

**UNA CARA OSCURA DEL DERECHO
INTERNACIONAL: LEGÍTIMA DEFENSA
Y TERRORISMO INTERNACIONAL**

por LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

SUMARIO

1. LA CUESTIÓN A DEBATIR: LOS ATAQUES DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001 Y LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD
2. EL TERRORISMO INTERNACIONAL: CONCEPTO, CONTENIDO Y MANIFESTACIONES
3. LA LEGÍTIMA DEFENSA Y SUS REQUISITOS
4. ¿LEGÍTIMA DEFENSA *VERSUS* TERRORISMO INTERNACIONAL?
5. UNA «ADDENDA» EN EL ÚLTIMO MINUTO
6. CONCLUSIONES

1. LA CUESTIÓN A DEBATIR: LOS ATAQUES DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001 Y LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

La destrucción de las Torres Gemelas de Nueva York, el ataque al Pentágono y los sucesos de Pennsylvania, consecuencia de sendos atentados terroristas, fue seguido en directo por millones de espectadores de todo el mundo a través de las pantallas de televisión como una suerte de disparatado y fantástico guión cinematográfico. El impacto visual de tamaña destrucción resultó colosal en toda la opinión pública mundial, generando de inmediato reacciones políticas de absoluto rechazo.

En semejante contexto emocional, el Consejo de Seguridad de las N.U. aprueba el 12 de septiembre la Resolución 1368 (2001), de cuyo contenido merecen ser destacados algunos elementos. En primer lugar, se reconoce con carácter general «el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas». En segundo término, se califican los atentados como actos «de terrorismo internacional» y como «ataques terroristas» que «constituyen una amenaza para la paz y seguridad internacionales». De otra parte, se involucra dentro de tales actos tanto a los «autores, organizadores y patrocinadores» directos como a los «cómplices» y a «los responsables de darles apoyo o asilo». Por último, se insta a la colaboración y cooperación internacionales.

El 28 de septiembre del mismo año se aprueba, también por unanimidad, la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, con una estructura y un contenido internos más complejos y extensos. Como elemento central, el Consejo adopta una serie de decisiones, en el ámbito específico del Capítulo VII de la Carta, que intentan yugular desde el punto de vista económico, financiero y de aprovisionamiento de armas a las «personas» y «entidades» que participan en actos terroristas, conminando a los Estados a impedir «que quienes financian, planifican, facilitan o cometen actos de terrorismo utilicen sus *territorios* respectivos para esos fines, en contra de otros Estados o de sus ciudadanos». En su parte preambular, se reitera la calificación de los «ataques» y «actos terroristas»

como «amenaza a la paz y seguridad internacionales», al tiempo que se reafirma el derecho inmanente a la legítima defensa individual y colectiva.

Ambas resoluciones, y sobre todo la segunda, pueden ser analizadas desde numerosos puntos de vista. Sin embargo, a los fines de nuestro estudio, esto es, a la relación entre legítima defensa y terrorismo internacional, los aspectos más relevantes son los siguientes:

- 1.º) las referencias al derecho de legítima defensa son abstractas y genéricas, en el sentido de que en ninguna de ambas resoluciones se afirma el derecho a la legítima defensa de los Estados Unidos frente a otro u otros Estados en particular;
- 2.º) como no podría ser de otra manera, dicho derecho deberá ejercerse de conformidad con los términos de la Carta, es decir, de su artículo 51;
- 3.º) no se define en ningún caso el terrorismo internacional;
- 4.º) los ataques o actos terroristas constituyen amenazas a la paz y seguridad internacionales pero, en el contexto específico del Capítulo VII de la Carta, no se hace alusión alguna al quebrantamiento de la paz ni a la agresión;
- 5.º) el bien jurídicamente tutelado es el Estado, bien en su soberanía, integridad territorial e independencia, bien en la persona de los nacionales que sufren las consecuencias de los actos terroristas;
- 6.º) existen alusiones y condenas al terrorismo internacional en las personas y entidades que los protagonizan, a sus cómplices y a quienes les presen apoyo o asilo;
- 7.º) las únicas referencias expresas a los Estados, dentro del fenómeno del terrorismo internacional, se localizan en la obligatoriedad de impedir la utilización del territorio de un Estado por las personas o entidades que protagonizan actos terroristas, y sus cómplices, en contra de otros Estados y de sus ciudadanos;
- 8.º) en ambas resoluciones existen referencias concretas a la Resolución 1269 (1999), adoptada por el Consejo de Seguridad el 19 de octubre de 1999, que contempla principalmente este fenómeno desde la óptica de la cooperación internacional¹.

Todo lo anterior ha servido a los Estados Unidos para iniciar una operación militar en Afganistán que si inicialmente fue bautizada como «Justicia Infinita», pronto se trocó en «Libertad Duradera» e incluso las autoridades llegaron a sugerir la posibilidad de una extensión de las operaciones militares hacia otros países a los que consideró el «eje del mal», siempre en nombre del derecho a la legítima defensa individual y colectiva. A este respecto, conviene recordar la inmediata iniciativa tomada por Estados miembros de la OTAN para activar la

¹ En relación al juicio que el contenido de estas dos resoluciones ha merecido a la doctrina especializada, *vid.* O. Corten y F. Dubuisson, «Operation “liberté immuable”: une extension abusive du concept de légitime défense», *R.G.D.I.P.*, 2002-1, pp. 52 a 54; L. Condorelli, «Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?», *R.G.D.I.P.*, 2001-4, pp. 832 a 841; N. Schrijver, «Responding to International Terrorism: Moving the Frontiers of International Law for “Enduring Freedom”?», *Netherlands I.L.R.*, 2001, pp. 284 a 286.

acción colectiva de legítima defensa, de conformidad con el artículo 5 del Tratado de Washington de 1949².

Tales iniciativas suscitan problemas políticos, militares y estratégicos muy plurales y de hondo calado³, aunque la óptica de análisis del presente trabajo será estrictamente jurídica. Se trata, en suma, de examinar los problemas que los ataques y atentados terroristas suscitan en cuanto a una respuesta armada basada en la legítima defensa individual o colectiva, pues no solamente es previsible un incremento del fenómeno terrorista a escala planetaria, sino que las operaciones militares aún continúan en Afganistán. Con carácter general cabe advertir que, dada la perfidia intrínseca de los actos terroristas y sus efectos perversos respecto al derecho fundamental a la vida e integridad física de las personas, debe hacerse un uso alternativo del derecho internacional de manera que se llegue a una interpretación y aplicación del mismo *pro victima*, pero a condición de respetar las bases esenciales de nuestro ordenamiento que seguramente no cuenta con los mejores pertrechos técnicos para dar respuesta adecuada al terrorismo internacional. Contra el terrorismo, pero con el derecho.

2. EL TERRORISMO INTERNACIONAL: CONCEPTO, CONTENIDO Y MANIFESTACIONES

Son bien conocidas las dificultades técnicas para ofrecer un concepto del terrorismo internacional que resulte asumible universalmente, y mucho mayores aún si lo que deseamos es un preciso concepto normativo de este fenómeno⁴. Los textos internacionales en vigor no contemplan una definición general y exhaustiva, y por eso se ha sostenido que el «term “terrorism” has no specific legal meaning. It covers compendiously the following:

1. Offences by States against diplomats.
2. Offences by States against other protected persons (e.g. civilians in times of war).
3. Offences by States, or those in the service of States, against aircraft or vessels.
4. The offence of State hostage-taking.
5. The offence by States of allowing their territory to be used by non-State groups for military action against other States, if that action clearly includes prohibited targeting (i.e. against civilians), or prohibited means of force.

² Cf. N Schrijver, *op. cit.*, pp. 280 a 283.

³ *Vid.* por ejemplo los trabajos de D. David, J. Beltrán y G. Parmentier, R. Leveau y F. Godement publicados en *Politique Étrangère*, 2001, n.º 4, pp. 765 y ss.

⁴ Sobre este género de cuestiones, *vid.* J.A. Carrillo Salcedo y J.A. Frowein, *Les aspects juridiques du terrorisme international/The Legal Aspects of International Terrorism*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales. Académie de droit international de La Haye. Dordrecht, 1989, pp. 21 y ss.; J. Alcaide Fernández, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, 2000, pp. 43 y ss., con una extensa y completa bibliografía especializada; C. Ramón Chornet, *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Valencia 1993, pp. 161 y ss.

6. Action by non-State actors entailing either prohibited targets or prohibited means.
7. Connivance in, or a failure to control, such non-State action. This engages the indirect responsibility of the State, and is subsumed under "State terrorism"»⁵.

Sin embargo, no todas las manifestaciones terroristas son jurídicamente relevantes desde el punto de vista del ejercicio de la legítima defensa, por lo que se hace imprescindible una delimitación conceptual. En principio, un acto terrorista protagonizado por individuos, grupos o entidades contra personas, aeronaves, buques o instituciones estatales es un asunto interno del Estado afectado, esto es, del artículo 2, 7.º de la Carta de las Naciones Unidas, y en principio resulta irrelevante para el derecho internacional. Claro está, salvo que se trate de actividades terroristas que presenten una conexión internacional y que estén reguladas por normas internacionales reconocidas y aceptadas por ese Estado (por ejemplo, actos terroristas contra la aviación civil o contra la navegación marítima), en un esquema predominantemente de cooperación internacional⁶.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001, que tienen lugar en territorio norteamericano utilizando aeronaves civiles con la bandera de ese país, en principio, constituían un asunto estrictamente interno de los Estados Unidos y, por tanto, la represión de los mismos correspondía exclusivamente a su jurisdicción conforme a su propia legislación. Ahora bien, si el Consejo de Seguridad se ocupa de la cuestión y adopta medidas del Capítulo VII de la Carta ha dejado de ser un asunto exclusivamente interno, porque así lo dispone el inciso final del artículo 2, 7 de la Carta.

Pero para que exista un acto terrorista jurídicamente relevante a los fines de la legítima defensa resulta imperativo que en el uso de la fuerza esté involucrado, directa o indirectamente, uno o varios Estados extranjeros, según el artículo 51 de la Carta. Las medidas policiales, penales y jurisdiccionales que adoptan inmediatamente las autoridades norteamericanas en territorio estadounidense contra el grupo terrorista «Al Qaeda» nada tienen que ver con la legítima defensa, en sentido técnico. Para activar este mecanismo contra un Estado es imprescindible (al margen de los problemas de responsabilidad internacional que puedan surgir) que ese Estado esté implicado en las actividades terroristas, lo que exige la prueba de dicha atribución⁷. En efecto, los grupos o movimientos terroristas están siempre, por definición, en el territorio de algún Estado y pueden actuar bien en el territorio de ese Estado (terrorismo interno) o de otro distinto (terrorismo internacional). Si un Estado permite que su territorio sea utilizado para perpetrar actos terroristas contra otro Estado es cómplice de los mismos, y esta sería la primera condición necesaria (aunque no suficiente) para llegar a

⁵ R. Higgins, «The general international law of terrorism», en la obra de R. Higgins y M. Flory, *Terrorism and International Law*, Londres y Nueva York, 1997, p. 27.

⁶ Vid. en este sentido el trabajo de P.A. Fernández Sánchez, *La obligación internacional de cooperar en la lucha contra el terrorismo*, Madrid, 1992.

⁷ En este punto nos remitimos al completo análisis de J. Alcaide Fernández, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, op. cit., pp. 138 y ss.

concebir teóricamente el ejercicio de la legítima defensa; para que eso ocurra es además necesario que estemos ante un supuesto de ataque armado o de agresión, pero ésta es otra cuestión distinta a la que nos referiremos más adelante.

Precisamente en relación a Afganistán y al fenecido régimen talibán, las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1193 (1998) y 1214 (1998) contemplan la utilización del territorio afgano controlado por dicho régimen para acoger y adiestrar movimientos terroristas y para perpetrar actos terroristas. A priori tendríamos entonces un Estado frente al cual se podría ejercer —en su caso— la legítima defensa, siempre que se probara adecuadamente su participación e implicación en los actos terroristas, y siempre que pudiera ser calificado como un supuesto de agresión.

En cuanto al uso de la fuerza por el grupo terrorista conviene recordar que el concepto resulta completamente flexible, pues admite la posibilidad de utilizar armamento convencional o simples aviones comerciales utilizados militarmente, o bien puede extenderse a la llamada guerra ABQ, esto es, empleando armas nucleares o sustancias bacteriológicas o químicas de amplio poder letal⁸ y frente a las cuales las medidas preventivas resultan aún más complejas y difíciles. Cabe recordar, en este orden de ideas, que tras los ataques del 11 de septiembre se especuló en Estados Unidos con la posibilidad de un ataque con ántrax.

En suma, los movimientos terroristas internacionales actúan en el territorio de uno o de varios Estados en los cuales tienen dispersos sus sistemas de adquisición y almacenamiento de armas, sus campos de entrenamiento, su infraestructura administrativa, económica o financiera⁹, sus fuentes de financiación, organización político-militar, etc. Por tanto, el factor jurídicamente relevante para analizar conjuntamente el binomio terrorismo internacional-legítima defensa, esto es, el factor estatal y el uso directo o indirecto de la fuerza armada, está presente, al menos potencialmente, en la mayoría de los supuestos conocidos. Cosa distinta es que las técnicas jurídicas disponibles internacionalmente en la actualidad para luchar contra este fenómeno resulten útiles y adecuadas.

Desde el punto de vista general de las posibles manifestaciones de los ataques terroristas que resultan pertinentes a los fines de nuestro estudio, y dejando a un lado por supuesto las manifestaciones del terrorismo interno, estimamos relevantes las siguientes manifestaciones:

- a) los ataques terroristas directamente atribuibles a un Estado por tratarse de actos protagonizados por órganos (policiales, militares, etc. de ese Estado);
- b) los ataques terroristas llevados a cabo por grupos terroristas o mercenarios irregulares que, aun no formando parte del organigrama oficial de un Estado, actúan realmente en nombre y por cuenta de ese Estado que es

⁸ Sobre los aspectos generales del terrorismo nuclear, *vid.* P.L. Leventhal e Y. Alexander (eds.), *Nuclear Terrorism: Defining the Threat*, Washington, 1986.

⁹ *Vid.* el trabajo de J. Bourrinet, «The economic análisis of terrorism», en R. Higgins y M. Flory, *Terrorism and International Law*, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

quien fija los objetivos y eventualmente instruye, financia o equipa a los mencionados grupos, lo que equivale a una imputación o atribución indirecta del hecho;

- c) los ataques terroristas caracterizados porque interviene un Estado permitiendo el uso de su territorio para el paso, entrenamiento o lugar de retirada del grupo terrorista, o bien ayudando de cualquier otra forma a dicho grupo;
- d) los ataques terroristas que tienen como base lugares indeterminados, pero que se caracterizan por no afectar directamente a los espacios sometidos a la soberanía territorial de un Estado, sino a buques o aeronaves del pabellón de ese Estado que se hallan en espacios sometidos al régimen de libertad de navegación aérea o marítima¹⁰.

La anterior clasificación, aun en sus elementos básicos, resulta relevante a los fines de determinar las modalidades y problemas particulares que suscita el ejercicio del derecho a la legítima defensa en cada uno de los supuestos. Entre las anteriores manifestaciones nos hallamos ante algunas que son directamente atribuibles a un Estado, mientras que otras lo son por vía indirecta.

3. LA LEGÍTIMA DEFENSA Y SUS REQUISITOS

El punto de partida se halla en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, naturalmente en relación con el artículo 2, 4.º de la misma, aunque es preciso reconocer que las todas las condiciones y todos los requisitos para su ejercicio no están expresos en su tenor literal¹¹. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que mientras el artículo 2, 4.º prohíbe «la amenaza o el uso de la fuerza», el artículo 51 contempla la hipótesis de un «ataque armado» y no la amenaza de un ataque, lo que dará pie a interpretaciones interesadas de este último precepto que analizaremos más adelante. Pero es cierto que el derecho de legítima defensa tiene un componente consuetudinario que no se recoge expresamente en la Carta. Por otro lado, la redacción de la Carta en 1945 se inscribe en un contexto histórico en el que el concepto de «ataque armado» difícilmente podía concebirse al margen de las fuerzas armadas regulares de un Estado que se enfrentaban al ejército de otro Estado, esto es, en un terreno relativamente pacífico —valga la paradoja— desde el punto de vista conceptual y de la calificación sobre la existencia o no de un ataque armado, así como en relación a la

¹⁰ Clasificación que coincide en lo esencial con la que ofrece A. Cassese (*I.C.L.Q.*, vol. 38, 1989, p. 598).

¹¹ Entre la enorme bibliografía existente en la materia, remitimos inicialmente a los trabajos y comentarios de A. Cassese, «Comentario al artículo 51», en J.P. Cot y A. Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies*, 2.ª ed., París, 1991, pp. 771 a 793; A. Randelzhofer, «Comentario al artículo 51», en B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, 1994, pp. 662 a 678; S.A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, La Haya/Londres/Boston, 1996; M. Ortega Carcelén, *La legítima defensa del territorio del Estado*, Madrid, 1991.

extensión e intensidad del mismo. Ahora bien, el ataque terrorista reposa, entre otros rasgos, en la imprevisibilidad de su comienzo, así como en el fin e intensidad del mismo.

Antes de entrar en un análisis más detallado del conjunto de elementos que componen este derecho y de las modalidades que condicionan su ejercicio, conviene recordar que según afirmara la Corte en el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la legítima defensa requiere la existencia de un ataque armado en curso, ha de ser necesaria, debe concretarse en medidas proporcionales, medidas que han de comunicarse inmediatamente al Consejo de Seguridad y «que en el derecho internacional consuetudinario, sea general o el particular del sistema jurídico interamericano, ninguna regla permite el ejercicio de la legítima defensa colectiva en ausencia de solicitud por parte del Estado que se considera víctima de un ataque armado»¹².

Asimismo, con ocasión del dictamen consultivo de 8 de julio de 1996 en el asunto sobre *licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares*, la Corte reiteró nuevamente las condiciones de necesidad y de proporcionalidad (con los problemas específicos que suscita esta última en el caso de un ataque nuclear)¹³, recordó también la exigencia de poner inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad las medidas adoptadas¹⁴, afirmó con claridad meridiana que las represalias armadas en tiempo de paz, al margen de la legítima defensa, se consideran ilícitas¹⁵, y que todo uso de la fuerza al margen de las disposiciones de la Carta es también ilícito¹⁶.

Por tanto, disponemos de una base jurisprudencial de índole no menor para pasar al análisis de la legítima defensa, tanto en el marco convencional de la Carta como en el ámbito del derecho internacional consuetudinario. Desde un punto de vista más general y sistemático, partiendo siempre de la letra del artículo 51 de la Carta, cabe afirmar la existencia de tres requisitos expresos para el ejercicio del derecho a la legítima defensa: primero, el de *temporalidad, provisionalidad o transitoriedad* de la acción del Estado en el ejercicio de este derecho, pues únicamente podrá prolongarse hasta que el Consejo de Seguridad haya adoptado las medidas necesarias; segundo, el de la *subsidiariedad* de las medidas estatales respecto a las adoptadas por el Consejo de Seguridad «para mantener la paz y seguridad internacionales»; tercero, el *deber de información* al Consejo por parte del Estado que ejerce la legítima defensa respecto a las medidas adoptadas para repeler el ataque¹⁷.

Los dos primeros requisitos que acabamos de mencionar suscitan serias dudas en cuanto a su alcance y significado precisos, oscilando las posiciones doctrinales entre quienes hacen una lectura finalista en relación a salvaguardar la soberanía, independencia e integridad territorial del Estado atacado hasta quie-

¹² Cf. *C.I.J. Recueil 1986*, pp. 102 a 105, par. 193 a 200.

¹³ *I.C.J. Reports 1996*, p. 245, par. 41 a 43.

¹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 245, par. 44.

¹⁵ Cf. *Ibidem*, p. 246, par. 46.

¹⁶ Cf. *Ibidem*, p. 246, par. 47.

¹⁷ Cf. J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, 2.ª ed., Madrid, 2002, pp. 900 y ss.

nes sitúan el centro de gravedad en el ejercicio de sus competencias por el Consejo de Seguridad.

Mayores dificultades suscitan aún los requisitos de *necesidad y proporcionalidad*¹⁸, pues estando ausentes ambos de la letra del artículo 51 debemos movernos en el terreno más impreciso del derecho consuetudinario internacional, lo que requiere tener en cuenta la movediza práctica internacional y la *opinio juris* de los Estados. Esta dificultad se acrecienta aún más en el supuesto de un acto o ataque terrorista, ya que su propia naturaleza (sorpresa e imprevisibilidad) suscita de inmediato la cuestión de cuál es la fuerza necesaria y proporcional para repelerlo¹⁹. ¿Cómo conocer el origen, intensidad, objetivos y medios de un ataque terrorista, a los fines de valorar el carácter necesario y proporcional de la respuesta del Estado atacado? En términos generales, puede afirmarse la existencia de dos grandes tendencias doctrinales acerca del significado de ambos requisitos. De un lado, una corriente que podríamos denominar «restrictiva» considera que el carácter excepcional de la legítima defensa respecto al principio general limita su alcance a la eliminación del ataque armado, de manera que no serían necesarias ni proporcionales las acciones militares que no tuvieran este objeto y fin precisos, o su continuación una vez que el ataque hubiera sido rechazado. De otra parte, existe una corriente más «extensiva» (a la que no es ajena la mayor parte de la doctrina anglosajona) conforme a la cual la legítima defensa puede extenderse más allá de la neutralización o el rechazo del ataque armado hasta haber conjurado el peligro global que el protagonista de dicho ataque suponga para la seguridad del Estado atacado²⁰. Mucho me temo que la fractura actualmente existente entre ambas concepciones, respecto a ataques armados llevados a cabo por tropas o unidades regulares, aumente de forma espectacular respecto a ataques protagonizados por grupos o entidades terroristas.

Pero el presupuesto esencial, la *conditio sine qua non*, para el ejercicio de la legítima defensa radica en la existencia de un ataque armado y, como la jurisprudencia internacional se ha encargado de recordar, de un ataque en curso, es decir, ya iniciado. La fórmula, tras su aparente simplicidad, oculta una insospechada —al tiempo que obvia— madeja de problemas jurídicos, y todos ellos sugieren gran interés en relación a los ataques terroristas.

El primero, al menos desde el punto de vista cronológico, consiste en definir el concepto de ataque armado, ya que en la Carta la terminología avanza desde el primerizo «uso de la fuerza» (artículo 2, 4.º) hasta el más taxativo del artículo 51, en una ambigüedad que no sabemos muy bien si fue calculada o

¹⁸ A este respecto, cf. con carácter general los problemas que suscitan en la práctica ambos requisitos en G. Venturini, *Necessità e proporzionalità nell'uso de la forza militare in Diritto Internazionale*, Milano, 1988.

¹⁹ En la literatura jurídica especializada anterior al 11 de septiembre de 2001 apenas se analiza este problema, al margen de alguna observación sumamente genérica (cf. A. Randelzhofer, *op. cit.*, p. 673; y A. Cassese, *op. cit.*, p. 780), mientras que resulta habitual el examen de la legítima defensa respecto a las guerras coloniales y a los movimientos de liberación nacional.

²⁰ Cf. J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, pp. 901 y 902.

fruto de la falta de acuerdo político o de los yerros de la técnica jurídica²¹. Lo cierto es que fueron necesarios veintinueve años para que se definiera la agresión en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, y en cuyo preámbulo se silencia absolutamente el artículo 51 de la Carta. En su artículo 1 se define la agresión como «el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición». El artículo 3 caracteriza en su apartado g) de forma novedosa en los textos de Naciones Unidas como acto de agresión, junto a manifestaciones y despliegues clásicos de unidades armadas estatales convencionales y regulares, 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».

Este nuevo concepto de agresión, sinónimo en todo caso de «ataque armado», resulta de interés a los fines de nuestro estudio al menos por cuatro motivos. Uno, porque supone desligar el concepto de agresión o de uso de la fuerza de los supuestos tradicionales del uso directo de Estado a Estado, entendiendo como tales los realizados por fuerzas regulares de uno contra el otro. Dos, porque aunque no menciona expresamente a los grupos terroristas, sino más bien a la utilización de fuerzas irregulares mercenarias que ya eran conocidas a mediados de los setenta, sin embargo, ofrece acogida al concepto de grupo o entidad terrorista bajo el epígrafe de «bandas armadas» o «grupos irregulares», por más que estas dos expresiones puedan tener un impacto jurídico particular desde el punto de vista del elemento subjetivo del hecho internacionalmente ilícito. Tres, porque la agresión no depende solamente de que un Estado «envíe» bandas armadas o grupos irregulares (vale decir, terroristas) a realizar actos de fuerza armada contra otro Estado (dimensión tradicional del uso de la fuerza en la Carta), sino que han de ser de una gravedad equiparable a la que podría derivarse de los supuestos «normales», es decir, «clásicos», de los actos de agresión por medio de fuerzas armadas regulares. A lo que cabe añadir simplemente que ciertos grupos terroristas disponen de capacidad destructiva mucho más grave (incluso frente a una superpotencia o grandes potencias) que un número demasiado significativo de los ejércitos regulares nacionales actualmente existentes; esta es la base precisamente de los grupos terroristas, su capacidad de asestar duros golpes armados por su imprevisibilidad. Cuatro, también pueden ser considerados Estados agresores los que participen sustancialmente en los actos considerados, aunque directamente no «envíen» a grupo alguno. En suma, frente al uso directo de la fuerza se contemplan como posibles actos de agresión otros usos «indirectos», y ello, como veremos de inmediato, a título de derecho internacional consuetudinario.

Este particular tipo de agresión fue objeto de examen por la Corte en el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, afirmando:

²¹ De todo pudo haber sucedido, *vid.* S.A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, *op. cit.*, pp. 80 y ss., y 95 y ss.

«La Corte no ve inconveniente en admitir que en el derecho internacional consuetudinario la prohibición de la agresión pueda aplicarse al envío por un Estado de bandas armadas al territorio de otro Estado si la operación es de tal naturaleza, por sus dimensiones y efectos, que podría ser calificada como ataque armado, y no como un simple incidente fronterizo, si hubiera sido llevada a cabo por fuerzas armadas regulares. No obstante, la Corte no cree que la noción de “ataque armado” comprenda, además de la acción de bandas armadas en el caso de que esta acción revista una amplitud particular, la asistencia a rebeldes en forma de suministro de armas, asistencia logística u otro tipo de apoyos. En este caso es posible ver en tal asistencia una amenaza o un uso de la fuerza, o el equivalente a una intervención en los asuntos internos o externos de otros Estados»²².

Esta fórmula jurisprudencial cobraría una relevancia inusitada, quince años más tarde, en relación a los ataques terroristas de 11 de septiembre de 2001, dado que toda la doctrina acude en su ayuda a la hora de calificar o rechazar estos acontecimientos como un supuesto de agresión (de uno o varios Estados) que justificarían el ejercicio del derecho de legítima defensa por parte de los Estados Unidos contra tales países. Dejando a un lado, por el momento, los análisis doctrinales, parece oportuno centrarse en el análisis de la anterior afirmación de la Corte.

De entrada, la Corte no se enfrentaba en aquel caso a un supuesto de terrorismo internacional *stricto sensu*, sino a un guerra civil en el interior de Nicaragua con participación de terceros consistente en «la asistencia a rebeldes en forma de suministro de armas, asistencia logística u otro tipo de apoyos», negando a este hecho la calificación de «ataque armado» para considerarlo fundamentalmente como un supuesto de «intervención». Por cierto, debemos recordar que las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad tampoco utilizan la expresión «ataque armado». Requiere además que la acción presente una naturaleza, efectos y amplitud considerables, lo que puede darse en un ataque terrorista como demuestran los sucesos del 11 de septiembre. La cuestión radica entonces en determinar si la doctrina jurisprudencial relativa a los «*contras*» resulta aplicable sin más a la asistencia de cualquier tipo que un Estado preste para la realización de ataques terroristas, que supondría entonces un mero acto de intervención, pero no un ataque armado. Cosa distinta sería que el grupo terrorista actuara en nombre o por cuenta de un Estado, de forma que el hecho ilícito resultara atribuible directamente a ese hipotético Estado. Por el momento dejamos apuntado el problema, sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre el mismo.

La exigencia de un ataque armado en curso o ya iniciado nos enfrenta a dos cuestiones conexas: la denominada legítima defensa preventiva y la que podríamos calificar de legítima defensa *a posteriori*. Por lo que respecta a la legítima defensa preventiva, esto es, la que podría activarse en el caso de una mera «amenaza» y no sólo en el de «uso» de la fuerza, es bien conocida la posición de un nutrido grupo doctrinal anglosajón (Waldock, Stone, Bowett, Schwebel,

²² *I.C.J. Reports 1986*, p. 10, par. 195.

McDougal, etc.) que sostiene su licitud amparándose en la nebulosa del derecho consuetudinario, anterior incluso al artículo 51 de la Carta, frente a una posición mayoritaria que la niega²³. Por nuestra parte, entendemos que la legítima defensa exige la existencia de un ataque armado en curso, y no aparente o previsible, aunque desgraciadamente la Corte no tuvo oportunidad en 1986 de pronunciarse expresamente sobre este punto²⁴, y los pretendidos supuestos de legítima defensa preventiva constituyen general intervención en los asuntos internos de otros Estados o, pura y simplemente, supuestos de agresión o represalias armadas²⁵. Pero es de justicia reconocer que la práctica internacional es fluctuante en este sentido, pues los Estados que intervienen militarmente más allá de sus fronteras suelen utilizar este argumento para llevarlo interesadamente al terreno oscuro del derecho internacional consuetudinario, huyendo de la letra del artículo 51 de la Carta²⁶.

En cuanto a la legítima defensa *a posteriori*, se trata de una hipótesis más novedosa. Durante la crisis de la denominada guerra del Golfo, cuando algunos sectores del territorio de Israel fueron objeto de un ataque armado de misiles *Scud* que partieron de baterías iraquíes, Israel afirmó en aquella ocasión que se reservaba el derecho a ejercer la legítima defensa en algún momento posterior²⁷. A este respecto, cabe advertir que la exigencia general de un ataque armado en curso comprende también este pretendido derecho, lo que significa que no puede calificarse como legítima defensa la reacción frente a un ataque ya inexistente y que ha cesado, sin necesidad de recordar que sería difícil informar al Consejo de Seguridad sobre las acciones emprendidas frente a algo ya terminado.

Por lo que respecta a la legítima defensa colectiva, los requisitos y límites generales para su ejercicio no difieren en nada respecto a los anteriormente examinados para la legítima defensa individual. Ahora bien, hay que destacar ciertos particularismos de esta modalidad: en primer lugar, para su inicio «ha de esperarse a que el Estado en beneficio del cual se ejerce este derecho se declare víctima del ataque armado»²⁸; en segundo término, de acuerdo con las normas consuetudinarias internacionales, «la exigencia de una solicitud por parte del

²³ Cf. A. Cassese, en *La Charte des Nations Unies*, op. cit., p. 777; A. Randelzhofer, en *The Charter of the United Nations*, op. cit., pp. 675 y 676, y S.A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, op. cit., pp. 149 y ss. En este punto, y por constituir una conocida inflexión a la tendencia dominante en la doctrina anglosajona, resulta de gran interés la posición de I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963.

²⁴ «En razón de las circunstancias en las que ha surgido su controversia [las Partes] no se refieren más que al derecho de legítima defensa en el caso de un ataque armado ya producido y no se plantean la cuestión de la licitud de una reacción a la amenaza inminente de un ataque armado. Por consiguiente, la Corte no se pronunciará sobre el particular» (*I.C.J. Reports 1986*, p. 102, par. 194).

²⁵ Cf. J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., pp. 900 y ss.

²⁶ Ya se ha destacado que la inmediatez en repeler el ataque armado —con el obvio lapso de tiempo que se necesita para su preparación— constituye precisamente la tenue diferencia que separa la legítima defensa de las represalias armadas (cf. M. Ortega Carcelén, *La legítima defensa del territorio del Estado*. Madrid, 1991, pp. 86 y 98).

²⁷ Cf. mi trabajo «La invasión de Kuwait por Iraq y la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas». *Casos de Derecho Internacional de Vitoria*, 1999, pp. 15-60.

²⁸ *ICJ Reports 1986*, par. 195.

Estado víctima del ataque alegado es un requisito adicional» a lo anterior²⁹. Por último, cuando este derecho se ejerce en un marco institucional y convencional (caso de la OTAN o del TIAR), los Estados que participan en el ejercicio de este derecho con el Estado víctima del ataque armado deben respetar sus obligaciones convencionales específicas, en el entendimiento de que tales tratados regionales o particulares están supeditados a las condiciones y requisitos de la Carta, tal y como exige su artículo 103.

Volviendo a los análisis doctrinales sobre el binomio legítima defensa-ataque terrorista anteriores a los atentados del 11 de septiembre de 2001, la misma dualidad de concepciones generales sobre el contenido de la legítima defensa en su versión preventiva persiste, e incluso se ahonda, en relación al fenómeno terrorista. Y no sólo en su perspectiva preventiva, sino en relación a las condiciones para un ejercicio sumamente liberal de este derecho, tendencia hacia la cual obviamente no es ajeno el círculo doctrinal más próximo a los intereses estadounidenses. Pero también con sus excepciones. Así, por ejemplo, en relación a los ataques de Estados Unidos con misiles en 1998 contra Afganistán y Sudán, se ha sostenido que: «Nor can other states' acquiescence in the Sudan and Afganistán missile strikes reflect the emergence of any new legal principle of expansion of self-defense permitted by Article 51. No State, not even the United States, would argue for a legal principle that permits states to use force predicated on unilateral factual assertions based on undisclosed evidence»³⁰. La posición tiene su interés por centrar el foco de atención en la posible existencia de una aquiescencia generalizada que habría modificado los requisitos y condiciones del artículo 51 de la Carta, a partir de los últimos atentados «terroristas». Sin embargo, la posición más ortodoxa para el círculo doctrinal más influyente de los Estados Unidos coincide con la tesis conforme a la cual el mantenimiento de la paz «may need to place antiterrorist actions within the international legal paradigm of war, rather than unbroken peace, with a right of ongoing offensive action against an adversary's paramilitary operations and network. Disserving the interest of safety can erode a durable structure for international law»³¹. Este nuevo paradigma jurídico consideraría las operaciones terroristas como ataques armados que abrirían la posibilidad directa al ejercicio de la legítima defensa.

Por otro lado, otros autores no americanos prefieren situar la lucha contra el terrorismo internacional en el ámbito de una cooperación jurídica reforzada manifestada a través de tratados internacionales para combatirlo en todas sus formas y manifestaciones, en lugar de acudir al expediente de la legítima defensa. Este es el caso, por ejemplo, significativamente de Y. Dinstein³², al poner de manifiesto que si bien un tratado internacional *per se* no puede suponer la solución definitiva frente a sus ataques, la coordinación jurídica internacional resul-

²⁹ *Ibidem*, par. 199, p. 105.

³⁰ J. Lobel, «The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afganistán», *The Yale Journal of International Law*, vol. 24, 1999, p. 557.

³¹ R. Wedgwood, «Responding to Terrorism: The Strikes Against bin Laden», *ibidem*, p. 576.

³² Cf. «The International Legal Response to Terrorism», en *Le Droit International à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, Milán, 1987, pp. 139 a 151.

ta la única vía para su eficaz tratamiento. Otro distinguido especialista, tras insistir en la necesidad de una definición comúnmente aceptada del concepto de «terrorismo internacional», y de examinar las posibles respuestas pacíficas o coercitivas frente a este fenómeno a corto y a medio plazo, focaliza su análisis del fenómeno desde una perspectiva claramente partidaria de soluciones acordadas internacionalmente³³. Como no podía ser menos en el caso de un antiguo Secretario General de las N.U., la acción contra el terrorismo internacional debería basarse en sólidos y eficaces sistema de cooperación internacional situados bajo los auspicios de las Naciones Unidas³⁴.

Por tanto, las dos grandes tendencias existentes en materia de legítima defensa inmediatamente antes del 11 de septiembre de 2001, siempre en relación al fenómeno del terrorismo internacional, no resultan esencialmente diferentes a las tradicionales. De una parte, aquellas deseosas de aligerar las exigencias y requisitos tradicionales para el ejercicio de este derecho, amparándose —so pretexto de la amenaza que el terrorismo supone para la humanidad en su conjunto— no tanto en tenor literal del artículo 51 de la Carta, sino en las arenas más movedizas del derecho consuetudinario internacional. Desde esta perspectiva, las respuestas de la comunidad internacional ante los ataques terroristas supondría una aquiescencia a los límites tradicionales de la legítima defensa, de manera que habría surgido un nuevo paradigma en el derecho consuetudinario más liberal y permisivo para ejercer dicho derecho. De otro lado, aquellos que optan por mantener los requisitos clásicos, tanto expresos como implícitos, y prefieren desviar la lucha jurídica contra el terrorismo internacional desde el ámbito de la legítima defensa hacia la corriente de una cooperación internacional de naturaleza convencional mucho más avanzada, sistemática y global.

4. ¿LEGÍTIMA DEFENSA *VERSUS* TERRORISMO INTERNACIONAL? UN ANÁLISIS DE LAS ENSEÑANZAS DE LOS ATENTADOS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001

La contemplación en directo de los ataques terroristas contra varios objetivos de los Estados Unidos, y especialmente el impacto visual de la catástrofe de las Torres Gemelas, no solamente conmovió los espíritus de quienes los contemplaban, sino que además afectó a la sensibilidad jurídica de la respuesta que merecían. La reacción inmediata de los Estados Unidos ante la hecatombe consistió en considerar estas acciones como verdaderos ataques armados, equiparables por completo a un ataque militar clásico³⁵, que generaban un derecho al ejercicio auténtico de la

³³ Cf. A. Cassese, «The International Community's Legal Response to Terrorism», *op. cit.*, pp. 591 a 608.

³⁴ Cf. B. Boutros-Ghali, «The United Nations and Comprehensive Legal Measures for Combating International Terrorism», en K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya/Boston/Londres, 1998, pp. 287 a 304.

³⁵ Para una descripción *in extenso* de la posición norteamericana y de otros aliados *vid.* Sean D. Murphy, «Contemporary Practice of the United States Relating to International Law», *A.J.I.L.*, vol. 96, 2002.1, pp. 237 y ss., en especial p. 242 a nuestros fines.

legítima defensa. Aun cuando en un primer momento no se tuviera una noción medianamente precisa del origen, extensión y autoría de los hechos. No obstante, tal posición fue seguida también de inmediato por los aliados de la OTAN que consideraron los incidentes como un ataque armado que ponía en marcha de inmediato el artículo 5 del Tratado de Washington³⁶, y es de justicia reconocer que un número no despreciable de países siguieron esta misma tendencia calificatoria. Es cierto que muchas de estas posiciones fueron adoptadas inmediatamente después de tan impactantes sucesos, por lo que seguramente pueden responder más a razonamientos o reacciones de carácter político que a estrictos esquemas de técnica jurídica.

Sin embargo, este precedente, unido a posibles acciones militares futuras de los Estados Unidos frente al denominado «eje del mal» u otros posibles Estados «terroristas» exigen un análisis más reposado de la cuestión. En mi opinión, dado que el derecho al ejercicio de la legítima defensa se configura en la Carta de las Naciones Unidas como una *excepción* al principio general de prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza del artículo 2, 4, los principales problemas a examinar son los siguientes: primero, la implicación del territorio del Estado como elemento relevante en materia de terrorismo internacional; segundo, los posibles requisitos de las características de los actos terroristas como verdaderos «ataques armados»; tercero, la prueba de la implicación de un Estado en los ataques terroristas y, en consecuencia, la idoneidad o inidoneidad de la legítima defensa como argumento jurídico para combatir eficazmente el terrorismo; cuarto, el difícil encaje de los requisitos de la legítima defensa (necesidad, proporcionalidad, actualidad, intervención del Consejo de Seguridad...) en el caso de los ataques terroristas; quinto, las relaciones entre los ataques terroristas y la acción coercitiva institucional a través del Capítulo VII de la Carta y también en cuanto a la aplicación del derecho internacional humanitario. Y siempre en relación a los ataques del 11 de septiembre de 2001 y a sus especiales características.

El elemento territorial constituye un aspecto esencial de la legítima defensa que no siempre ha sido destacado por la doctrina, pero que, en mi opinión, suscita interesantes problemas en el caso que nos ocupa. Desde el punto de vista pasivo, parece claro que dichos ataques se perpetran desde el propio territorio de los Estados Unidos contra la soberanía, independencia e integridad territorial de ese país y, por tanto, en principio se sitúa al margen de lo «internacional» para ubicarse en el ámbito estricto del artículo 2, 7 de la Carta, como asunto de su competencia doméstica. Desde el punto de vista activo, dado que la legítima defensa es, en principio, el derecho de un Estado frente al ataque armado de otro Estado, se exige que el territorio de un Estado haya servido de base física para el ataque o los preparativos inmediatos. En nuestro caso sería Afganistán como presunta base física de Al Qaeda. Lo anterior resulta aplicable incluso a los ataques terroristas contra buques o aeronaves de un Estado, dependiendo que estén situados en alta mar o en el mar territorial o espacio aéreo de otro Estado, pues en este último caso su soberanía territorial resulta un elemento jurídicamente dominante³⁷.

³⁶ Cf. *Ibidem*, p. 244.

³⁷ Una de las escasas ocasiones en que hemos hallado un análisis entre territorio y ataque terrorista, apuntando a la «deslocalización» de las redes terroristas, es el apuntado por D. Bigo, «Guerres,

Pues bien, la mera financiación o ayuda indirecta que se presta en un Estado a un movimiento terrorista no puede generar un derecho de legítima defensa contra ese mismo Estado por parte del Estado agredido. Para ello resultaría imprescindible, como mínimo, que su territorio constituyera inmediatamente la base física del ataque terrorista o allí estuviera situada la infraestructura militar del movimiento terrorista. O bien que el ataque fuera directamente atribuible a ese Estado por ser el grupo terrorista que actuara, de forma no oficial ni formal, una entidad actuante en nombre y por cuenta del mismo en términos de vinculación material reales y operativos, dejando a un lado por el momento los problemas de responsabilidad internacional en presencia, para centrarnos en la cuestión particular del uso de la fuerza.

En otras palabras, para situar a Afganistán como objetivo territorial de un presunto derecho de legítima defensa, habría que situar allí la base física de la estructura militar de Al Qaeda, desde la que habría partido mediatamente el ataque contra Estados Unidos. Y en el caso de actos terroristas contra buques o aeronaves de otro Estado, debería exigirse que un Estado permitiera el uso de su territorio para atentar contra los mismos (por ejemplo, permitiendo la instalación de baterías de misiles). La cuestión puede presentarse de modo todavía más complejo en el caso de un ataque terrorista contra un Estado fuera de su territorio, con o sin complicidad del Estado territorial, como es el caso de la hipótesis contemplada en la Resolución del Consejo de Seguridad 1189 (1998), con motivo de los ataques a los locales de la misión diplomática de los Estados Unidos en Kenia y Tanzania.

Vayamos al problema de la calificación de un ataque terrorista como un verdadero «ataque armado», dado que la calificación técnica de «acto de guerra» parece a todas luces desmesurada. Sabemos que en este caso las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) calificaron los ataques del 11 de septiembre como una amenaza a la paz y seguridad internacionales, lo que sugiere una acción institucional en el marco del Capítulo VII de la Carta, y no como un ataque armado que abriría la posibilidad de la reacción individual del artículo 51. Por nuestra parte, la doctrina sentada por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1986 no cierra definitivamente la posibilidad de que un acto terrorista pueda ser calificado como un «ataque armado», pero exigiría una gran envergadura del mismo por su amplitud, dimensiones y efectos, en cierta forma similar al ataque surgido de las fuerzas militares regulares. Esto es, se requeriría que un Estado permitiera el uso inmediato de su territorio para que un movimiento terrorista llevara a cabo una operación militar de gran trascendencia, y no una mera asistencia logística o aporte de ciertas armas a dicho movimiento. En el caso de Afganistán y de su gobierno talibán, no parece que estemos en presencia de una hipótesis como la primera, sino, en todo caso, de la segunda.

conflits, transnational et territoire», en B. Badie y M.C. Smouts (eds.), *L'international sans territoire*, París, 1966, pp. 408 y ss. Sobre esta percepción teórica, Ch. Ph. David («La mondialisation de la sécurité: espoir ou leurre?», en <http://www.ridi.org/adi>) ha puesto de relieve, precisamente en relación a los ataques del 11 de septiembre, que la característica más elemental de los movimientos terroristas radica en su organización absolutamente «desterritorializada», lo que se compadece mal con la concepción «terrorista» de nuestro ordenamiento, especialmente en relación a la legítima defensa.

La cuestión de la prueba genera también interesantes problemas que no siempre han sido objeto de atención doctrinal; ni en términos generales, ni en relación al caso que nos ocupa. Sin embargo, no cabe desdeñar el principio en virtud del cual la carga de la prueba incumbe al Estado que atribuye a otro un comportamiento contrario a derecho. En este punto, estimo que merece la pena distinguir entre la prueba a los fines de una reclamación de responsabilidad internacional por la existencia de un hecho internacionalmente ilícito atribuible —mediata o inmediatamente— a un Estado (artículos 4 al 11 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, aprobado por la C.D.I. en su 53.º período de sesiones, y muy significativamente su artículo 8), y la prueba de la existencia de un ataque armado atribuible inmediatamente a un Estado en el ámbito estricto de la legítima defensa. En efecto, en el primer caso la prueba de la existencia de los elementos del hecho internacionalmente ilícito ofrece al Estado reclamante la posibilidad de disponer del plazo temporal que estime oportuno antes de formular su reclamación para establecer los medios de prueba que considere adecuados.

No es el caso, sin embargo, del problema de la prueba a los fines de ejercer el derecho de legítima defensa. Este derecho está enunciado en la Carta sobre dos presupuestos: se ejerce por el Estado que sufre las consecuencias de un ataque armado frente al Estado agresor, pero siempre que la existencia del ataque armado no presente *in casu* problemas de prueba ni en cuanto a su autoría, ni en relación al volumen, por tratarse de hechos de conocimiento notorio. Que ello es así se demuestra fácilmente con la mera lectura de la Resolución 3314 (XXIX), pues casi todos los supuestos de agresión que se contemplan en su artículo 3 están protagonizados por fuerzas armadas regulares de un Estado mediante el empleo de armamento convencional, a lo que debe añadirse que de acuerdo con su artículo 2 se exige una gravedad suficiente de dichos actos. Es decir, estamos hablando de actos que pueden ser objeto de conocimiento público, inmediato y detallado. Recordemos en este sentido las actuaciones llevadas a cabo en 1990 por Irak contra Kuwait.

Ahora bien, en nuestro caso la autoría del Estado puede ser indirecta o mediata, y en la hipótesis del apartado g) del artículo 3 de la mencionada Resolución, la cuestión de la prueba a los fines de una legítima defensa inmediata ante un verdadero «ataque armado» suscita serios problemas. Porque sería preciso probar: a) la participación «sustancial» de otro Estado; b) la autoría por un movimiento o grupo terrorista de actos concretos; c) el grado y modalidades de vinculación entre el Estado y el grupo; d) la «gravedad» (dimensión, amplitud y efectos) de los actos de fuerza armada. Y teniendo en cuenta la singular perfidia y secretismo de este tipo de ataque y el *modus operandi* de los grupos terroristas, y de los Estados que los amparan y ayudan, no es de esperar abundantes elementos de prueba, lo que traduce en términos jurídicos una dificultad añadida para poner en marcha una legítima defensa que —sin prueba suficiente— podría ser calificada como una simples represalia armada o un supuesto de intervención ilícita. En este caso, el efecto y el contenido del acto terrorista seguramente será de conocimiento público y notorio, desplazándose la cuestión de la prueba hacia los grados de vinculación o participación de un Estado cualquiera.

Con ocasión de los ataques del 11 de septiembre de 2001, la reacción militar de los Estados Unidos se hizo esperar un tiempo prudencial. El suficiente para establecer una inicial apariencia verosímil de relación causa-efecto entre los graves atentados, Osama Bin Laden y su liderazgo en Al Qaeda y el régimen talibán de Afganistán como soporte físico de esta organización terrorista. La guerra de videos de ese líder tiene mucho que ver con el problema que estamos analizando. Cosa bien distinta es la opinión individual que pueda merecer la solidez de las pruebas esgrimidas por los Estados Unidos antes y después de iniciado su ataque contra Afganistán, para que el requieran también un plazo mínimo en cuanto a su puesta en marcha.

Pasemos ahora a un examen básico de los requisitos o límites tradicionalmente admitidos para el ejercicio de la legítima defensa y las características propias de un ataque terrorista. Comenzando por los requisitos expresamente mencionados en el artículo 51 de la Carta, no cabe duda alguna que deben mantenerse las notas de información al Consejo de Seguridad, subsidiariedad de las medidas estatales respecto a la acción que emprenda el Consejo y provisionalidad de las acciones adoptadas hasta que el propio Consejo haya adoptado las medidas adoptadas. La primera dificultad radica en que un ataque terrorista puede conocerse súbitamente en cuanto a sus efectos, pero con mayores dificultades en orden a su indudable autoría y en cuanto a la vinculación de uno o de varios Estados, lo que dificultaría o aplazaría la adopción de cualquier medida por el Consejo de Seguridad, al no existir un destinatario (Estado) concreto identificado sin género de dudas. En tal supuesto, y siempre que estuviéramos en presencia de un verdadero ataque armado, ¿significaría lo anterior que el Estado víctima del ataque armado no podría adoptar medidas de legítima defensa frente al Estado o Estados todavía «sospechosos»? He aquí una dificultad inherente añadida al empleo jurídico de la legítima defensa como modo de combatir eficazmente el terrorismo internacional. Pero acaso convenga destacar que, incluso en el contexto específico de la letra del artículo 51, el protagonismo —compartido— del Consejo de Seguridad resulta indiscutible; lo que implica que también la reacción individual del Estado que ejerce este derecho está íntimamente vinculada —y, en su caso, subordinada— a la acción institucional de seguridad colectiva.

Si de los anteriores requisitos pasamos a los límites de necesidad y de proporcionalidad, las dificultades aumentan en proporción geométrica. El conocimiento concreto del inicio, fin, extensión, modalidades y objetivos de un ataque terrorista es incompatible con la naturaleza misma de los ataques terroristas que se caracterizan, entre otros rasgos, por su sorpresa, imprevisibilidad y búsqueda de máximos efectos destructivos. En esas condiciones se hace extraordinariamente determinar en qué consiste una respuesta necesaria y proporcional al ataque recibido o que se está aún soportando, y cuyo origen u orígenes no están todavía suficiente o definitivamente ubicados, y del que tampoco conocemos cuándo va a finalizar. En esta hipótesis, los cuerpos de ejército, divisiones, batallones o unidades, tangibles y cuantificables, aparecen sustituidos por enemigos en la sombra de los que desconocemos tanto su número y características como el armamento (convencional, nuclear, bacteriológico o químico) que están en disposición de emplear.

Volviendo de nuevo al caso de los ataques del 11 de septiembre de 2001, la naturaleza misma del ataque, con la conversión de simples aviones comerciales en poderosas armas destructivas, así como su posible continuación o repetición en cualquier parte del territorio de los Estados Unidos e, incluso, de Europa, mediante la utilización de los más variados sistemas de destrucción masiva (incluyendo la guerra bacteriológica) dieron pábulo a las más variadas e imaginativas hipótesis que todavía se mantienen en la actualidad. En definitiva, ¿en qué consiste una respuesta necesaria y proporcional contra Afganistán, asumiendo como simple hipótesis de trabajo que era el país involucrado? Y ambos requisitos se complican si tenemos en cuenta no solamente que Al Qaeda puede tener ramificaciones en distintos países, sino que también otras organizaciones terroristas diferentes, cuya sede o sedes se ignoran, pueden acompañarla solidariamente en sus objetivos de destrucción. Pasando siempre por el tamiz territorial del Estado o Estados de envío o involucrados en dichos ataques, parece extraordinariamente complejo precisar cómo se concreta o modula una respuesta necesaria y proporcional en relación a cada uno de los países involucrados.

Por último, pasaremos a examinar la relación o la conexión que puede presentarse entre los actos terroristas y las medidas coercitivas adoptadas por el Consejo de Seguridad en el contexto del Capítulo VII de la Carta, derecho internacional humanitario incluido. Ante un determinado ataque terrorista, el Consejo de Seguridad puede entender de oficio que su existencia y continuación supone una amenaza a la paz y seguridad internacionales, un caso de quebrantamiento de la paz o incluso un acto de agresión, decidiendo medidas de los artículos 41 y 42 de la Carta. En términos más específicos, una decisión del Consejo de Seguridad que permitiera el uso individual o colectivo de la fuerza armada en caso de un ataque terrorista presentaría varios efectos sobre las cuestiones que estamos examinando. Con carácter general, supondría una acción institucional y colectiva del sistema de las Naciones Unidas contra una nueva y perversa forma de destrucción. Desde un punto de vista particular, dicha decisión presentaría un efecto seguro respecto al ejercicio del derecho de legítima defensa, pues el Consejo debería definirse al respecto, bien cuando adoptase su decisión o bien cuando recibiera la comunicación del Estado que ejerce la legítima defensa. Dadas las amplias competencias del Consejo de Seguridad, bien podría mantener el ejercicio de la legítima defensa por parte del Estado atacado hasta que las medidas del artículo 42 fueran eficaces y operativas, bien podría rechazar el ejercicio de tal derecho por considerar que las medidas decididas por el Consejo de Seguridad garantizaban la soberanía, independencia e integridad territorial de ese Estado, o bien podría permitir incluso que se simultaneara la acción colectiva con las medidas defensivas individuales bajo su coordinación y supervisión. Naturalmente, en este último caso el requisito de la proporcionalidad debería estimarse en función de la intensidad y características de las medidas militares colectivas efectivamente adoptadas y desplegadas³⁸.

³⁸ En relación a esta interesante relación, nos remitimos a las agudas observaciones formuladas por L.A. Sicilianos («L'autorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force: une tentative d'évaluation», *R.G.D.I.P.*, 2002-1, p. 47), quien tras mostrarse ampliamente favorable a la interven-

Como ya hemos advertido, tras los ataques del 11 de septiembre, tras reafirmar el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva **«de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas»** (Resolución 1368), el Consejo de Seguridad adopta la Resolución 1373 (2001) en la que, tras recordar de nuevo dicho derecho, adopta decisiones conforme al Capítulo VII de la Carta que conforman una amplia panoplia de medidas contra el terrorismo internacional. Ninguna de ellas se encuadra dentro de las previstas por el artículo 42 de la Carta, pero es significativo que decida «que todos los Estados:

- a) Se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, inclusive reprimiendo el reclutamiento de grupos terroristas y eliminando el abastecimiento de armas a los terroristas;
- b) Adopten las medidas necesarias para prevenir la comisión de actos de terrorismo, inclusive mediante provisión de alerta temprana a otros Estados mediante el intercambio de información;
- c) Denieguen refugio a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo, o presten apoyo a esos actos, o proporcionen refugio;
- d) Impidan que quienes financian, planifican, facilitan o cometen actos de terrorismo utilicen sus territorios respectivos para esos fines, en contra de otros Estados o sus ciudadanos.

...».

Mediante esta fórmula, que tiene muy en cuenta el componente «territorialista» en que se desenvuelve el terrorismo internacional, el problema de la definición de «ataque armado» por un Estado involucrado en la acción terrorista continúa presentando relevancia a los fines del ejercicio del derecho de legítima defensa, pero perdería gran parte de su interés en beneficio de la acción colectiva. Pues el centro de gravedad no reposaría ahora tanto en las medidas individuales de *self help* adoptadas por el Estado atacado, como en las sanciones colectivas que debería asumir un Estado que permitiera el uso de su territorio a un movimiento o entidad terrorista, por violar una decisión obligatoria del Consejo de Seguridad. Lo que significaría que la acción colectiva tendería a desplazar las respuestas puramente individuales; o, si se prefiere, que la legítima defensa individual —aun pudiendo ser imprescindible— constituye una respuesta primaria que presenta más inconvenientes jurídicos que la acción colectiva del Consejo de Seguridad.

En cuanto a la aplicación del derecho internacional humanitario en cualquier respuesta de legítima defensa individual o colectiva, o incluso en cualquier respuesta institucional del artículo 42 de la Carta, queda fuera de toda

ción institucional del Consejo de Seguridad en crisis de esta naturaleza concluye que: «Toute exception à l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force ne peut donc qu'être interprétée strictement, d'autant plus que le noyau de ce principe constitue une norme impérative. Vouloir multiplier les exceptions, que ce soit en se fondant sur le droit international général ou sur des interprétations artificielles des résolutions du Conseil de Sécurité conduit à terme à mettre en cause l'édifice créé par la Charte».

duda que los Estados involucrados o participantes estarían obligados a la aplicación de sus normas.

Gran parte de los aspectos que acabamos de examinar en relación al terrorismo internacional han sido objeto de atención por la doctrina que ha tenido ocasión de manifestarse tras los ataques del 11 de septiembre.

De una parte, existe unanimidad en considerar que esos ataques terroristas no pueden ser calificados en modo alguno como supuestos de guerra, tal y como fueron calificados por fuentes oficiales de Estados Unidos³⁹. Tras esta primera conclusión general, las coordenadas de los análisis doctrinales se han situado en dos ejes principales: de una parte, en torno a las medidas decididas directamente por la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad; de otro lado, sobre los problemas generados en el caso por el ejercicio del derecho a la legítima defensa.

En cuanto a las medidas decididas por el Consejo de Seguridad, la primera duda surge en orden a determinar si este órgano dispone de autoridad suficiente, conforme a la Carta, para regular detalladamente con carácter general y de forma cuasi-convencional medidas de lucha contra el terrorismo internacional, y si tales medidas podrían ser aplicadas a cualquier acto terrorista (concepto que permanece indefinido), al margen de su gravedad, amplitud y efectos; o bien si las medidas mencionadas deberían ser consideradas como una especie de *ius specialis* aplicable únicamente a los ataques del 11 de septiembre. Además, entre las medidas decididas por el Consejo de Seguridad no figura ninguna que implique acciones armadas colectivas del artículo 42 (ni incluso de las denominadas últimamente como del 42 y medio) de la Carta, hecho que puede significar un precedente peligroso y abrir zonas de sombra en relación a la legítima defensa colectiva, como más adelante tendremos ocasión de reiterar, pues una posible acción institucional de «policía internacional» contra el terrorismo ha quedado sustituida, en principio, por una acción individual⁴⁰. En este mismo orden de ideas, se han destacado las ventajas jurídicas, políticas y de todo orden que supone situar la acción contra el terrorismo internacional en el ámbito y control específicos de las Naciones Unidas y del Capítulo VII de la Carta⁴¹.

Mayores pasiones ha levantado la cuestión de la legítima defensa. Comenzando por la ejercida individualmente, todos los comentaristas comienzan por destacar la calificación de los ataques terroristas como supuestos de amenaza a la paz y seguridad internacionales y no como estrictos «ataques armados». En función de lo anterior, y de las propias exigencias del artículo 51 de la Carta, se ha destacado que este derecho se ejerce de Estado a Estado, razón por la cual el

³⁹ Esta es la posición radical de A. Pellet, con ocasión del foro de discusión abierto por el *European Journal of International Law* en relación a *The Attack on the World Trade Center: Legal Responses* («No, This is not War», http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-pellet.html), y de P.M. Dupuy («The Law after the Destruction of the Towers», http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-dupuy.html).

⁴⁰ Esta es la posición crítica que mantiene L. Condorelli («Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?», *R.G.D.I.P.*, 2001.4. pp. 835 a 837), poniendo también de relieve que el viejo problema de la definición del terrorismo internacional está lejos de haber quedado resuelto por las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo.

⁴¹ Cf. P.M. Dupuy, «The Law after the Destruction of the Towers», *loc. cit.*

ejercicio de la violencia contra un Estado solamente resulta concebible cuando los actos terroristas son atribuibles a ese Estado por actuar el grupo o movimiento en nombre y por cuenta del mismo⁴². Pero el ataque contra el territorio de un Estado en el que se encontrasen grupos terroristas únicamente estaría justificado si quien ejerce la legítima defensa obtuviera el consentimiento de ese Estado, pues este derecho no se ejerce contra individuos. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la mera ayuda indirecta o financiera de un Estado a grupos terroristas suscita problemas de atribución de sus actos a dicho Estado, pues como afirmara con intención restrictiva la Corte en el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* «no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree control in all fields as to justify treating the contras as acting on its behalf»⁴³.

Teniendo en cuenta lo anterior, la mayor parte de los comentaristas han insistido en la ligereza con la que se ha concretado en Afganistán, y en el territorio afgano, la presunta acción de legítima defensa de los Estados Unidos⁴⁴, pues para ello habría resultado pertinente establecer adecuadamente una relación de causa-efecto entre dicho Estado (en cuyo territorio residía, al parecer, Osama Bin Laden) y los ataques a las Torres Gemelas, ataques que, dicho sea de paso, partieron inmediatamente del propio territorio estadounidense. Y a la relación causal debe añadirse, como hemos explicado anteriormente, el elemento probatorio de los hechos. La doctrina jurisprudencial que acabamos de citar exige que la atribución se sitúe no en una mera ayuda indirecta o instrumental al movimiento terrorista, sino en un control cierto, férreo y exacto de un Estado (Afganistán, en nuestro caso) y un movimiento terrorista, aspecto que no mereció especiales preocupaciones al *establishment* norteamericano para justificar su intervención armada, no sólo contra las bases de Al Qaeda que estarían situadas en territorio afgano, sino también contra objetivos militares del ejército talibán. En tal caso, la línea jurídicamente correcta de argumentación habría de resultar forzosamente de una conexión indudable entre el Estado afgano, «such a degree control in all fields» sobre la organización terrorista y el protagonismo directo de dicha organización en el ataque terrorista⁴⁵. Sin embargo, la instantánea identificación de Afganistán como el objetivo a batir en el ejercicio del derecho de legítima defensa no parece haberse ajustado a los pasos anteriormente descritos.

⁴² Cf. G. Gaja («In What Sense was There an «Armed Attack»?», http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-gaja.html) y L. Condorelli («Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?», *op. cit.*, pp. 837 y 838).

⁴³ *I.C.J. Reports 1986*, p. 62, par. 101.

⁴⁴ Cf. P.M. Dupuy, «The Law after the Destruction of the Towers», *loc. cit.*

⁴⁵ A este respecto, N.J. Schrijver («Responding to International terrorism: Moving the Frontiers of International Law for “Enduring Freedom”?», N.I.L.R., 2001, p. 285), advierte que «After an initial phase of uncertainty, the is now reportedly main proof that the Al-Qaeda group masterminded the attacks on New York and Washington. The group of the Saudi-born Usama bin Laden supposedly plays a leading role in this movement. It is common knowledge that he takes refuge in Afghanistan and is supported by the Taliban regime in Afghanistan. However, this is not to say that the acts of the Al-Qaeda- and Usama bin Laden-groups are automatically attributable to the Taliban regimen of Afghanistan».

De otro lado, se ha señalado igualmente que si bien «le légitime défense individuelle et collective doit-elle toujours être conçue, d'après le droit international en vigueur, comme la riposte à une agression armée en cours dans le but de la stopper et d'en empêcher le succès», la acción emprendida por los Estados Unidos tras las resoluciones de 2001 suscita al menos dos problemas complementarios. De un lado, su posible empleo preventivo; de otro, la duración de su ejercicio por los Estados Unidos. En relación al primer punto, no cabe desconocer que la Resolución 1373 formula constantes referencias a la prevención de futuros actos terroristas, lo que inmediatamente puede sugerir la posible existencia de una legítima defensa preventiva y específica frente a los ataques terroristas, a la que no sería ajeno el silencio manifestado por casi todos los Estados y organizaciones internacionales, que podría conducir en puros términos teóricos a la conocida tesis de la aquiescencia. Respecto al segundo, siempre según las dos resoluciones adoptadas en 2001 (1368 y 1373) por unanimidad en el Consejo de Seguridad, «Il en résulte que, d'après le Conseil unanime, les Etats-Unis conservent toujours le droit d'agir en légitime défense après que la perpétration de ces attentats a été achevée»⁴⁶.

Ambas cuestiones resultan muy relevantes en relación a los límites tradicionalmente admitidos de la legítima defensa, dado que si las anteriores interpretaciones de las actuaciones del Consejo de Seguridad resultaran plausibles quedarían afectados, al menos, dos principios esenciales de esta institución; a saber, la prohibición de la legítima defensa preventiva cuando no existe aún un ataque armado en curso, y el de su cese cuando el ataque ya ha tocado a su fin. Y lo anterior suscita dos problemas conexos: ¿puede el Consejo de Seguridad alterar los términos literales del artículo 51 de la Carta y los principios consuetudinarios sobre la legítima defensa?, o bien ¿comienza a diseñar el Consejo de Seguridad una especie de *ius specialis*⁴⁷ sobre legítima defensa aplicable únicamente a los ataques terroristas?⁴⁸

En el anterior contexto, resultaría ilusoria y fugitiva la ignorancia de las tesis mantenidas mayoritariamente sobre los anteriores aspectos por la doctrina norteamericana. La afirmación de la legítima defensa como una respuesta útil y legítima frente a anteriores ataques terroristas en Sudán y en el propio Afganistán ya había sido sostenida con brío por señalados autores⁴⁹. Pero en este caso, se ha aludido incluso a la noción del «orden público mundial» que estaría amenazado por dichos ataques y que justificaría una interpretación flexible de las condiciones para el ejercicio de este derecho inmanente en función del bien ju-

⁴⁶ L. Condorelli, «Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?», *op. cit.*, pp. 839 y 840.

⁴⁷ Es la hipótesis específicamente contemplada por L. Condorelli (cf. *op. cit.*, p. 843).

⁴⁸ En este sentido, N.J. Schrijver (*op. cit.*, p. 285) sugiere respecto a los ataques de 11 de septiembre que «may web viewed as an "armed attack" against the United States, if these words are to retain a relevance to new forms of violence. From this flows the conclusion that the United States and its allies are then justified in taking countermeasures involving the use of armed force until such time as the Security Council will act to restore and maintain peace and security».

⁴⁹ Cf. la abierta posición de R. Wedgwood («Responding to Terrorism: The strikes against Bin Laden», *The Yale J.I.L.*, 1999, pp. 565 y ss.) respecto a los ataques de 1998.

rídicamente protegido⁵⁰, con la consecuencia de que la reacción estadounidense no protegería exactamente —ni exclusivamente— intereses nacionales, sino de la humanidad en su conjunto.

En cuanto a la legítima defensa colectiva, la inequívoca acción de la OTAN y su peculiar interpretación del artículo 51 de la Carta han merecido críticas doctrinales unánimes. Se ha destacado, en primer lugar, la ligereza de la Declaración del Consejo del Atlántico Norte al calificar sin justificación de ningún género los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 como un verdadero «ataque armado» que generó *ipso facto* el ejercicio de este derecho, en aplicación específica del artículo 5 del Tratado de Washington⁵¹. En segundo término, se ha destacado que «Neither of the SC resolutions nor the NATO statement attempted to establish a link between the terrorist acts and a particular state. However, these texts do not provide a clear indication whether they intend to refer to a wide concept of armed attack which would comprise also acts which are not attributable to a state»⁵². Es más, se trataría de un ataque perpetrado «desde el extranjero» pero no un hecho atribuible a un Estado. Sin embargo, la OTAN no dudó en identificar a Afganistán y su territorio como destinatarios del ataque armado en ejercicio de un derecho de legítima defensa colectiva al margen de cualquier pronunciamiento expreso del Consejo de Seguridad⁵³. En tercer lugar, la actuación de la Alianza Atlántica tras esos ataques significa «que les dix-neuf montrent ainsi qu'ils partagent entièrement la thèse d'après laquelle il serait permis en droit international d'agir en légitime défense, non seulement pour riposter à un attaque en cours, mais également pour punir les auteurs d'attaques passées et pour prévenir les attaques futures»⁵⁴.

En suma, la posición de la OTAN tras estos ataques sobre el ejercicio de la legítima defensa colectiva (que, no debemos olvidar, se inscribe en el problemático marco del «nuevo concepto» estratégico adoptado por el Consejo del Atlántico Norte en 1999) arroja amplias zonas de sombra respecto a los requisitos y límites establecidos por el artículo 51 de la Carta y por el derecho internacional consuetudinario en esta misma materia⁵⁵. Tales acciones colectivas, a las que

⁵⁰ Esta es la tesis que mantiene W.M. Reisman, «In defense of World Public Order», *A.J.I.L.*, 2001, pp. 833 y ss.

⁵¹ En esta dirección, *vid.* las posiciones críticas de L. Condorelli (cf. *op. cit.*, 841 y ss.), P.M. Dupuy (cf. *loc. cit.*), G. Gaja (cf. *loc. cit.*), A. Pellet (cf. *loc. cit.*) y N.J. Schrijver (cf. *op. cit.*, pp. 281 a 283).

⁵² G. Gaja, *loc. cit.*

⁵³ P.M. Dupuy (cf. *loc. cit.*) afirma que «The practice of the right to self-defence certainly demonstrates that the terms of Article 51 are often interpreted in a rather flexible way, to say the least, by those who seek to rely on it, in all latitude. Nevertheless, it remains the case that if a country's commitment to the *rule of law* also means something at the international level, the exercise of the right to legitimate self-defence does not preclude intervention by the UN Security Council. On the contrary, it actually requires it. Immediately advised of any defensive measures taken by the aggressed State, measures of legitimate self-defence in no way affect the competence of the Council to intervene "at any moment" in the management of the crisis».

⁵⁴ L. Condorelli, *op. cit.*, p. 842.

⁵⁵ N.J. Schrijver (*op. cit.*, p. 283) advierte «that NATO, in its initial statement and press releases, did not include the reference to Article 51 of the UN Charter and its reporting duties to the UN Security Council, which are clearly spelled out in the text of Article 5 ... the NATO decisions cannot and

podríamos añadir las adoptadas por la Unión Europea, suscitan serias dudas en relación a la actual y flexible interpretación que un grupo importante de Estados parece aceptar sobre dicho derecho.

Las principales posiciones en la materia oscilan, primero, entre quienes abogan por un mantenimiento de los requisitos y límites tradicionalmente admitidos para su ejercicio, pues en otro caso se correría el grave riesgo de auspiciar la posibilidad de represalias o intervenciones armadas indiscriminadas en el extranjero bajo la cobertura, puramente retórica y aparente, de este derecho. Conforme a esta tesis, el derecho internacional vigente no ha variado tras los sucesos trágicos del 11 de septiembre de 2001. La segunda posición, más benévola, apunta hacia la posible emergencia de un derecho especial de legítima defensa específico frente a los ataques del terrorismo internacional, conforme al cual algunos de los requisitos tradicionales (concepto de ataque armado, actualidad y temporalidad, necesidad y proporcionalidad) se habrían visto modificados para este supuesto concreto por las propias características de los grupos y de los ataques terroristas. De acuerdo con esta línea de pensamiento, el derecho internacional vigente se mantendría en todos sus límites para el ejercicio de este derecho, pero se habría visto modificado para los ataques terroristas, y el fundamento de tal modificación se hallaría no solamente en las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas inmediatamente después de la fecha señalada sino también en una cierta aquiescencia modificativa mostrada por muchos Estados⁵⁶. La tercera posición resulta, a un mismo tiempo, la más radical y la más liberal y permisiva, pues según quienes la sustentan la práctica en el ejercicio de este derecho llevado a cabo por los Estados Unidos durante la última década, seguido de un silencio generalizado por parte de una mayoría de Estados, sin protestas u oposición suficientemente sólidas, con manifestación de una clara aquiescencia modificativa, habría modificado los requisitos o límites consuetudinarios del derecho a la legítima defensa, pero no únicamente en relación a los ataques terroristas sino asimismo frente a cualquier tipo de ataque armado. La modificación habría resultado genérica, tesis que, al límite, no augura un futuro restrictivo y excepcional para nuestra categoría.

Donde no aparecen por el momento fisuras doctrinales, pese a las diferentes sensibilidades a las que acabamos de hacer referencia, es en el entendimiento de que el ejercicio —presunto o real— del ejercicio del derecho a la legítima defensa no excluye al Estado que ejerce la violencia por haber sido agredido de respetar escrupulosamente las normas del derecho internacional humanitario

do not encroach upon the primary responsibility to the Security Council for the maintenance of peace and security».

⁵⁶ Debemos recordar que la denominada aquiescencia modificativa opera no sobre las normas jurídicas (en nuestro caso, sobre el artículo 51 de la Carta) sino en el proceso descendente de derechos y de obligaciones internacionales, y está sometida además a severas condiciones para que la modificación obligaciones se produzca, por lo que no parece un argumento suficientemente sólido para entender modificados los derechos y obligaciones en la materia. Sobre esta clase de problemas, nos remitimos al análisis llevado a cabo por F. Jiménez García, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional (A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima)*, Madrid, 2002, pp. 163 y ss.

aplicables a los conflictos armados internacionales⁵⁷, en especial respecto a las poblaciones civiles. La práctica no va, sin embargo, en la misma dirección, pues resulta de público conocimiento que los ataques armados de las tropas de Estados Unidos en Afganistán causaron en diversas ocasiones «daños colaterales» en diversas poblaciones, sin que esta cuestión haya parecido merecer la atención de la mayor parte de los países.

5. UNA «ADDENDA» EN EL ÚLTIMO MINUTO⁵⁸

En un análisis más global sobre el impacto de los ataques del 11 de septiembre, A. Remiro Brotons⁵⁹, incluye también un análisis en relación al derecho de legítima defensa. Ambos coincidimos, amplia y sustancialmente, con la imposibilidad de encajar en esta categoría jurídica las reacciones estadounidenses en el caso de Afganistán, así como en relación a eventuales reacciones posteriores respecto a Irak, y también en cuanto al elemento de la prueba de la autoría de ataques terroristas a entidades no estatales o de atribución de conductas de grupos terroristas a determinados Estados⁶⁰. La coincidencia se extiende asimismo tanto a la necesaria institucionalización de las repuestas colectivas frente al terrorismo internacional, como a la insuficiente y timorata actitud del Consejo de Seguridad para impedir o subordinar la existencia de respuestas meramente unilaterales o individuales respecto a los mecanismos institucionales que este órgano puede y debe establecer⁶¹.

Más abigarrado y prolijo es el análisis específico de la legítima defensa que nos ofrece J.A. González Vega⁶², cuyo contenido material coincide básicamente con los términos de nuestro estudio. Aun a riesgo de malinterpretar su propia posición personal, dada su propensión a las citas doctrinales, estimo que en cuanto a la posibilidad de identificar la intensidad y actualidad de la acción terrorista que nos ocupa con un verdadero ataque armado en curso, lo que nos sitúa ante la cuestión de la inmediatez de la respuesta, su respuesta parece ser doblemente ortodoxa. Primero, porque sostiene que un hecho de las características e intensidad del analizado cumple sobradamente los requisitos del ataque armado; segundo, porque afirma que en este caso no se ha observado una respuesta instantánea a un ataque en curso, sino una reacción muy posterior en el

⁵⁷ Vid. *per omnia* L. Condorelli, «Les attendants du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?», *op. cit.*, pp. 844 y ss.

⁵⁸ Cuando este trabajo ya estaba cerrado editorialmente, tras la oportuna corrección de pruebas, llega a mis manos el ejemplar de la *R.E.D.I.*, 2001, 1 y 2, vol. LIII, en cuyas ppp. 125 y ss. se incluyen una serie de colaboraciones sobre «El orden internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001». Su interés y actualidad me han aconsejado solicitar una leve tregua editorial para incorporar a este trabajo algunos comentarios suscitados por las aportaciones o puntos de vista de los colegas.

⁵⁹ Cf. «Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden», *R.E.D.I.*, 2001, pp. 125 y ss.

⁶⁰ Cf. *ibidem*, pp. 150 a 157.

⁶¹ Cf. *ibidem*, pp. 158 a 163.

⁶² «Los atentados del 11 de septiembre, la operación “Libertad Duradera” y el derecho de legítima defensa», *R.E.D.I.*, 2001, pp. 247 y ss.

tiempo⁶³. Sin embargo, tras advertir sobre la necesaria flexibilización de los requisitos de actualidad del ataque e instantaneidad de la respuesta en la práctica internacional y en el caso concreto, concluye que en «el presente supuesto es difícil concluir si se ha superado ese difuso límite pues es patente que tanto la preparación de las medidas de reacción como la previa identificación de los autores de las acciones requerían, sin duda, el transcurso de cierto período de tiempo» y manifiesta una proclividad a la posición de A. Cassesse sobre la «respuesta demorada»⁶⁴. Y por lo que respecta a las exigencias de necesidad y proporcionalidad —en los medios y en los fines— su posición es abiertamente crítica en relación a la conducta posterior de los Estados Unidos⁶⁵.

En mi opinión, el aspecto que merece una mayor reflexión en relación al ataque terrorista por su propia naturaleza, tal y como hemos explicado anteriormente, afecta a la necesaria modulación temporal de la respuesta. Las razones principales son dos, y ambas de importancia respecto a la legítima defensa. En primer lugar, porque resulta difícil —si no imposible— determinar el momento en que cesa un ataque terrorista, pues resulta inherente a la perversidad de este tipo de ataques la indefinición en cuanto a su finalización, aunque no en relación a su inicio. De otro lado, porque si la respuesta se concreta en el territorio de un Estado que —directa o indirectamente— apoya o permite el ataque terrorista, resulta indispensable un período razonable de tiempo para conocer los hechos, probar la vinculación de ese Estado y calibrar la intensidad de la respuesta.

Todo lo anterior implica que una exigencia radical en cuanto a la actualidad e intensidad de la reacción contribuye a desprestigiar la operatividad de la legítima defensa frente a los ataques terroristas, ya que estos exigen siempre la individualización de la autoría, la evaluación de su duración y la atribución de la vinculación con algún Estado. Y siendo esta atribución esencial en la respuesta armada contra un territorio cualquiera, lo inmediato resultará casi siempre enemigo de la respuesta razonablemente justificada.

En cuanto a los problemas suscitados en el ámbito de la legítima defensa colectiva, esto es, a la participación de la OTAN en los sucesos posteriores al 11 de septiembre de 2001, A. Fernández Tomás⁶⁶ ha puesto de relieve con vigor y con rigor algunos elementos de sumo interés. De un lado, la desconcertante contradicción entre el ardor manifestado por los órganos políticos de la Alianza en pro de las tesis norteamericanas más extremistas en cuanto a la respuesta armada contra el terrorismo, en general, y contra Afganistán, Osama Bin Laden y Al Qaeda, en particular, ya la casi nula respuesta en términos operativos de su estructura militar. De otro, la incapacidad de dichos órganos para intentar justificar una respuesta armada en términos de legítima defensa colectiva, según los requisitos y condiciones del ordenamiento internacional, asumiendo en realidad

⁶³ Cf. *ibidem*, pp. 250 y 251.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 252.

⁶⁵ Cf. *ibidem*, pp. 257 a 260.

⁶⁶ Cf. «El recurso al artículo quinto del Tratado de Washington tras los acontecimientos del 11 de septiembre: mucho ruido y pocas nueces», *R.E.D.I.*, 2001, pp. 205 y ss., especialmente pp. 213 y ss.

un papel de mera gestión de crisis fuera de su marco geográfico de conformidad con el nuevo concepto estratégico acuñado en 1999 que deja tambaleante el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁶⁷.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

Como hemos puesto de relieve más arriba, uno de los problemas de índole no menor que afecta al tema objeto de nuestro estudio radica en la inexistencia de un concepto normativo universalmente admitido sobre el «terrorismo internacional», hecho que dificulta las formas de actuación jurídica en su contra. Ya se ha dicho que «It has to be acknowledged that part of the problem in assessing the effectiveness of any law dealing with transnational terrorism is that the very subject-matter itself is not clearly defined —indeed, the whole area of international criminal law is still very much in its infancy. There is, indeed, no law as yet dealing with “terrorism”, rather certain crimes are labelled as “terroristic”»⁶⁸.

Los ataques del 11 de septiembre y las furiosas reacciones armadas de ciertos Estados reclaman por una conceptualización consensuada respecto a la calificación de «terrorismo internacional» y de «ataque terrorista», pues dicha calificación puede dar lugar al uso de la fuerza por el Estado «atacado» o por otros Estados, ya sea por la vía de la legítima defensa individual o colectiva (aunque técnicamente resulte injustificada), por la de las represalias armadas individuales amparadas en actuaciones institucionales del Consejo de Seguridad permisivas o por cualquier otra vía⁶⁹, pero siempre con riesgo cierto de grave quebranto de un sector tan significativo de nuestro ordenamiento como es el uso de la fuerza. La tentación de intentar justificar una intervención ilícita bajo la etiqueta del «terrorismo» puede ser demasiado fuerte para ciertos países, que actuarían pretendidamente en defensa de intereses generales, como para no poner coto a la misma. Y la única vía posible, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, radica en la existencia de un concepto universalmente aceptado⁷⁰.

⁶⁷ Sobre la inquietante doctrina de la OTAN y su aplicación a anteriores conflictos, *vid.* entre la numerosa bibliografía las aportaciones de A. Remiro Brotons, «Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional», *R.E.D.I.*, 1999-1, pp. 11 y ss.; M. Kohen, «L'emploi de la force et la crise du Kosovo: vers un nouveau desordre juridique international», *Revue Belge D.I.*, 1999-1, pp. 122 y ss.; S. Sur, «L'affaire du Kosovo et le droit international: points et contrepoints», *A.F.D.I.*, 1999, pp. 280 y ss.

⁶⁸ G Gilbert, «The “Law” and “Transnational Terrorism”», *N.Y.I.L.*, Vol. XXVI, 1995, p. 6.

⁶⁹ Como se ha encargado de advertir J. Alcaide Fernández (cf. «La “guerra contra el terrorismo”: ¿Una “OPA hostil” al derecho de la Comunidad internacional?», *R.E.D.I.*, 2001, pp. 289 y ss., especialmente pp. 290 a 293).

⁷⁰ Resulta sumamente ilustrativo que precisamente los Estados Unidos ya hayan adoptado un tipo jurídico concreto en esta materia que no se caracteriza precisamente por su rigor o meticulosidad, sino más bien por su indudable vis expansiva, que se contiene en el Título 22 del Código de los Estados Unidos, Sección 2656f (d): «El término «terrorismo» significa violencia premeditada y políticamente motivada perpetrada contra objetivos no combatientes por grupos subnacionales o agentes clandestinos, habitualmente dirigida a influir en una audiencia. El término «terrorismo internacional» significa el terrorismo que afecta a ciudadanos o territorios de más de un país. El término «grupo terrorista»

En el derecho internacional vigente cabe afirmar la existencia de tres vías distintas para actuar frente a ataques graves contra un Estado llevados a cabo por un grupo o movimiento terrorista. La primera reposa en la cooperación internacional que se manifiesta en los tratados multilaterales, universales y regionales, sobre terrorismo, ya sea general o especializado (aéreo y marítimo), con normas sustantivas, unificadoras de legislaciones (establecimiento de tipos penales comunes) o procesales (extradición o aplicación del principio *aut dedere aut judicare*)⁷¹. La segunda consiste en la acción colectiva que lidera el Consejo de Seguridad en aplicación del Capítulo VII de la Carta, por estimar que esta clase de ataques ponen en peligro la paz y seguridad internacionales, lo que en último término podría significar la puesta en marcha del artículo 42 de la Carta⁷². Por último, cabría la acción individual o colectiva en ejercicio del derecho a la legítima defensa que, como hemos tenido ocasión de comprobar, suscita complejos problemas jurídicos en orden a los límites y requisitos que están presentes tanto en la letra del artículo 51 de la Carta como en el derecho consuetudinario internacional existente en la materia.

Aunque estas tres vías de acción no se excluyen necesariamente entre sí, todo lo contrario, y aun teniendo en cuenta que la cooperación internacional resulta insustituible, también es de justicia reconocer que su eficacia ante un ataque terrorista de gran envergadura parece limitada pues una parte importante de sus mecanismos opera *ex post*, esto es, con el ataque ya iniciado e incluso finalizado, sin que garanticen por sí mismos la integridad territorial del Estado que lo sufre. A lo anterior debe añadirse las consecuencias del relativismo del derecho internacional, pues no es previsible que los Estados que amparan, financian, ayudan o permiten el uso de su territorio a movimientos o grupos terroristas sean partes de estos tratados⁷³. Ello obligaría a desplazar posibles respuestas jurídicas desde el derecho convencional al ámbito más amplio de las normas generales de nuestro ordenamiento en materia de terrorismo, terreno aún más inseguro si cabe que el anterior.

La acción colectiva en el seno del Consejo de Seguridad se manifiesta, hoy por hoy, como la vía más idónea para dar una respuesta contundente y rápida

significa cualquier grupo que practica, o que tiene significativos grupos que practican, el terrorismo internacional», *US Department of State, Patterns of Global Terrorism 2000*, Washington, 2001, pp. 3-4 (citado por R. Calduch Cervera, «La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional», *R.E.D.I.*, 2001, p. 189, nota 27).

⁷¹ En relación a las ventajas e inconvenientes de esta vía de actuación, nos remitimos a las observaciones formulas por G. Gilbert en la nota 68.

⁷² Algunos autores y destacadas personalidades internacionales, como el Secretario General de las N.U. y la Alta Comisionada de las N.U. para los Derechos Humanos, han calificado este tipo de ataques terroristas como verdaderos «crímenes contra la humanidad»; al margen de los problemas técnicos que puede suscitar dicha calificación, parece obvio que además de abrir la caja del artículo 7 del Estatuto de Roma, la lógica política y jurídica reclamaría una acción colectiva e institucional para luchar en su contra, lo que nos llevaría ineludiblemente al Consejo de Seguridad (sobre estos problemas, *vid.* N. Schrijver, «Responding to International Terrorism...», *op. cit.*, pp. 287 a 289).

⁷³ *Vid.* las observaciones que desde distintas perspectivas se formulan sobre la cooperación internacional convencional por C. Chornet Ramón, «La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001», *R.E.D.I.*, 2001, pp. 273 y ss., y por J. Alcaide Fernández, *loc. cit.* en nota 69.

ante los ataques del terrorismo internacional de mayor gravedad, como lo prueba una práctica incipiente desde hace diez años que culmina en la adopción de la Resolución 1373 (2002). Pero este cauce tampoco supone una panacea universal que garantice una respuesta eficaz en todos los casos, pues al hecho de ser un órgano político que responde fundamentalmente a criterios de esta naturaleza se une el inquietante dato de la inexistencia de un concepto de terrorismo internacional generalmente aceptado, por lo que cualquier acto terrorista (especialmente si no es televisado en directo) va a sufrir una primera criba en orden a su calificación como tal. Sin embargo, la lógica política, jurídica y militar de la consideración de un ataque terrorista como algo que afecta no sólo a la soberanía e independencia de un Estado, sino también al género humano en su conjunto y que constituye, por tanto, una amenaza a la paz o un quebrantamiento de la paz, aconsejaría que la acción institucional y colectiva primase sobre la reacción individual. Pero debemos aceptar que la intervención del Consejo de Seguridad tras los ataques del 11 de septiembre ha generado fuertes críticas y no invita al optimismo⁷⁴.

Por último, la legítima defensa puede resultar insustituible para un Estado en orden a salvaguardar su independencia e integridad territorial, pero los requisitos jurídicos para su ejercicio hacen extremadamente difícil su utilización ante ataques terroristas, como se ha explicado ampliamente. Salvo que se modifique la letra del artículo 51 de la Carta y se entienda modificado el derecho consuetudinario internacional, como algunos Estados pretenden, el ejercicio de este derecho supone un mero paliativo de difícil encaje jurídico y de escasa aplicación en la práctica.

En resumen, el terrorismo internacional juega con la ventaja añadida de la inexistencia de normas internacionales que garanticen, hoy por hoy, una respuesta radicalmente eficaz en su contra. Nuestro ordenamiento, construido al hilo de la obsesión estatal y demasiado atento al uso de la fuerza entre Estados, encuentra serias dificultades para dar una respuesta eficaz a la violencia protagonizada por agentes u grupos no estatales.

⁷⁴ Cf. por ejemplo las posiciones críticas mantenidas sobre este punto en el citado número de la *R.E.D.I.*, 2001, por J.A. González Vega (*op. cit.*, pp. 261 y ss.), J. Alcaide Fernández (cf. *op. cit.*, pp. 294 y ss.) y J. Cardona Llorens (cf. «La Resolución 1386 (2001) del Consejo de Seguridad autorizando la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad de Afganistán: ¿un paso más en el debilitamiento de las Naciones Unidas?, *R.E.D.I.*, 2001, pp. 227 y ss.).

