas, encabezadas con la cita de PLUTARCO (*Vida de Pompeyo*, X, 2), ofrecer al lector un Estudio detallado y repleto de citas documentales y doctrinales sobre el terrorismo del 11 de septiembre de 2001 y la respuesta que el Derecho internacional le ha ofrecido¹. Pretendo tan solo, y sirvan mis palabras de recuerdo a la memoria de don Camilo (*Oficio de tinieblas* 5), "la purga de mi corazón". O, dicho de otro modo menos críptico, deseo con ellas algo mucho más simple y humilde, ver por escrito las ideas y argumentos que el tiempo había ido sedimentando en mi cabeza a propósito de la regulación jurídico internacional del uso de la fuerza armada; para, viéndolas ordenadas y pulcras, considerar si siguen siendo aún sensatas y correctas.

1. Empiezan ya a aparecer, como avanzadilla inicial, parece, de un gran ejército, algunos que adelantan los posibles argumentos en un sentido o en otro. Por ejemplo, en el momento en que escribo: BERMEJO GARCÍA, R.: "El Derecho internacional frente al terrorismo: ¿Nuevas perspectivas tras los atentados del 11 de septiembre?", En este mismo *Anuario*; CASSESE, A.: "Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of International Law", *European Journal of International Law*, 12 (2001), nº 5, pp. 993-1001; CONDORELLI, L.: "Les attentats du 11 septembre et leurs suites: Où va le droit international?", *Révue Générale de Droit International Public*, 105 (2001), nº 4, pp. 829-848; SCHRIJVER, N.J.: "Responding to international terrorism: Moving the frontiers of International Law for 'Enduring Freedom'", *Netherlands International Law Review*, XLVIII (2001), nº 3, pp. 271-291.

Véanse también los debates "digitales" en el *European Journal of International Law* (www.ejil.org/forum) o de la American Society of International Law (www.asil.org), así como los artículos periodísticos de KOHEN, M.G.: "L'arme de la civilisation, c'est le Droit", *Le Temps*, lundi 17 septembre 2001 utilizo su versión digital: letemps.ch/template/print.asp?article=73204, pp. 1-2; y de PELLET, A.: "Malaise dans la guerre: À quoi sert l'ONU?", *Le Monde*, 15 décembre 2001.

Porque considero que no poco de lo que se ha hecho y dicho, con la mayor naturalidad del mundo, como respuesta a los ataques terroristas del 11-S, ha revuelto insufriblemente conceptos que yo creía bien asentados y dispuestos ordenadamente sobre el escritorio.

2. Si bien se mira, la comunidad internacional ha reaccionado ante el monstruoso salto cualitativo del terrorismo internacional contra Nueva York y Washington declinando ya el verano pasado, de dos maneras distintas: Más ortodoxa una, más oscura, en mi opinión, la otra.

3. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por unanimidad, *decide ex* Capítulo VII de la Carta (resolución, pues, jurídicamente vinculante) que los Estados tienen la obligación:

— De prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo, estipulándose varias y diversas medidas al respecto;

— Abstenerse de prestar cualquier tipo de apoyo a organizaciones o personas implicadas en actos de terrorismo, reprimiendo en particular el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y poniendo fin al suministro de armas a los mismos;

— Denegar asilo a quienes financian, organizan, apoyan o cometen actos de terrorismo, así como impedir que estos usen sus territorios respectivos para cometer dichos actos contra otros Estados o sus ciudadanos;

— Y, en fin e **inter alia**, velar para que todas las personas que participen en la financiación, organización, preparación o perpetración de actos de terrorismo o quienes las apoyan sean puestas a disposición de la justicia².

Naturalmente, muchos de estos deberes habían sido asignados a los Estados anteriormente. Decenas, seguramente, de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, insustanciales o solemnes, recogieron ya párrafos como los citados. Lo “nuevo” de las medidas que el Consejo de Seguridad ofrece radica en su pretensión de totalidad frente a las distintas cabezas de la hidra, la severidad del tono y, sobre todo, su expresada obligatoriedad jurídica.

2. S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre, párrafo 1, letras a-d y párrafo 2, letras a, c-d y e.

Me parece destacable, en particular, el que el Consejo de Seguridad decida que los Estados tienen la obligación de "poner a disposición de la justicia" a toda persona implicada en actividades terroristas. Y es que si parecía generalmente aceptable que los Estados, a falta de normas prohibitivas de Derecho internacional, *pudieran*, en virtud del principio de jurisdicción universal, procesar y condenar a cualquier persona, nacional o no, por la comisión de ciertos crímenes internacionales, fuese cual fuese el lugar de su comisión y tuviesen no al presunto culpable en su poder, no lo estaba tanto, ni mucho menos, que los Estados (con posibilidad de hacerlo) *estuviesen obligados a ello*. No existía en este sentido práctica, ni de la suficiente solidez, para considerarlo así³. Es cierto, sí, por ejemplo, que en la resolución 49/60, de 9 de diciembre de 1994, la Asamblea General de Naciones Unidas "urge a los Estados a asegurar la captura y persecución o extradición de los autores de actos terroristas, de acuerdo con las disposiciones pertinentes de su Derecho nacional"⁴; es cierto también que el párrafo sexto del Preámbulo del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional nos recuerda, respecto, claro es, de las conductas que son competencia de la Corte (genocidio, crímenes de guerra, contra la humanidad y, en su momento, de agresión), "que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"⁵. Pero estamos hablando de una resolución (pura-

3. Crímenes como los de guerra, contra la humanidad, genocidio, tortura y, con mayores dudas, el de terrorismo. Sabido es que el principio de jurisdicción universal, por lo demás, por crímenes como los citados ha sido incorporado por algunas legislaciones nacionales así como se adoptó en ciertos tratados internacionales. Hay dos variantes del mismo, una más moderada en cuya virtud cualquier Estado que tenga en su poder al presunto culpable puede ejercer sobre él su jurisdicción penal (el denominado *forum deprehensionis*), y la otra, más radical, que establece la jurisdicción de sus tribunales en relación con los crímenes cometidos por nacionales o extranjeros, en su territorio o fuera de él y por personas que ese Estado ha capturado o no (*vid.* los ejemplos tanto de Derecho comparado como internacional que proporciona A. CASSESE: *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 261-265).

4. Declaración aneja sobre el terrorismo, párrafo 5, letra b. En el párrafo 3, la Declaración ofrece una aproximación a la noción de terrorismo, que el Preámbulo del *Convenio internacional para la represión del atentado terrorista cometido con bombas* (Nueva York, 15 diciembre 1997, publicado en el *BOE* de 12 de junio de 2001) recuerda, en la que todos los Estados se manifestaron de acuerdo, según la cual por actos terroristas cabe entender los "actos criminales entendidos o calculados para provocar un estado de terror en el público en general, a un grupo de personas o personas particulares por razones políticas", considerando que dichos actos "son injustificables en toda circunstancia, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra naturaleza que puedan invocarse para justificarlos".

5. Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma 17 de julio de 1998 (*BOE* de 5 de octubre de 2000).

mente recomendatoria) de la Asamblea General y del Preámbulo de un tratado que, por lo demás, aún no ha entrado en vigor.

Sin embargo, la resolución 1373 del Consejo de Seguridad citada puede convertirse en el agente catalizador que precipite el final de un proceso que nos llevaría (o muy cerca) a la afirmación de que, en efecto, parece estar cuajando una norma de Derecho internacional general que obligaría a todo Estado con posibilidad de hacerlo a perseguir, procesar o extraditar, sin inmunidad de jurisdicción que valga incluso por la cualidad de órgano de un Estado del culpable, a las personas autores de ciertos crímenes internacionales, en nuestro caso de terrorismo. El proceso pasa por una intervención creciente en el tema del Consejo de Seguridad que va de la simple recomendación a una resolución jurídicamente vinculante (*decisión*):

— Así, en su resolución 1269, de 19 de octubre de 1999, el Consejo “hace un llamamiento a todos los Estados para que (...) adopten medidas apropiadas para (...) denegar refugio a quienes planifiquen, financien, o cometan actos terroristas, velando porque sean detenidos y procesados o extraditados”⁶.

— En la resolución 1368, de 12 de septiembre de 2001, con referencia concreta a los atentados terroristas del día anterior en Nueva York y Washington, el Consejo de Seguridad “insta a todos los Estados a que colaboren con urgencia para someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de estos ataques terroristas (...)”⁷.

— Finalmente, en la resolución 1373, de 28 de septiembre de 2001, el Consejo “decide igualmente (...) que todos los Estados (...) velen por que toda persona que participe en la financiación, la preparación o la perpetración de actos de terrorismo o que preste su apoyo a estos sea sometida a la acción de la justicia, y velen por que, además de las medidas que pudieran tomarse contra estas personas, se califiquen esos actos de terrorismo como crímenes graves según las leyes y reglamentos nacionales y sean objeto de penas adecuadas a la gravedad de los citados actos”⁸.

Proceso, pues, repito, que va de la recomendación (por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad) a la obligación impuesta mediante una decisión con base en el art. 25 del Capítulo VII de la Carta de Naciones

6. S/1269 (1999), párrafo 4.

7. S/1368 (2001), párrafo 3.

8. S/1373 (2001), párrafo 2, letra c.

Unidas y dirigida a todos los Estados para que sometan a la acción de la justicia a las personas culpables de cometer, o ayudar a cometerlos en sus múltiples formas, actos terroristas. Y ¿qué otra cosa puede significar "llevar ante la justicia" o "someter a la acción de la misma" a una persona sino **aut dedere aut iudicare**, es decir, procesar o extraditarla? Es importante, sí, el paso dado pues la inclusión del *terrorismo* entre los crímenes internacionales que según el Derecho internacional consuetudinario podrían ser objeto de persecución universal y, repito, sin inmunidad de jurisdicción que valga no aparecía rotundamente clara⁹. La decisión del Consejo de Seguridad es, por el contrario, nítida y terminante.

Repárese, en general, que el carácter "total" de las obligaciones anti-terroristas impuestas por la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad resulta enormemente reforzado por tres notas: Obliga, como si de un modélico convenio internacional universal se tratase, a *todos los Estados, les obliga ya* (sin tener que esperar una entrada en vigor primero, y, después, que gota a gota el volumen del agua siga subiendo hasta desbordar el vaso), y les obliga *por encima o sobre cualquier otra norma jurídica* (art. 103 de la Carta **dixit**).

Pero la resolución 1373 del Consejo de Seguridad dice más aún: *Se reafirma* en que "tales actos [los ataques del 11 de septiembre], como cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales"; "*declara* que los actos, métodos y prácticas del terrorismo son contrarios a los fines y principios de la Organización de Naciones Unidas y que la financiación y la organización de actos de terrorismo o la incitación a cometerlos con conocimiento de causa son asimismo contrarios a los fines y principios de la Organización de Naciones Unidas"; y, finalmente, "*se declara* resuelto a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena aplicación de la presente resolución, de conformidad con las responsabilidades que le incumben en virtud de la Carta"¹⁰.

9. En el *asunto Ghadaffi*, la *Cour de Cassation* francesa ha sostenido, respecto del concreto crimen de terrorismo que no ha evolucionado (aún) normativa consuetudinaria alguna que modifique las normas tradicionales sobre inmunidad de jurisdicción de los órganos del Estado (sentencia de 13 de marzo de 2001, nº 1414, pp. 2-3 del manuscrito). La *Cour de Cassation* sostuvo un punto de vista opuesto al de la Cámara de Acusación del Tribunal de Apelación de París (sentencia de 20 de octubre de 2000, pp. 2-4 del manuscrito). Para una crítica doctrinal de la "doctrina" de la *Cour...*, S. ZAPPALÀ: "Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes?. The Ghadaffi Case before the French Cour de Cassation", *European Journal of International Law*, 12 (2001), nº 3, pp. 595-612.

10. S/1373 (2001), párrafo cuarto del Preámbulo y párrafos 5 y 8 del dispositivo. Ya en su resolución 1368, del 12 de septiembre, el Consejo de Seguridad expresaba su disposición "a tomar las medidas que sean necesarias para responder a los ataques

En suma, los Estados que financien, apoyen, den refugio o no lleven ante la justicia (pudiendo) a personas u organizaciones terroristas se exponen a que el Consejo de Seguridad les aplique el Capítulo VII de la Carta, lo que incluye, como es sabido, todo un arsenal de medidas que van desde los ultimátums, pasando por las “sanciones” económicas, hasta el uso (o su autorización) de la fuerza armada. Y el Consejo de Seguridad advierte, parece que esta vez de verdad, que va a hacerlo: El tono lo revela, apuntando también en esa dirección el establecimiento de un Comité integrado por todos los miembros del Consejo para verificar el cumplimiento que de esta resolución hacen los Estados miembros, y, asimismo, su voluntad declarada de seguir ocupándose de la cuestión¹¹.

4. Pero los ataques terroristas han generado también una durísima reacción armada por parte de Estados Unidos (y en mucha menor medida también el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) contra Afganistán, cuya legalidad no me parece tan clara. Dos interrogantes y una afirmación permitirán que me explique.

A) *¿Genuina y estricta legítima defensa?*

El ataque armado que Estados Unidos básicamente ha desencadenado contra Afganistán, lugar de refugio de la organización terrorista liderada por Osama Ben Laden Al-Qaeda, llegando hasta la remoción del régimen político en el poder en ese país¹², se ha cobijado, en boca de los políticos bajo las alas protectoras de la *legítima defensa*.

¿Legítima defensa contra un *Estado* para responder a los ataques de una *organización* terrorista? El art. 51 de la Carta de Naciones Unidas está pensado para la hipótesis en que las fuerzas armadas de un Estado desencadenan contra otro un ataque armado “penetrando” sus fronteras y hollando su territorio físicamente, bombardeando su territorio o, en fin, atacando sus fuerzas

terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 y para combatir el terrorismo en todas sus formas (...)” (S/1368 [2001], párrafo 5).

11. S/1373 (2001), párrafos 6 y 9.

12. Nadie, al parece, se atrevió a hacer lo propio en la “Guerra del Golfo” (1990-1991) respecto del régimen iraquí. Ahora “alguien” parece arrepentido, seguramente a la vista del éxito de Afganistán (...).

¿"NO CESARÉIS DE CITARNOS LEYES VIENDO QUE CEÑIMOS ESPADA"?

armadas o flotas mercantes o aéreas¹³. No es este el caso: Las fuerzas armadas de Afganistán ni invadieron Estados Unidos, ni bombardearon su territorio, ni atacaron a sus fuerzas armadas o a su flota civil mercante o aérea.

Es verdad que el Derecho internacional ha aceptado un ensanchamiento de la figura de la legítima defensa en ciertos supuestos de *agresión indirecta*. En ciertos supuestos digo, a saber, cuando un Estado *envía* grupos armados a otro país y allí se cometen por estos *actos armados equivalentes a un ataque armado en debida o forma o participa sustancialmente* en dichos actos¹⁴, se comete asimismo una agresión armada con lo que se abre para el Estado víctima la invocación de su derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva.

¿Pueden, los ataques terroristas del 11-S calificarse de un *ataque armado* a los efectos de despertar el derecho de legítima defensa del Estado que los sufrió? Actos aislados de terrorismo nunca se han calificado así. Todos recordaremos la invocación que de la legítima defensa efectuó Estados Unidos para justificar sus ataques aéreos sobre las ciudades libias de Trípoli y Bengasi (1986), como respuesta al atentado terrorista en una discoteca berlinesa por agentes libios, y el rechazo que la misma provocó en Naciones Unidas, y lo mismo pudiera decirse del ataque aéreo israelí, en Túnez, a las sedes de la "organización terrorista" de la OLP (1985) (...). No obstante, la magnitud de los actos terroristas del 11-S, que implicaron el uso de varias aeronaves repletas de combustible y con cientos de rehenes a bordo, la destrucción perseguida y conseguida (dos inmensos edificios en el centro de una pobladísima urbe), el número final de víctimas (varios miles)¹⁵, y la

13. *Definición de la Agresión*, art. 3, letras a, b y d (resolución 3394 [XXIX], de 14 de diciembre de 1974, de la Asamblea General de Naciones Unidas): "(...) cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque (...); b) el bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado (...); d) el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea".

14. *Definición de la Agresión* cit., art. 3, letra g: "El envío por un Estado o en su nombre de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos".

15. Para Ch. TOMUSCHAT el número de nacionales de un Estado blanco u objetivo del ataque (él se plantea el caso del secuestro o toma de rehenes de los nacionales de un Estado por grupos armados o terroristas o del peligro para su vida en situaciones de desorden...) puede conducir a un salto cualitativo que suponga un deslizamiento del tema desde "una violación individual de los derechos humanos hasta convertirse ciertamente en un caso en que el Estado como tal es la víctima directa", lo que justi-

naturaleza particular de algunos de los objetivos (piénsese en el Pentágono, en Washington D.C., el centro nervioso de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos), llevan a pensar que actos de esta naturaleza podrían considerarse equiparables en sus objetivos y efectos a muchos ataques armados ortodoxamente desarrollados, por lo que serían un precedente que de repetirse debería tenerse en cuenta **pro futuro** a estos efectos.

Si, por tanto, cabría aceptar que los grupos que actuaron en Nueva York y Washington cometieron actos armados de naturaleza similar a los que se exigen para la calificación de una agresión, según la resolución 3314 (XXIX), ¿puede también entenderse que esos grupos fueron *enviados por* o sus *ataques contaron con la participación sustancial de Afganistán*? Porque de ser así, parece, en efecto, que el derecho de legítima defensa del Estado víctima estaría justificado (...):

— No existen, sin embargo, pruebas al menos que se conozcan, de que el Gobierno talibán de Afganistán *enviara* con instrucciones concretas a los terroristas de Al-Qaeda o que estos actuaran *en su nombre*.

— Por el contrario, este Gobierno sí brindó apoyo y dio refugio a esa organización en su territorio, le permitió montar bases propias de entrenamiento y adiestramiento y se negó, siempre, a entregar a su máximo dirigente, Osama Ben Laden, a los Estados cuya extradición reclamaban. ¿Implica conducta tal una *participación sustancial en los actos armados que dicha organización terrorista cometió el 11-S*? En los actos terroristas concretos del 11 de S no lo creo, si atendemos a que el grado de control exigible según la Corte Internacional de Justicia en el *asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* debe referirse a cada acto en concreto, no bastando para imputar a un Estado un ataque en particular de grupos armados el que este en general los financie, apoye y ayude en su lucha armada; siendo, por lo demás, si es que queremos ir a todo el fondo, el apoyo de Afganistán a la organización terrorista más pasivo y menos vehemente que el que Estados Unidos prestara a las fuerzas de la *contra* en su lucha contra el Gobierno sandinista de Nicaragua¹⁶. El artículo 8 del *Proyecto (definitivo) de*

ficaría, en principio y dicho con todas las cautelas, un eventual derecho de legítima defensa ("International Law: Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General Course on Public International law", *Recueil des Cours*, 281 [1999], pp. 9-438, en pp. 215-216, párrafos 16-17).

16. En el contexto, en concreto, del caso el Tribunal ante los argumentos de Nicaragua de que dado que Estados Unidos financiaba, reclutaba, organizaba y controlaba a los *Contra*, a él debían imputarse las violaciones que de los derechos

artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado por la CDI en agosto de 2001, no se aparta, por lo demás, en estas cuestiones de la argumentación básica de la Corte que he apuntado¹⁷.

En suma, todo bien pesado no puede afirmarse con la claridad que el Derecho internacional demanda que Afganistán, en aplicación del art. 3, letra g de la *Definición de la Agresión*, cometiese una agresión indirecta contra los Estados Unidos susceptible de generar a su favor el derecho inmanente de legítima defensa. Es obvio, por lo demás, que Afganistán con su apoyo al terrorismo violó el Derecho internacional, en concreto el principio que prohíbe el uso directo o indirecto de la fuerza armada¹⁸, pero ese hecho ilícito,

humanos y del Derecho internacional humanitaria la *Contra* cometió, respondía (pese a haber reconocido que "considera probado que la fuerza *Contra*, al menos durante cierto período, fue tributaria de los Estados Unidos, hasta el punto de no poder llevar a cabo sus actividades militares y paramilitares más cruciales o significativas sin el apoyo multiforme de estos" [s. de 27 junio 1986, *CIJ Recueil 1986*, pp. 14 ss., en p. 63, párrafo 111]) que "todas las modalidades de participación de los Estados Unidos mencionadas, e incluso el control general ejercido por estos sobre una fuerza extremadamente dependiente a su respecto, no significaría por sí mismas, sin prueba complementaria, que los Estados Unidos hayan ordenado o impuesto la perpetración de actos contrarios a los derechos humanos y al derecho humanitario alegados por el Estado demandante (...). Para que la responsabilidad jurídica de estos últimos esté comprometida, debería en principio probarse que tenía el control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en las que se cometieron las violaciones en cuestión" (*CIJ Recueil 1986*, pp. 64-65, párrafo 115).

De aplicar esta "doctrina", habría que probar para imputar a Afganistán los ataques del 11-S no sólo que estaba al tanto de los planes sino que su Gobierno tenía el control efectivo de la operación (secuestro de los aviones, decisión de hacerlos impactar contra los objetivos señalados...). ¿Se ha probado esto?

17. Repárese en las palabras en cursiva (que es mía): Artículo 8 (Comportamiento bajo la dirección o control del Estado): "Se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado *al observar ese comportamiento*".

Véanse también los comentarios de la Comisión a este artículo, en *Informe de la CDI. 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales. 56º período de sesiones. Suplemento nº 10 (A/56/10)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 91-97 (en su comentario nº 5 en particular, la Comisión ante la modulación que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia [TPIY] ha hecho en alguna de sus sentencias respecto del criterio del "control efectivo" manejado por el TIJ en el asunto de Nicaragua, insiste: "Sea como fuere, hay que apreciar *en cada caso* si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a este" (*Informe...cit.*, p. 95) (La cursiva es mía).

18. Según este principio, "todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado", y "el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos (...) de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminados a la comisión de dichos actos (...)" (párrafos octavo y noveno del principio de prohibición

del que es responsable, no puede equipararse a un ataque armado que genere, como decía, el derecho de legítima defensa¹⁹.

No siendo posible en mi opinión, y según la interpretación que creo ortodoxa del Derecho internacional en vigor cuando los ataques terroristas se cometieron, el derecho de legítima defensa por parte de los Estados Unidos contra Afganistán, no procede entrar a considerar si las condiciones en que este país ha llevado a cabo su pretendido derecho se conforman o no con las exigidas por este, que las tiene, a la hora de su puesta en práctica²⁰.

B) *El terrorismo internacional, una amenaza mundial*

La locura terrorista parece no tener fin (...) ni techo. Todos estamos amenazados y en peligro, por lo que la comunidad internacional debe reaccionar rápida y firmemente para prevenir esa amenaza y, en su caso, castigar a sus autores sean éstos individuos, organizaciones o Estados.

En principio la comunidad internacional dispone ya de un sistema muy a tener en cuenta: El Capítulo VII de la Carta. El Consejo de Seguridad puede desencadenar contra un Estado que viola sus obligaciones para con el terrorismo internacional todo un conjunto de medidas coercitivas armadas y no armadas que serán, si se quiere, decisivas.

del uso o amenaza de la fuerza contenido en la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, anexa a la resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970).

19. La CIJ, en el asunto Nicaragua, trazó una clara distinción entre las violaciones de la norma que prohíbe el uso o amenaza de la fuerza armada en las relaciones internacionales de alcance “menor” (por ejemplo el suministro de armas de un Estado a rebeldes o grupos armados que luchan en otro contra su Gobierno, o el apoyo logístico o de otro tipo a los mismos) y las que pueden calificarse de agresión o ataque armado. La Corte es, en mi opinión, meridianamente clara al exigir, para la correcta invocación de un genuino derecho de legítima defensa, que un ataque armado en debida forma se haya producido (*CIJ Recueil 1986*, pp. 93-94 [párrafos 193-195] y pp.110-111 [párrafos 210-211]).

20. Aunque sí debo añadir que el Gobierno de los Estados Unidos parecía menospreciar *ab initio* estas condiciones: El Embajador de este país ante el Consejo de Seguridad, Sr. NEGROPONTE, afirmó en una de sus conferencias de prensa: “(...) si hablamos del derecho inmanente de legítima defensa, yo no pienso tanto en que debe limitarse en una u otra forma, pienso en que debe ejercerse, si está justificado y es necesario” (US.UN Press Release 136 [01], 8 octubre 2001). Las *condiciones* en las que la “legítima defensa” de Estados Unidos se ha llevado a cabo incluirían más bien amargas reflexiones sobre el papel jugado por las reglas del Derecho de los conflictos armados, sobre todo en su versión “humanitaria”.

No obstante, y como la práctica demuestra, el sistema tiene fallos: Todo depende de la voluntad política de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Un veto impediría acción alguna "institucional". Desde esta consideración, la afirmación de que el "Derecho internacional, tal y como es, ofrece ya a los Estados los medios para combatir el terrorismo"²¹ no me parece que refleje la verdadera realidad de las cosas. Esta por el contrario exige que el Sistema cuente con una "válvula de escape" que permita a un Estado objeto de ataques terroristas reaccionar individualmente pero dentro de la legalidad mediante, si es que fuera indispensable, el uso de la fuerza cuando el Sistema mismo se vea "cortocircuitado" por el veto. ¿O es que puede la comunidad internacional exigir a un Estado, al que niega su defensa pública o institucional, que se limite a sobrellevar con mortificada paciencia su infortunio mientras las cosas se van arreglando (...)?

C) ¿Entonces?

Si el Sistema de la Carta, dada su naturaleza actual, no permite garantizar a los Estados víctimas de ataques terroristas de la gravedad de los llevados a cabo el 11 de septiembre de 2001, que el Consejo de Seguridad activará el Capítulo VII de la misma, debemos ofrecer a esos Estados una salida digna, que les permita, insisto, dentro de la legalidad, afrontar individual, personalmente, sus problemas.

Tres vías son posibles: O reformamos la Carta de Naciones Unidas formalmente, buscando un equilibrio entre el derecho de veto y la necesidad de una contundente acción universal, en ciertos supuestos, contra el terrorismo (lo que políticamente no parece viable); o construimos una "doctrina" pactada, en el seno de Naciones Unidas, que sienta las directrices de un uso individual de la fuerza armada en ciertos supuestos (intervención de humanidad, respuesta al terrorismo internacional) o, quizás más fácil, construimos un "mecanismo" que nos permita pactar la respuesta cuando el lobo se presente o, en fin, aceptamos mientras el Consejo de Seguridad no se decida

21. Y añade el mismo autor de la cita: "Existe ya una red muy extensa de obligaciones convencionales en la materia. Y, nadie lo duda, este flagelo [se refiere al terrorismo] constituye una amenaza para la paz internacional (...). Esta constatación abre la vía a la adopción de un amplio abanico de medidas, incluido el uso de la fuerza. Pertenecer al Consejo de Seguridad tomar las medidas adecuadas para combatirlo, en el marco establecido por la Carta" (M.G. KOHEN: "L'arme de la civilisation..." cit. [nota 1], p. 2)".

(y por si finalmente no lo hiciera) coger el toro por sus mismísimos cuernos, admitiendo una ampliación del concepto de legítima defensa individual o colectiva para los supuestos más graves de terrorismo.

Este último camino es, sin duda, el más fácil y yo diría que cómodo para todo el mundo. Para el Estado víctima, desde luego, en particular si es uno de los Grandes, que podrá conservar la iniciativa en su respuesta, pero también acaso para las propias Naciones Unidas o, y quizás sería más justo, para su Consejo de Seguridad (y sus [tal vez otros] miembros permanentes) que no se “mancha las manos” en el asunto. ¿Es lo que ha ocurrido con la respuesta a los atentados del 11 de septiembre?. Es difícil no creerlo así cuando se comprueba que los Estados miembros de la OTAN, diecinueve que no son los más pequeños ni los más débiles..., han considerado formalmente que los ataques del 11-S podían subsumirse en el supuesto de hecho del art. 5 del Tratado constitutivo²².

Es difícil no verlo así cuando el Consejo Europeo de la Unión aprobó un documento en el que los Quince (algunos miembros de la OTAN y otros no) expresan su adhesión inquebrantable a las tesis de los Estados Unidos²³.

Es difícil no creerlo así cuando se observa que el Consejo de Seguridad, en su resolución 1368 de 12 de septiembre de 2001, se inclina expresamente por “reconocer el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de Naciones Unidas” (párrafo cuarto del Preámbulo) y, de nuevo, en la resolución 1373 de 28 de septiembre, una decisión ya en aplicación del Capítulo VII de la carta, el Consejo de Seguridad “se reafirma en el derecho inmanente de legítima defensa (...) reafirmado

22. Disposición que, como es sabido, contempla el supuesto en el que “un ataque armado contra uno de los Estados partes ocurrido en Europa o en América del Norte” se considerará un ataque contra todos, por lo que cada uno de ellos “en el ejercicio del derecho de legítima defensa, individual o colectiva, reconocido por el art. 51 de la Carta (...) asistirá a la Parte atacada tomando individualmente, y de acuerdo con las otras, las medidas que juzgue necesarias, comprendido el empleo de las fuerzas armadas (...)” (Tratado del Atlántico Norte, Washington 4 de abril de 1949 [BOE de 31 de mayo de 1982]). Véase el comunicado de prensa (NATO press release 124, 12 septiembre 2001; texto completo en www.nato.int/terrorism). El 2 de octubre de 2001 la OTAN, tras recibir informaciones del Gobierno de los Estados Unidos, aceptó la culpabilidad de Al-Qaeda y Osama Ben Laden y su refugio en Afganistán, por lo que confirmó que declaraba aplicable el citado art. 5.

23. Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001, doc.: Conclusión y Plan de Acción (en él, por ejemplo, se lee: “Con base en la res. 1368 del Consejo de Seguridad, una respuesta americana es legítima... Los países miembros de la Unión, cada uno según sus medios, están dispuestos a comprometerse en tales acciones... Acciones que pueden dirigirse asimismo contra los Estados que ayuden, sostengan o alberguen terroristas...”).

[dice a su vez] en la resolución 1368 (2001)" (párrafo cuarto del Preámbulo). Es difícil, sí, no considerarlo así cuando, desencadenados ya los ataques que Estados Unidos y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cobijaron oficialmente bajo la legítima defensa²⁴, el Consejo de Seguridad que había visto y oído, leyó (...) y calló.

Si esta impresión es correcta, deseo añadir que, en mi opinión, supone una ampliación del derecho de legítima defensa no prevista ni aceptada, salvo por un número muy reducido de Estados (Estados Unidos, Israel, Africa del Sur), hasta hoy; y obsérvese además que esta ampliación de la figura en la que el Consejo de Seguridad parece comprometerse no tiene que ver tanto con el Derecho consuetudinario sobre la legítima defensa que la Corte Internacional de Justicia reconoció, aunque sin precisiones ni detalles, existente en paralelo al de la Carta de Naciones Unidas en el *asunto sobre la actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra esta*²⁵, sino del derecho de legítima defensa "de conformidad con la Carta de Naciones Unidas" (afirman literalmente las resoluciones 1368 y 1373 citadas). Habrá, pues, que estar atentos por si los sucesos de Afganistán no son sino el inicio de una nueva concepción de tan tradicional figura; también sobre si esta "nueva legítima defensa" lo es con carácter general (la expansión de la expansión...) o se trataría de una especie de *lex specialis* sólo aplicable en la lucha contra el terrorismo (...).

Se observará, finalmente, que la Asamblea General de Naciones Unidas, que también adoptó un texto condenando los ataques, se abstuvo de "recordar" el derecho de legítima defensa, decantándose por reclamar medidas multilaterales y colectivas, al urgir la cooperación internacional para "poner a disposición de la justicia" a los autores de los ataques del 11 de septiembre y, en general, para prevenir y erradicar los actos de terrorismo²⁶.

Por lo que a mí, personalmente, se refiere, preferiría una opción más colectiva e institucional, más Seguridad y menos Libertad de acción individual, para la respuesta internacional, que se necesita sin duda, al dilema de cómo reaccionar ante el terrorismo cuando la Organización de Naciones Unidas no demuestra sino apatía e inacción. Porque lo malo de dejar a los

24. Véanse por ejemplo las cartas de 7 de octubre de 2001 que tanto el Gobierno de los Estados Unidos de América como el del Reino Unido hicieron llegar ante el Consejo (doc.: S/2001/946 y 947 respectivamente). La de aquél con una latente concepción expansiva, inmoderada y casi feroz, si se me permite decirlo así, de su derecho.

25. *CIJ Recueil 1986*, p. 94, párrafo 176.

26. Resolución 56/1, 12 de septiembre 2001, párrafos 3 y 4.

Estados las manos libres, o más libres, para manejar individualmente la espada radica en que, entonces, de las solas manos del que la blande dependerá identificar a quien en el futuro haya de probar su filo²⁷.

Ahora bien, todos debemos ser conscientes de que si el Sistema de Seguridad Colectiva no ofrece salida alguna “institucional”, en caso de bloqueo, para los ataques terroristas de la gravedad de los que hemos tratado, no podremos confiar más tarde en que los Estados estén dispuestos por tiempo indefinido a ofrecer evangélicamente la otra mejilla; mucho me temo, por el contrario, que tendremos todos que oír, como el Senado de Roma a Pompeyo El Grande, ¿no cesaréis, Padres conscriptos, de citarnos leyes..., es que no véis que ceñimos espada?

27. En la carta que el Gobierno de los Estados Unidos de América (y términos semejantes no se encuentran en la del Reino Unido) dirigió al Consejo de Seguridad, puede leerse: “Todavía es mucho lo que no conocemos (...) y podemos encontrarnos con que nuestra legítima defensa requiere nuevas acciones contra otras organizaciones y otros Estados (...)” (doc.: S/2001/946, de 7 octubre).

No han pasado muchos días desde que el Presidente BÜSCH, en su discurso de 29 de enero de 2001 sobre el estado de la Unión, identificara como eslabones de un “eje de maldad”, por su concepción sobre y actitud ante el terrorismo internacional, a Irak, Irán y Corea del Norte (...)