

La lucha contra el terrorismo internacional

a la luz del 11-S: de la zanahoria al palo

Joaquín Alcaide Fernández

179

1. Introducción

Tras muchas décadas de esfuerzos normativos, la comunidad internacional está a punto de completar una tarea que se inició en el período de entreguerras y que, por aquel entonces, se frustró con el abandono de las Convenciones de Ginebra de 1937:¹ la concreción de un marco jurídico global para la lucha contra el terrorismo internacional, una de las prioridades de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sin embargo, resta un (pen)último paso, quizás el más importante: culminar con éxito las negociaciones que se celebran en el seno de la ONU con vistas a la aprobación de un proyecto de convención general sobre el terrorismo internacional y la realización de la vocación universal de dicha

¹ La I Convención para la prevención y la represión del terrorismo, y la II Convención para la creación de un Tribunal Penal Internacional fueron adoptadas en Ginebra el 16 de noviembre de 1937, en la Conferencia Intergubernamental para la Prevención y la Represión del Terrorismo, convocada por el Consejo de la Sociedad de Naciones, y nunca entraron en vigor.

convención, es decir, su adopción por la Asamblea General (o en el seno de una conferencia diplomática) y su aceptación por la generalidad de los Estados.

Entretanto, la flexibilidad normativa y las dificultades sustantivas de ese marco jurídico se han ido mitigando sin llegar a desaparecer (I) y han tenido su contrapunto en el rigor coercitivo de unas medidas —cuya legitimidad, de un modo u otro, ha sido y es discutida— adoptadas frente a ciertos actos y actividades terroristas (y, en especial, aquellos dirigidos directamente contra intereses de los EE.UU. de América): las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad y el uso de la fuerza (II). La lucha contra el terrorismo tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington D.C. (en adelante 11-S) no ha hecho más que profundizar esas tendencias, llevándolas hasta sus últimas consecuencias,² y plantea con un nuevo vigor la necesidad de asumir el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales como límite infranqueable (III).

180 Hoy más que nunca, la gráfica expresión «de la zanahoria al palo»,³ incluido el cambio en el orden habitual de la expresión, parece reflejar con exactitud el abanico de estrategias adoptadas para luchar contra el terrorismo. No es solo que el énfasis se pone en la represión antes que en la prevención, sino, también, que las obligaciones de prevención se conciben en la inmediatez del corto plazo,⁴ es decir, no se contempla una acción a medio o largo plazo consistente en la adopción de medidas diseñadas para actuar sobre las causas del terrorismo internacional. Asimismo, las violaciones (a veces asumidas como tales a partir de meras suposiciones unilaterales de los Estados más poderosos) de las genéricas obligaciones de prevención y, sobre todo, de las «blandas» (al menos convencionalmente) obligaciones de represión son calificadas

² El terrorismo y su relación con el Derecho Internacional fue objeto de mi reflexión antes del 11-S en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2000; para un primer análisis del 11-S y su inmediata respuesta desde la perspectiva del Derecho Internacional, véase mi trabajo «La “guerra contra el terrorismo”: ¿una “OPA hostil” al Derecho de la comunidad internacional?». *REDI*, 2001, 1 y 2, vol. LIII, pp. 289-302.

³ YOGESH, K. «Political Terrorism». *Indian Journal of International Law*, 1986, p. 175. Asimismo, RAMÓN CHORNET, C. *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, pp. 221 y ss.

⁴ En la formulación recogida en la declaración de principios contenida en la Resolución 2625 (XXV), adoptada por la Asamblea General de la ONU el 24 de octubre de 1970, «todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos».

con rigor como amenazas a la paz y sancionadas, en consecuencia, por el Consejo de Seguridad. Más aún, la perspectiva de la prevención se ha esgrimido precisamente para recuperar el rancio argumento de la autoprotección mediante el recurso a la fuerza: de la «guerra» (y sobran las comillas) contra el terrorismo anunciada por el actual gobierno de los EE.UU. tras el 11-S (cuyo primer escenario visible, Afganistán, fue solo el primer escenario y el empleo de la fuerza tuvo un carácter más o menos defensivo) se pasa a la doctrina de la «guerra preventiva» como estrategia de combate al terrorismo internacional.

Estas distintas estrategias no deben analizarse a partir de un derecho internacional concebido única y exclusivamente desde el Estado soberano (por no decir desde la soberanía del Estado hegemón o imperial) sino en función de la idea de comunidad internacional y de los límites que esta impone a los rasgos de subjetivismo, discrecionalidad, voluntarismo y relativismo que la soberanía imprime al derecho internacional.⁵ Precisamente porque la prevención y represión del terrorismo es, hoy día, un interés común⁶ y parecen definitivamente integradas en el «orden público» internacional, su reto es que la respuesta de los Estados contribuya a la construcción de un derecho inspirado en las necesidades, valores e intereses comunes, y en el sentido integrador y correctivo de las ideas de comunidad internacional y de humanidad, esto es, un derecho que no sea simple eco pasivo de las formas de globalización dominantes sino, también, un instrumento moldeador de ese proceso y una instancia anticipadora de una comunidad universal auténtica.⁷

181

La legitimidad y, por tanto, la eficacia de la lucha contra el terrorismo —antes y después del 11-S— es, en definitiva, tributaria de los otros intereses comunes y no

⁵ CARRILLO SALCEDO, J.A. «Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public». *RCADI*, t. 257, 1996, pp. 35-222 y, especialmente, pp. 119 y ss. Para un análisis de la contribución de los valores e intereses comunes a la fundamentación del DI contemporáneo, *idem*. «El fundamento del Derecho Internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico». *REDI*, L, 1998, pp. 1-31.

⁶ En este sentido, por ejemplo, en el preámbulo de algunos tratados anti-terroristas, como los Convenios de Nueva York de 1973 (delitos contra personas internacionalmente protegidas), 1979 (toma de rehenes), 1997 (atentados cometidos con bombas) y 1999 (financiación del terrorismo), se hace mención a la lucha contra el terrorismo internacional como un «interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto». El Consejo de Seguridad también ha considerado que los secuestros y la toma de rehenes son delitos que preocupan seriamente a la comunidad internacional —por ejemplo, la Resolución 579 (1985) del 18 de diciembre—.

⁷ PUREZA, J.M. *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un Derecho Internacional de la solidaridad?*. Madrid: Trotta, 2002.

puede ignorar las estructuras, procesos básicos y finalidades, incluso el fundamento, de un derecho internacional que necesita erigirse en derecho de la comunidad internacional.

2. La zanahoria: el incompleto marco jurídico global para la lucha contra el terrorismo internacional

Bajo los auspicios de las organizaciones internacionales,⁸ la comunidad internacional ha ido pertrechándose de un marco jurídico que facilitase la prevención y represión de los actos y actividades terroristas. La dificultad de llegar a una definición de terrorismo generalmente aceptada en una sociedad universal esencialmente heterogénea —un condicionamiento que afecta no solo a la elaboración del derecho internacional sino, sobre todo, a su legitimidad y eficacia—⁹ aconsejó ir identificando gradualmente «manifestaciones» del terrorismo internacional. Ese marco jurídico sigue teniendo, hoy por hoy, un carácter fragmentario (1), y los tratados que lo integran siguen un patrón normativo flexible y presentan dificultades sustantivas (2). Si bien es cada vez más global y con menos fisuras gracias al impulso de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aún hay camino por recorrer.¹⁰

182

⁸ En particular, ciertos organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas (la OACI y la OMI), la OIEA y la propia ONU, así como la práctica totalidad de las organizaciones regionales (OEA, Consejo de Europa, Unión Europea, OSCE, OUA, Liga de Estados Árabes, Organización de la Conferencia Islámica, Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, etc.).

⁹ FRANCK, Th. M. «Porfiry's Proposition: The Role of Legitimacy and Exculpation in Combatting Terrorism». En: DINSTEIN, Y. (ed.). *International Law a a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rossene*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 149 y ss.

¹⁰ El Comité Especial, establecido en virtud de la Resolución 51/210 de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1996, y un Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión, establecido en virtud de la Resolución 55/158 de la Asamblea General del 12 de diciembre del 2000, están trabajando actualmente en la elaboración de un proyecto de convención general sobre el terrorismo internacional y de un proyecto de convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, y tienen en su agenda la cuestión de convocar una conferencia de alto nivel, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, con el fin de formular una respuesta organizada conjunta de la comunidad internacional al terrorismo en todas sus formas y manifestaciones.

2.1. El carácter fragmentario del marco jurídico: la definición de terrorismo como nudo gordiano

El marco jurídico es fragmentario porque apenas acoge a los actos contra la seguridad de la aviación civil internacional¹¹ y de la navegación marítima,¹² los delitos contra personas internacionalmente protegidas,¹³ la toma de rehenes,¹⁴ la protección física de materiales nucleares,¹⁵ los atentados terroristas cometidos con bombas,¹⁶ así como —con una manifiesta indefinición— los actos terroristas cometidos en el curso de conflictos armados,¹⁷ además de la financiación de todas estas manifestaciones del terrorismo internacional.¹⁸

Desde luego, y con la salvedad de los «actos de terrorismo» contemplados en el derecho internacional humanitario, existe la definición convencional de esos delitos, a partir de la cual se precisan las obligaciones convencionales relativas a su prevención y represión. Sin embargo, este carácter fragmentario del marco jurídico y su fundamento convencional traen consigo que, a veces, sea difícil calificar, sobre la base de los tratados internacionales, algunos actos y actividades que aparentemente

¹¹ Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Actos Cometidos a bordo de las Aeronaves del 14 de septiembre de 1963; Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves del 16 de diciembre de 1970; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil del 23 de septiembre de 1971 y su Protocolo sobre la represión de los actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional del 24 de febrero de 1988; y Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección del 1º de mayo de 1991.

¹² Convenio para la Represión de Actos ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y su Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental del 10 de marzo de 1988.

¹³ Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos del 14 de diciembre de 1973.

¹⁴ Convención Internacional contra la Toma de Rehenes del 17 de diciembre de 1979

¹⁵ Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares del 3 de marzo de 1980.

¹⁶ Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas del 15 de diciembre de 1997.

¹⁷ La prohibición del terrorismo se recoge en el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; el art. 12 común al I y II Convenios; el art. 13 del III Convenio; el art. 27 del IV Convenio; y, expresamente, en los arts. 33 y 34 del IV Convenio, así como en el art. 75.2 del Protocolo adicional I de 1977 y, expresamente, en el art. 51.2 de ese Protocolo I y en los arts. 4.2 y 13.2 del Protocolo adicional II de 1977.

¹⁸ El 9 de diciembre de 1999 se adoptó el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

no se duda en calificar como terroristas. Este es el caso de los propios actos terroristas del 11-S:¹⁹ nadie ha puesto en duda tal calificación y, en realidad, apenas serían aplicables algunas disposiciones relativas a los delitos contra la seguridad de la navegación aérea.²⁰ Lo que nos plantea otros interrogantes: ¿podemos encontrar esa calificación sobre la base del derecho internacional general?, ¿en qué medida podemos extrapolar aquellas definiciones y obligaciones más allá del marco convencional y del círculo de los Estados parte? y, sobre todo, ¿existe una definición general de qué sea «terrorismo internacional» (o actos y actividades «terroristas») y unas obligaciones generales para su prevención y represión?

Hoy parece indiscutible la existencia de una obligación general de los Estados de prevenir, con la debida diligencia, actos y actividades de terrorismo internacional.²¹ Más discutida es la existencia de una obligación general de reprimir tales actos a cargo de Estados distintos de aquellos en que se cometieron u organizaron.²² De

¹⁹ Es decir, no solo el apoderamiento de las aeronaves en vuelo y el control ejercido sobre las mismas para hacerlas impactar contra las Torres Gemelas y el edificio del Pentágono (y posiblemente otros objetivos), y la muerte de los pasajeros y la tripulación de las aeronaves, sino, también, las muertes ocasionadas a las personas que se hallaban en dichos edificios, la destrucción de los edificios o de una parte de esos edificios, y el estado de terror ocasionado en el público en general.

²⁰ Dados los límites a su aplicación previstos en los Convenios de 1963, 1970 y 1971 (únicos en los que Afganistán era parte el 11-S) y las circunstancias de hecho presentes, solo el hecho de que los cómplices de los autores de esos delitos fueran hallados en el territorio de un Estado distinto de los EE.UU. permitiría la aplicación de las disposiciones esenciales del Convenio de 1970 (las relativas a la detención y la investigación preliminar; a la extradición o el enjuiciamiento; y a la asistencia judicial en materia penal) y la aplicación del Convenio de 1971. Habría que interpretar extensivamente la expresión «artefacto explosivo» contenida en el Convenio de 1997 (en vigor desde el 23 de mayo de 2001, pero que los EE.UU. no habían ratificado el 11-S) para cubrir tales actos. Y sólo la financiación de los actos cubiertos por esos tratados estaría comprendida en el Convenio de 1999 (que no estaba en vigor el 11-S).

²¹ Esta obligación se apoyaría en principios tradicionales (prevención de los daños ocasionados a extranjeros, prevención de los daños causados por bandas armadas que actúan en territorio extranjero a partir del territorio nacional, deber de neutralidad, etc.) adaptados a la lucha contra el terrorismo internacional y ya fue recogida como obligación general en la I Convención de 1937 (art. 1.1).

²² El DI tradicional impondría ya sobre el Estado en cuyo territorio se cometieran los actos o se organizaran las actividades de terrorismo internacional, pero solo sobre ese Estado, la obligación de comportarse diligentemente para detener y juzgar a los terroristas o presuntos terroristas. La huida de los terroristas hacia el territorio de otros Estados plantea(ba) dos cuestiones: la prerrogativa de no extraditar y conceder el asilo; y el ejercicio por esos otros Estados de la jurisdicción extraterritorial.

cualquier forma, es inevitable deshacer el nudo gordiano de la definición del terrorismo, pues, de lo contrario, esas obligaciones se predicarían de unos actos y actividades difícilmente identificables o, peor aún, identificables a discreción por la inexistencia de una definición de terrorismo generalmente aceptada. En ese sentido, podría afirmarse, de un lado, que las manifestaciones del terrorismo internacional identificadas convencionalmente se integran automáticamente en el derecho internacional general (incluso que esos tratados no tienen más objeto que permitir «que los Estados cumplan sus obligaciones más eficazmente»),²³ debiéndose admitir que esta afirmación significaría extraer unas consecuencias que excederían los límites del principio del efecto relativo de los tratados; y, de otro, que deben determinarse los parámetros que permiten calificar conforme al derecho internacional a unos actos y actividades como «terroristas» al margen de los tratados.

El parámetro de partida es la condena inequívoca del terrorismo. En el transcurso de los debates sobre el terrorismo internacional celebrados en la Asamblea General de las Naciones Unidas a partir de 1972²⁴ se han clarificado algunas cuestiones (incluso el término «terrorismo» dejó de ser tabú en los tratados universales a partir de 1979). Superado (aparentemente) el temor del grupo afro-asiático a que la lucha

La disparidad de opiniones doctrinales respecto del alcance, general o particular, de la vigente obligación de extraditar o enjuiciar es elocuente: para unos, tiene fundamento convencional (CARRILLO SALCEDO, J.A. y J.A. FROWEIN. *Les aspects juridiques du terrorisme international/The Legal Aspects of International Terrorism*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 23 y 39-45, y 78-85; asimismo, GUILLAUME, G. «Terrorisme et droit international». *RCADI*, t. 25, 1989/III, pp. 287-416); para otros, estaría contenida en una norma imperativa (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. «International Law in the Past Third of a Century. General Course in Public International Law». *RCADI*, vol. 159, 1978/I, pp. 1-344 y, especialmente, p. 64). Esta diversidad de criterios estuvo presente también en las (paradójicas) opiniones de los jueces de la CIJ en la decisión sobre medidas provisionales en los «asuntos Lockerbie»: de un lado, la declaración común de los jueces EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME y AGUILAR MAWDSLEY —por ejemplo, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising From the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, *ICJ Reports 1992*, p. 3, párrs. 2-3, p. 136—; de otro, las opiniones disidentes de los jueces BEDJAOUI (*ibid.*, p. 148), WEERAMANTRY (*ibid.*, pp. 161 y 179), RANJEVA (*ibid.*, párr. 2, p. 72) y del juez *ad hoc* EL-KOSHERI (*ibid.*, párr. 55, p. 214).

²³ Expresión empleada en la Resolución 3166 (XXVIII) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1973, cuyas disposiciones se relacionan con la Convención de Nueva York de 1973.

²⁴ Un primer análisis se encuentra en ABELLÁN HONRUBIA, V. «El terrorismo internacional». *REDI*, XXVIII 1975, pp. 33-56. Hasta hoy, la Asamblea ha adoptado 19 resoluciones sobre el tema.

contra el terrorismo ocultara una limitación del ejercicio del derecho a la libre determinación²⁵ —derecho cuya incorporación al marco jurídico de la lucha contra el terrorismo²⁶ no necesariamente conlleva la existencia de una antinomia en el derecho internacional—, el consenso en la condena inequívoca del terrorismo se asentó en el seno de la Asamblea a partir de 1985²⁷ y, esencialmente, se ha mantenido hasta hoy. Este hecho ha permitido adoptar por consenso la declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional en 1994 y 1996.²⁸

Las sucesivas resoluciones de la Asamblea General (y, como veremos, del Consejo de Seguridad) se refieren genéricamente al terrorismo internacional o a los actos y actividades de terrorismo internacional (a veces, incluso, se obvia la dimensión internacional, esto es, se refieren simplemente al terrorismo o a los actos y actividades terroristas)²⁹ y aportan parámetros para su definición, dando acogida a las obligaciones de los Estados relativas no solo a la prevención sino, también, a la represión. En relación con la definición del término terrorismo (menos problemas plantea la dimensión internacional), el anexo de la Resolución 49/60 (apartado I.3) de la Asamblea declara que:

[...] [l]os actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias [...].

186

²⁵ Temor ilustrado por el título del tema (arduamente negociado y aprobado por votación) incluido en los programas de los sucesivos períodos de sesiones de la Asamblea hasta 1991. La Resolución 3034 (XXVII) del 18 de diciembre de 1972 fue aprobada por 76 votos a favor, 34 en contra y 16 abstenciones.

²⁶ El derecho a la libre determinación de los pueblos y de la legitimidad de su lucha ha sido recordada en los instrumentos internacionales que son parte del marco jurídico para la lucha contra el terrorismo internacional e, incluso, tras su inclusión en el Protocolo I de 1977. Las guerras de liberación nacional aparecen excluidas, en principio, del ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York de 1979.

²⁷ Resolución 40/61 del 9 de diciembre de 1985.

²⁸ Resoluciones 49/60 del 9 de diciembre de 1994 y 51/210 del 17 de diciembre de 1996.

²⁹ Los tratados internacionales —como hacían las Convenciones de Ginebra de 1937— se ocupan esencialmente de aquellos delitos que tienen una transcendencia internacional, si bien: a) el simple hecho de que el delincuente «sea hallado» en un Estado distinto de aquel en el que cometió el delito puede traer consigo la aplicación de ciertas disposiciones (Convenio de La Haya de 1970) o de todo el tratado (Convenio de Montreal de 1971, Convenio de Nueva York de 1979 o Convenio y Protocolo de Roma de 1988); y b) algunas disposiciones de ciertos tratados son aplicables en cualesquiera circunstancias (por ejemplo, Convenio de Viena y Convenios de Nueva York de 1997 y 1999).

Esa descripción asume que la quinta esencia del terrorismo es política³⁰ (de ahí los problemas planteados en la lucha contra el terrorismo por el juego de la doctrina del delito político) e ilustraría la siguiente ecuación, confirmada en resoluciones posteriores de la Asamblea: acto y actividad terrorista = dolo + delito común (grave) + intención o propósito «terrorista».

Los tratados universales suelen centrarse exclusivamente en el elemento volitivo (actos intencionales) y en la caracterización del delito común (así, por ejemplo, causar ilícitamente la muerte o lesiones graves, secuestrar ilícitamente a una persona, causar ilícitamente daños materiales sustanciales, etc.).³¹ Pero, *en la medida en que se pasa de la definición de delitos terroristas específicos a la definición de la generalidad de los delitos terroristas* (hecho que es evidente en los Convenios de Nueva York de 1997 y 1999), *el parámetro que distingue a los delitos terroristas de otros delitos comunes graves* —esto es, la intención o propósito de «provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas» (y/o la de obligar a un tercero a hacer o dejar de hacer algo)—³² *es incorporado como elemento definitorio (adicional) de los actos y actividades terroristas*. Esa incorporación se comprueba en los Convenios de Nueva York de 1997³³ y de

³⁰ FRANCK, Th. M. y B.B. LOCKWOOD. «Preliminary Thoughts towards an International Convention on Terrorism». *AJIL*, 68 (1974), pp. 69-90 y, especialmente, p. 83; SLIWOWSKI, G. «Legal Aspects of Terrorism». En: CARLTON, D., y SCHAERF, C. (eds.). *International Terrorism and World Security*. Londres/Nueva York: Willey, 1975, pp. 69-77 y, especialmente, p. 76.

³¹ Art. 1.1 del Convenio de Montreal y art. II.1 de su Protocolo; art. 2.1 de la Convención de Nueva York de 1973; art. 7.1 del Convenio de Viena; art. 3.1 del Convenio de Roma y art. 2.1 de su Protocolo; art. 2.1 de los Convenios de Nueva York de 1997 y de 1999.

³² El acto de toma de rehenes exige que el rehén sea retenido o detenido, y se amenace con matarlo, herirlo o mantenerlo detenido «a fin de obligar a un tercero [...] a una acción u omisión como condición explícita o implícita para [su] liberación [...]» (art. 1 de la Convención de Nueva York de 1979), un propósito que es también parte de la definición de algunos de los delitos contra la seguridad de los materiales nucleares y contra la seguridad de la navegación marítima (art. 7.1 del Convenio de Viena; art. 3.1 del Convenio de Roma y art. 2.1 de su Protocolo).

³³ El art. 2 define los delitos comprendidos sobre la base del elemento volitivo (intencionalidad) y de otros elementos objetivos y subjetivos del tipo (ilicitud del acto; descripción del acto: «quien entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo [...]»; y «propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales [...]»). Pero el art. 5 singulariza entre esos actos criminales a aquellos «que obedezcan a la intención o el propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas». ¿Por qué esta singularización? Porque, en consonancia con las resoluciones de la Asamblea General, el tratado pretende que los Estados adopten las medidas necesarias «para que [esos actos] no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de

1999,³⁴ y en el documento de trabajo presentado por la India y asumido como base de la negociación de un proyecto de convención general sobre el terrorismo internacional.³⁵ Mucho se ha esperado para prácticamente volver sobre los pasos dados en 1937.³⁶

Pero si estos parámetros ayudan a la identificación de los actos y actividades (terroristas) sobre los que se proyectan las obligaciones generales de los Estados de prevenir (y, hoy día, posiblemente también de reprimir) los actos y actividades de terrorismo internacional —hecho que implica que no se trataría tanto de desarrollar el derecho internacional sino de aunar la voluntad de los Estados para el cumplimiento de buena fe de sus obligaciones—, otros datos de la práctica siguen arrojando dudas:³⁷ por ejemplo, decisiones de tribunales nacionales en las

índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar y sean sancionados con penas acordes a su gravedad», es decir, que los Estados no hagan prevalecer la quintaesencia política (las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, etc.) sobre la esencia criminal del terrorismo (causar la muerte, entre otros) y, en consecuencia, no permitan que los autores, cómplices, etc., eludan su responsabilidad penal bajo la cobertura, por ejemplo, de la doctrina del delito político.

188

³⁴ Este convenio comprende como delitos terroristas no solo los delitos enunciados en los tratados anti-terroristas adoptados en el seno de la OACI, OMI, AIEA y ONU sino, también, los actos de terrorismo cometidos en los conflictos armados. Y al definir estos últimos lo hace del siguiente modo: «cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo» (art. 2.1 (b), el énfasis es mío). El art. 6 de este Convenio de 1999 complementa a esta disposición con el mismo objeto que el art. 5 del Convenio de Nueva York de 1997.

³⁵ El art. 2.1 dice que «[c]omete delito [...] quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio realice una acción que tenga por objeto:

a) Causar la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas, o

b) Causar daños graves en una instalación pública gubernamental, una red de transporte público, un sistema de comunicaciones o una instalación de infraestructura, con la intención de causar una destrucción significativa en ese lugar, instalación o red, o de que esa destrucción produzca o pueda producir un gran perjuicio económico, si el propósito de tal acción es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo [el énfasis es nuestro]».

³⁶ En efecto, el art. 1.2 de la I Convención de 1937 decía: «En la presente Convención, la expresión “actos de terrorismo” comprende los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personalidades determinadas, en grupos de personas o en el público en general [el énfasis es mío]».

³⁷ CASSESE, A. «Terrorism is Also Disrupting some Crucial Legal Categories of International Law». *EJIL* (2001), vol. 12, pp. 993-1001 y, especialmente, pp. 994-995.

que se deniega el ejercicio de la jurisdicción universal porque no hay acuerdo sobre la definición del terrorismo³⁸ o la propia derrota de la propuesta de India, Sri Lanka y Turquía destinada a incluir el terrorismo como crimen autónomo en el Estatuto de Roma de 1998.³⁹ Entre los miembros de la Unión Europea solo tras el 11-S se ha llegado a una «definición común» del terrorismo,⁴⁰ y el Comité Especial, establecido en virtud de la Resolución 51/210 de la Asamblea General, ha sido aún incapaz de aprobar un proyecto de convención general sobre el terrorismo internacional.

Muy distintas siguen siendo, por ejemplo, las perspectivas desde las que Irán o Siria, por una parte, e Israel y los EE.UU., por otra, perciben los actos y actividades de Hezbolá o Yihad Islámica.

2.2. El patrón normativo flexible y las dificultades sustantivas de los tratados anti-terroristas

Los tratados universales relativos propiamente a la lucha contra el terrorismo internacional siguen un patrón normativo (el del Convenio de La Haya de 1970) que adolece de una excesiva flexibilidad y ambigüedad. Esos tratados desarrollan progresivamente la obligación de cooperar para asegurar la represión de dichos actos y actividades y, con ese fin, establecen unas obligaciones accesorias (tipificación,⁴¹ sanción y previsión del eventual ejercicio de la jurisdicción, incluida la llamada «jurisdicción universal»; suministro de información; detención e investigación preliminar; prestación de asistencia judicial en materia penal) y encaminadas a la

189

³⁸ Decisión del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, en el caso *Tel Oren frente a República Árabe de Libia* —726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)—. Menos dudas suscitara la decisión del Tribunal de Casación de Francia del 13 de marzo de 2001, en la que se rechaza que el terrorismo sea un crimen internacional que trae consigo el levantamiento de la inmunidad de los Jefes de Estado —véase, por ejemplo, ZAPPALÁ, S. «Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation». *EJIL* 12 (2001), pp. 595-612—; otros crímenes internacionales (incluidos los crímenes de guerra) tampoco posibilitan el levantamiento de la inmunidad de un Jefe de Estado extranjero en funciones para su enjuiciamiento ante un tribunal nacional —en este sentido, véase la sentencia del 14 de febrero de 2001 de la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, *arrêt du 14 février 2002*, en: <<http://www.icj-cij.org>>—).

³⁹ A/CONF.183/C.1/L.27/Rev.1.

⁴⁰ Decisión Marco JAI/475/2002 del Consejo del 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo (DO L 164 de 22.06.2002, p. 3).

⁴¹ La obligación de tipificar no siempre se formula expresamente.

extradición o puesta de los delincuentes o presuntos delincuentes a disposición de las autoridades competentes a efectos del ejercicio de la acción penal.⁴²

Tres cuestiones son dignas de ser señaladas. En primer lugar, el Estado en cuyo territorio sea hallado o se encuentre el delincuente o presunto delincuente (a diferencia de los Convenios de Ginebra de 1949,⁴³ los tratados universales anti-terroristas no formulan expresamente una tal obligación) tomará las medidas que corresponda para asegurar la presencia de esa persona a efectos de enjuiciamiento o extradición «si estima que las circunstancias lo justifican».⁴⁴ Con excepción de los supuestos de actos de toma de rehenes, en los que deben primar la vida, libertad y seguridad del o de los rehenes,⁴⁵ no se entiende bien esta precisión.⁴⁶

En segundo lugar, ningún tratado califica expresamente los delitos comprendidos como delitos comunes (más bien al contrario)⁴⁷ y, salvo contadas excepciones (los Convenios de Nueva York de 1997 y 1999),⁴⁸ no se descarta que una solicitud de

⁴² Para una visión crítica, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. «A propósito de la adhesión española (1985) a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas (contexto de un tratado internacional, reservas y objeciones, arreglo de controversias)». *REDI*, XXXVII 1986, pp. 9-32.

⁴³ Arts. 49/50/129/146.

⁴⁴ Art. 6 de los Convenios de La Haya y de Montreal y de las Convenciones de Nueva York de 1973 y 1979; art. 9 del Convenio de Viena; art. 15.1(a) del Convenio de Roma; art. 7 del Convenio de Nueva York de 1997; y art. 9.2 del Convenio de Nueva York de 1999.

⁴⁵ También CARRILLO SALCEDO, J.A. «Les aspects juridiques...», p. 24; LAMBERT, J.L. *Terrorism and Hostages in International Law*. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1990, pp. 111-116.

⁴⁶ También LABAYLE, H.: «Droit international et lutte contre le terrorisme». *AFDI*, XXXII, 1986, pp. 105-138 y, especialmente, pp. 123-124.

⁴⁷ Sólo se dice que, cuando el Estado está obligado a someter el caso a sus autoridades competentes a efectos del ejercicio de la acción penal, las autoridades judiciales deben tomar su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a «los delitos comunes de carácter grave» (art. 7 de los Convenios de La Haya y de Montreal; art. 8.1 de la Convención de Nueva York de 1979) o a «cualquier otro delito de naturaleza grave» (art. 10.2 del Convenio de Roma; art. 8.1 del Convenio de Nueva York de 1997; art. 10.1 del Convenio de Nueva York de 1999) de acuerdo con el derecho del Estado.

⁴⁸ Arts. 11 y 14, respectivamente. También, aunque solo entre los Estados miembros de la Unión Europea, los Convenios de Bruselas relativos al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea del 10 de marzo de 1995 (DO C 78 de 30.3.1995, p. 2) y a la extradición entre Estados miembros de la Unión Europea del 27 de septiembre de 1996 (DO C 313 de 13.10.1996, p. 12); y, tras el 11-S, la «euroorden» —Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo del 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18.7.2002, p. 1)—.

extradición y/o de asistencia judicial en materia penal pueda denegarse por la única razón de que la solicitud se refiere a un delito político. Sin excepción, dicha solicitud puede denegarse sobre la base de la «cláusula humanitaria» o «de persecución».⁴⁹

En tercer lugar, la formulación de la opción alternativa a la extradición (poner al delincuente o presunto delincuente a disposición de las autoridades competentes a efectos del ejercicio de la acción penal) es, sin duda, fruto de un laborioso compromiso entre los Estados, y su corrección gramatical y claridad son sacrificadas en aras de dicho compromiso. Más aún, la solución de compromiso que refleja la formulación de la obligación principal (o extraditar o enjuiciar) representa la victoria de los partidarios de la libertad de extradición y de la oportunidad en la apertura de diligencias penales sobre los partidarios de la obligación de extraditar o juzgar.

Estos tratados constituyen, en definitiva, el marco jurídico de conformidad con el cual debe analizarse el comportamiento de cada Estado, incluida la cooperación y la asistencia con otros Estados, a fin de prevenir y, sobre todo, reprimir los actos y actividades de terrorismo internacional. Como es lógico, el resultado de dicho análisis dependerá, en buena medida, de la recepción o incorporación por los Estados de sus obligaciones internacionales en el derecho interno. Puede ocurrir, y ocurre con frecuencia, en particular teniendo en cuenta que no existe una definición completa del delito de terrorismo en el derecho internacional (al menos en el derecho internacional convencional), que el tipo penal del delito de terrorismo eventualmente⁵⁰ tipificado por un Estado en su derecho penal interno no se ajuste a la definición de los actos comprendidos en esos tratados anti-terroristas o a los

191

⁴⁹ Es decir, cuando el Estado al que se presenta la solicitud «tiene motivos fundados para creer que la solicitud [...] se ha formulado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política, o que el cumplimiento de lo solicitado podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos» (arts. 12 y 15, respectivamente, de los Convenios de Nueva York de 1997 y 1999).

⁵⁰ Eventualmente, porque —al margen de los supuestos de incumplimiento del DI que supondrían la no incorporación de las obligaciones internacionales— los Estados no tienen por qué utilizar la misma denominación, ni incluso crear nuevos tipos penales que cubran los actos que se definen en los tratados anti-terroristas, sino únicamente reprimir y cooperar y asistir en la represión de esos actos bajo una u otra calificación. Muchos Estados no incluyen un «delito de terrorismo» en su derecho penal interno (entre los miembros de la Unión Europea, hasta la adopción de la Decisión marco del Consejo que incorpora una definición común, solo los derechos internos de seis miembros contemplaban un delito con tal denominación), y eso no significa necesariamente el incumplimiento del DI si pueden reprimir y cooperar y asistir en la represión de esos actos.

parámetros de tal definición que puedan formar parte del derecho internacional general.

De aquí pueden derivarse al menos dos supuestos de hecho:

- i) De un lado, que un Estado parte no esté capacitado para enjuiciar a una persona presuntamente responsable de un acto definido en un tratado o en el derecho internacional general porque dicho acto no tenga encaje en ningún tipo penal interno. Esa falta de encaje ya es, en sí misma, un hecho ilícito internacional, hecho ilícito agravado si, a la incapacidad del Estado para enjuiciar, se añade su incapacidad para proceder a la extradición (por ejemplo, por el juego de la doble incriminación).
- ii) De otro, que un Estado se proponga enjuiciar o enjuicie a una persona bajo el cargo de un «delito de terrorismo» cuyo tipo penal interno incluya actos no comprendidos en los tratados anti-terroristas o en el derecho internacional general. En principio, dicho enjuiciamiento no sería contrario al derecho internacional (en el entendido de que se respete el derecho a un juicio justo); pero no es menos cierto que los otros Estados no estarían obligados a cooperar con ese Estado o a asistirlo al efecto de tal enjuiciamiento. Por otra parte, el enjuiciamiento no sería exigible al Estado como forma de aplicación o de cumplimiento con el derecho internacional.

192

La prohibición de los actos de terrorismo en los conflictos armados no escapa a estas afirmaciones: el derecho internacional humanitario obliga a los Estados a reprimir las infracciones y las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional I, y prevé expresamente la obligación de sancionar penalmente a las personas responsables de las infracciones graves y de prestar asistencia judicial a tal efecto.⁵¹ Más allá del régimen jurídico aplicable a estas infracciones y de los límites que el derecho internacional humanitario impone al derecho penal de los Estados,⁵² el derecho penal interno mantiene su vigencia

⁵¹ Arts. 49 a 54/50 a 53/129 a 132/146 a 149 de los Convenios de Ginebra de 1949; y arts. 85 a 91 del Protocolo adicional I.

⁵² Por ejemplo, nadie puede ser molestado o condenado por prestar asistencia humanitaria a heridos y enfermos (el art. 3 común a los Convenios de 1949 obliga a las Partes en conflicto a recoger y asistir a los heridos y enfermos, y el límite al derecho penal es particularmente claro en el art. 18 del I Convenio de Ginebra de 1949) y quienes están llamadas a prestar dicha asistencia deben ser respetados y protegidos; no se autoriza persecución o sanción alguna a los prisioneros de guerra contraria a las disposiciones del capítulo III de la sección VI del III

autónoma (hecho que es más claro, si cabe, en los conflictos armados internos comprendidos en el Protocolo II, pues este protocolo salvaguarda expresamente la responsabilidad que incumbe al gobierno del Estado «de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos»,⁵³ debiendo interpretarse que entre esos «medios legítimos» está incluido el derecho penal). Sin embargo, ningún Estado puede exigir a otro Estado sobre la base del derecho internacional humanitario que enjuicie a una persona o que le asista para el enjuiciamiento de una persona por un delito tipificado como tal exclusivamente conforme al derecho penal interno de aquel Estado; menos aún si ese derecho penal interno excede lo permitido en el derecho internacional humanitario. Es importante subrayar esto por el evidente riesgo de utilizar el «delito de terrorismo» para criminalizar la disidencia política o, precisamente, para sobrepasar los límites que el derecho internacional humanitario impone al derecho penal de los Estados.

3. El palo: las sanciones y el recurso a la fuerza

El contrapunto a la flexibilidad y ambigüedad normativas de los tratados anti-terroristas y de las obligaciones análogas que pueden tener acogida en el derecho internacional general ha sido la apertura del abanico de las «respuestas» al terrorismo internacional concretada en la adopción de medidas con un marcado rigor coercitivo: por un lado, se ha utilizado el arsenal de medidas que no implican el recurso a la fuerza a disposición del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (1); y, por el otro, se ha recurrido, con frecuencia, a la fuerza en las relaciones internacionales en nombre de la lucha contra el terrorismo internacional (2).

193

Tras el 11-S se ha acentuado esta tendencia. La decisión del Consejo de Seguridad de «combatir por todos los medios las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo»⁵⁴ y la invocación del capítulo VII de la Carta,⁵⁵ incluso el reconocimiento del derecho a la legítima defensa,⁵⁶

Convenio de Ginebra de 1949 (arts. 82 a 108); hay disposiciones específicas respecto a la legislación penal en un territorio ocupado (arts. 64 a 70 del III Convenio de Ginebra de 1949) o de las infracciones cometidas por los internados (arts. 117 a 126 del III Convenio de Ginebra de 1949); etc.

⁵³ Art. 3.1.

⁵⁴ Resolución 1368 (2001) del 12 de septiembre.

⁵⁵ Resolución 1373 (2001) del 28 de septiembre.

⁵⁶ Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001).

podieron sugerir que la ONU estaba dispuesta «a jugar un papel decisivo en la gestión de la crisis» surgida inmediatamente después del 11-S.⁵⁷ Y, ciertamente, la Resolución 1368 del Consejo expresó su disposición «a tomar todas las medidas que sean necesarias para responder a los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 y para combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas». No obstante, tal vez podría matizarse esa interpretación: más bien, el Consejo ejerce un poder excesivo en la Resolución 1373 (2001) y, al mismo tiempo, hace dejación de funciones en relación con el recurso a la fuerza en Afganistán. La posterior intervención militar en Iraq es harina de otro costal.

3.1. Las «sanciones» a la amenaza terrorista a la paz y la seguridad internacionales

La tendencia del Consejo de Seguridad a la ampliación del concepto de «amenaza a la paz» —que trae consigo una tensión entre su fundamento jurídico y la discrecionalidad política del Consejo—⁵⁸ ha tenido una de sus principales concreciones en la identificación del terrorismo internacional como una de esas amenazas a la paz (1.1) y ha habilitado al Consejo para la adopción de «sanciones» en virtud del capítulo VII de la Carta, es decir, de las medidas previstas en el artículo 41 de la Carta. Pero, ¿permite el artículo 41 que el Consejo se erija en un «poder legislativo» mundial para la lucha contra el terrorismo? (1.2).

194

3.1.1. Terrorismo y amenaza a la paz

Los actos y actividades terroristas son hechos ilícitos contra la comunidad internacional en su conjunto y frente a los que es necesaria una respuesta política y jurídica de la comunidad internacional institucionalizada.⁵⁹ Así lo consideró el

⁵⁷ DUPUY, P.M. «The Law after the Destruction of the Towers», en: <www.ejil.org/forum_WTC>.

⁵⁸ ABELLÁN HONRUBIA, V. «La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad: fundamento jurídico y discrecionalidad política», en: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Libro Homenaje al Profesor Díez de Velasco*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 3-18.

⁵⁹ CARRILLO SALCEDO, J.A. «Naciones Unidas y la prevención y represión de actividades terroristas». *Butlletí de l'Associació per a les Nacions Unides a Espanya*, tercer época, n.º 31, junio de 1992, pp. 16-18.

Consejo en 1992,⁶⁰ diez días después de determinar, por primera vez, que los actos terroristas «pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales»,⁶¹ una determinación respaldada por la Asamblea General.⁶²

En diversas ocasiones, el Consejo de Seguridad⁶³ ha condenado todos los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional⁶⁴ y las tomas de rehenes;⁶⁵ ha instado a la cooperación para la prevención y represión de esos actos de terrorismo, y al cumplimiento de las obligaciones internacionales;⁶⁶ y ha hecho llamamientos a los Estados para que consideren la posibilidad de pasar a ser parte en los tratados relativos al terrorismo.⁶⁷ Posteriormente, la Resolución 1269 (1999) del 19 de octubre de 1999 subsume todos estos planteamientos respecto a los actos terroristas en general.

Asimismo, tras la destrucción del vuelo 103 de Pan Am —relacionada con la destrucción del vuelo 772 de UTA («caso Lockerbie»)—,⁶⁸ de la tentativa de

⁶⁰ Declaración hecha pública con motivo de la primera reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de los miembros del Consejo de Seguridad (Nueva York, 31 de enero de 1992) para examinar «La responsabilidad del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales».

⁶¹ Resolución 731 (1992) del 21 de enero.

⁶² Por ejemplo, Declaración sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional (Resolución 49/60) y Declaración con Motivo del Cincuentenario de las Naciones Unidas (Resolución 50/6 del 24 de octubre de 1995).

⁶³ También el Presidente del Consejo ha hecho pública en multitud de ocasiones una declaración en este sentido en nombre de los miembros del Consejo.

⁶⁴ Resoluciones 282 (1968) del 31 de diciembre, 286 (1970) del 9 de septiembre y 635 (1989) del 14 de junio.

⁶⁵ Resoluciones 579 (1985) del 18 de diciembre y 618 (1988) del 29 de julio; y, tras el examen del tema titulado «La cuestión de la toma de rehenes y el secuestro», Resolución 638 (1989) del 31 de julio.

⁶⁶ Por ejemplo, las Resoluciones 579 (1985), 618 (1988) y 638 (1989), en las que el Consejo pide (o exige) la liberación inmediata de todos los rehenes y personas secuestradas y afirma las obligaciones del Estado territorial. La Resolución 618 (1988) trata el secuestro del teniente coronel W. R. Higgins, observador militar de la ONU para la vigilancia de la tregua, que prestaba servicios en la Fuerza Provisional de las Naciones Unidas en el Líbano. En la Resolución 1267 (1999), el Consejo recuerda «la obligación de las partes en [los convenios pertinentes] de extraditar o enjuiciar a los terroristas».

⁶⁷ Por ejemplo, las Resoluciones 579 (1985) y 638 (1989); asimismo, las resoluciones 1373 (2001) y 1377 (2001).

⁶⁸ Resoluciones 748 (1992) del 31 de marzo, 883 (1993) del 11 de noviembre y 1192 (1998) del 27 de agosto.

asesinato del presidente egipcio H. Mubarak en Addis Abeba (Etiopía)⁶⁹ y de los atentados contra las misiones diplomáticas de EE.UU. en Nairobi y Dar es Salam,⁷⁰ el Consejo había mostrado su convencimiento de que la eliminación de los actos de terrorismo internacional es indispensable para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y determinó que el hecho de que Libia, Sudán y los talibanes incumplieran sus decisiones relativas a la prevención y represión de actos de terrorismo internacional⁷¹ constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

Con carácter general, la Resolución 1269 (1999) del Consejo abordó la cuestión del terrorismo internacional y, además de referir a los Estados la adopción de medidas concretas, expresó su disposición a «adoptar las medidas necesarias, de conformidad con la responsabilidad que le incumbe en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, para hacer frente a las amenazas terroristas contra la paz y la seguridad internacionales». Por tanto, no puede extrañar que, tras los actos terroristas del 11-S, el Consejo afirmara que «esos actos, al igual que cualquier

⁶⁹ Resoluciones 1044 (1996) del 31 de enero, 1054 (1996) del 26 de abril y 1070 (1996) del 16 de agosto.

⁷⁰ Resoluciones 1189 (1998) del 13 de agosto, 1193 (1998) del 28 de agosto, 1214 (1998) del 8 de diciembre, 1267 (1999) del 15 de octubre, 1333 (2000) del 19 de diciembre y 1363 (2001) del 30 de julio.

⁷¹ Por ejemplo: (a) que Libia no demostrara mediante acciones concretas su renuncia al terrorismo, que no cooperara plenamente en la determinación de la responsabilidad por el acto terrorista contra el vuelo 772 de UTA y que no entregara a los funcionarios del gobierno libio involucrados por los resultados de las investigaciones sobre el acto terrorista contra el vuelo 103 de Pan Am —Resolución 748 (1992)—; (b) que Sudán no cumpliera los requerimientos de la OUA en orden a la extradición de los tres sospechosos de llevar a cabo la tentativa de asesinato del presidente Mubarak y que no desistiera en su implicación en actos y actividades terroristas —Resolución 1054 (1996)—; o (c) que los talibanes no se abstuvieran de dar santuario y adiestrar a terroristas internacionales y sus organizaciones, y que todas las facciones afganas no cooperasen con los esfuerzos para enjuiciar a los inculpados de actos de terrorismo —Resolución 1267 (1999)—. A los talibanes les exige también que «se abstengan de dar santuario y adiestrar a terroristas internacionales y sus organizaciones, y que [...] cooperen con los esfuerzos para enjuiciar a los inculpados de actos de terrorismo» —Resolución 1214 (1998)— y, en virtud del Capítulo VII, que «deje[n] de proporcionar refugio y adiestramiento a los terroristas internacionales y a sus organizaciones, tome[n] medidas eficaces y apropiadas para que el territorio que controla[n] no albergue instalaciones y campamentos de terroristas, ni sirva para la preparación u organización de actos terroristas contra otros Estados o sus ciudadanos, y colabore[n] en los esfuerzos encaminados a someter a la justicia a las personas acusadas de delitos de terrorismo» —Resolución 1267 (1999)—.

acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales»,⁷² e hiciera otras alusiones análogas.⁷³

3.1.2. ¿De la aplicación de sanciones a un «poder legislativo» para la lucha contra el terrorismo internacional?

En su contribución a la lucha contra el terrorismo, el Consejo se ha situado también en el capítulo VII e, inclusive, ha decidido medidas de las previstas en el artículo 41: no solo respecto a Libia, Sudán o los talibanes⁷⁴ sino, también, respecto a Irak (con ocasión de su agresión a Kuwait)⁷⁵ o de las partes enfrentadas en Kosovo.⁷⁶ No obstante, las medidas previstas en el artículo 41 de la Carta se emplea(ron) respecto a Libia, Sudán y los talibanes (y Osama bin Laden y las personas y entidades con él asociados, incluida la organización Al-Qaeda)⁷⁷ para hacer efectivas esencialmente (pero no sólo) la decisión del Consejo de que se entregaran a (presuntos) terroristas, entre ellos Osama bin Laden.⁷⁸ Mucho se discutió ya sobre la conformidad con el

⁷² Resoluciones 1368 (2001) del 12 de septiembre y 1373 (2001) del 28 de septiembre.

⁷³ Se refirió a «las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo» y a que la conexión estrecha entre el terrorismo internacional y la delincuencia transnacional organizada, las drogas ilícitas, el blanqueo de dinero, el tráfico ilícito de armas y la circulación ilícita de materiales nucleares, químicos, biológicos y otros materiales potencialmente letales es un «reto y amenaza graves a la seguridad internacional» —Resolución 1373 (2001)—. En la Declaración sobre los Esfuerzos Mundiales para Combatir el Terrorismo, aprobada por el Consejo reunido a nivel ministerial —Resolución 1377 (2001) del 12 de noviembre, anexo—, afirmó que los actos de terrorismo internacional «constituyen una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales en el siglo XXI» y un «desafío para todos los Estados y para toda la humanidad».

⁷⁴ Resoluciones 748 (1992), 883 (1993) y 1192 (1998); Resoluciones 1054 (1996) y 1070 (1996); Resoluciones 1267 (1999), 1333 (2000) y 1363 (2001); y Resoluciones 1388 (2002) del 15 de enero y 1390 (2002) del 16 enero, respectivamente.

⁷⁵ En particular, la Resolución 687 (1991) del 2 de abril.

⁷⁶ Desde la Resolución 1160 (1998) del 31 de marzo.

⁷⁷ Resolución 1333 (2000); asimismo, la Resolución 1390 (2002).

⁷⁸ En particular, las decisiones para cuya efectividad el Consejo decidió el empleo de dichas medidas fueron, respectivamente: (a) que Libia renunciara al terrorismo, que cooperara plenamente en la determinación de la responsabilidad por el acto terrorista contra el vuelo 772 de UTA y que entregara a los funcionarios del gobierno libio involucrados por los resultados de las investigaciones sobre el acto terrorista contra el vuelo 103 de Pan Am —Resolución 748 (1992)—; (b) que Sudán cumpliera los requerimientos de la OUA en orden a la extradición de los tres sospechosos de llevar a cabo la tentativa de asesinato del presidente Mubarak y desistiera en su implicación en actos y actividades terroristas —Resolución 1054 (1996)—; y (c) que los talibanes entregaran sin más demora a Usama bin Laden a las autoridades competentes de un país donde haya sido objeto de un auto de acusación (en realidad los EEUU) o a las

derecho internacional de estas decisiones del Consejo, en particular la entrega de los agentes del gobierno libio presuntamente involucrados en el acto terrorista contra el vuelo 130 de Pan Am (una decisión que parecería contraria a la Convención de 1971).⁷⁹

Tras el 11-S, las Resoluciones 1368, 1373 y 1377 del Consejo reiteraron buena parte de los llamamientos hechos con anterioridad;⁸⁰ pero el Consejo no se ha conformado con esto. La Resolución 1373 (2001) establece la necesidad de que los Estados «complementen la cooperación internacional adoptando otras medidas» para prevenir y reprimir la financiación y preparación de los actos de terrorismo en general; y, en la práctica, decide, en virtud del capítulo VII, que un tratado internacional (el Convenio de Nueva York de 1999, cuando no otros tratados pertinentes relativos al terrorismo, e, inclusive, el inconcluso proyecto de

autoridades competentes de un país a donde haya de ser devuelto o a las autoridades competentes de un país donde sea detenido y enjuiciado —Resolución 1267 (1999)—.

198

⁷⁹ En el momento de la decisión sobre las medidas previstas en el art. 41, además, la CIJ estaba ya conociendo de las demandas presentadas por Libia contra los EE.UU. y el Reino Unido. Entre nosotros, véase SÁENZ de SANTA MARÍA, Andrés. «De maximis non curat praetor...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie». *REDI*, XLIV 1992, pp. 327-349; y ORIHUELA CALATAYUD, E. «La actuación del C.S. de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de “incontrolable” abuso de poder», *ibid.*, pp. 395-415.

⁸⁰ En la Resolución 1368 (2001), el Consejo, entre otras consideraciones: (i) reafirma los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas; (ii) insta a todos los Estados a que colaboren con urgencia para someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores, y subraya que los cómplices de los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos y los responsables de darles apoyo o asilo tendrán que rendir cuenta de sus hechos (un pronunciamiento análogo lo encontramos en la Resolución 56/1 de la Asamblea General del 12 de septiembre y tal vez no sería en vano interpretar que la referencia a la «acción de la justicia» no tenía nada que ver con una pretendida «Justicia Infinita» y que la «rendición de cuentas» no debe confundirse con el «ajuste de cuentas»); y (iii) exhorta a la comunidad internacional —en una fórmula similar incluida en la Resolución 1373 (2001) se refiere «a los Estados»— a que redoble sus esfuerzos por prevenir y reprimir los actos de terrorismo, entre otras cosas cooperando más y cumpliendo plenamente los convenios internacionales contra el terrorismo que sean pertinentes y las resoluciones del Consejo de Seguridad, en particular la Resolución 1269 (1999) del 19 de octubre de 1999.

En la Resolución 1373 (2001), como hiciera en la Resoluciones 748 (1992) y 1189 (1998), reafirma igualmente la obligación general de prevención del terrorismo recogida en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General y, en la Resolución 1377 (2001), reafirma su condena de todos los actos terroristas y formula, en ambas resoluciones, un llamamiento a los Estados para que consideren la posibilidad de pasar a ser partes en los tratados relativos al terrorismo.

convención general sobre el terrorismo internacional) es obligatorio para todos los Estados.⁸¹

En el pasado, el Consejo había llegado a instar desarrollos normativos⁸² e, inclusive, la elaboración o adopción de un tratado.⁸³ Tras el 11-S, el Consejo se habría arrogado el poder para la elaboración de una auténtica «legislación» (aunque derivada) sin limitar sus decisiones a un Estado y unas circunstancias concretas sino, por el contrario, con la ambición de generalidad propia de los tratados normativos y de los principios y normas generales, aunque ignorando la voluntad de la generalidad de los Estados (en principio la de todos, salvo la de los miembros del Consejo).⁸⁴ Parece que el Consejo no está simplemente buscando la aplicación del derecho internacional, pues los propósitos y principios de la Carta o la obligación general de prevenir (y, en su caso, de reprimir) el terrorismo internacional⁸⁵ son fundamento insuficiente para considerar que (todas) las «medidas normativas» contenidas en la Resolución 1373 (2001) serían parte del derecho internacional general en vigor y al margen de dicha resolución.⁸⁶ No

⁸¹ Por otra parte, esa resolución incluye la exhortación del Consejo a todos los Estados a «[a]dherirse tan pronto como sea posible a los convenios y protocolos pertinentes relativos al terrorismo, inclusive el Convenio [de 1999]» y «[f]omentar la cooperación y aplicar plenamente los convenios y protocolos internacionales pertinentes relativos al terrorismo, así como las resoluciones del Consejo de Seguridad 1269 (1999) y 1368 (2001)». Es lógico pensar que los Estados no están obligados a adherirse a esos tratados (ni siquiera «tan pronto como sea posible»), pero bien pudiera interpretarse que el reenvío a las Resoluciones 1269 (1999) y 1368 (2001) persigue que su cumplimiento sea, ahora, obligatorio en virtud del capítulo VII de la Carta.

⁸² En las Resoluciones 579 (1985) del 18 de diciembre y 638 (1989) del 31 de julio, el Consejo insta «a que se desarrolle aún más la cooperación internacional entre los Estados para la formulación y adopción de medidas eficaces que se ajusten a las normas del derecho internacional a fin de facilitar la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de todos los actos de toma de rehenes y de secuestro como manifestaciones de terrorismo (internacional)».

⁸³ Por ejemplo, tras el examen del tema titulado «Colocación de marcas en los explosivos plásticos o en láminas, a efectos de su detección», en la Resolución 635 (1989) del 14 de junio, el Consejo insta a la OACI a intensificar su labor encaminada a la elaboración del que, posteriormente, sería el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección del 1º de mayo de 1991. En la Resolución 1269 (1999), el Consejo alienta también «a que se aprueben con rapidez las convenciones pendientes».

⁸⁴ En general, véase ARANGIO-RUIZ, G. «On the Security Council's "Law-Making"». *RDI*, 83 (2000), pp. 609-725. La Resolución 1269 (1999) tiene esos mismos caracteres, salvo que, al no situarse el Consejo en el Capítulo VII, no crea obligaciones en sí misma, aunque posiblemente sí en virtud del reenvío que a ella hace la Resolución 1373 (2001).

⁸⁵ Invocados en la (posterior) Resolución 1377 (2001).

⁸⁶ Por lo demás, como en otras ocasiones (en la Resolución 1333 se creó también un «mecanismo de vigilancia» de las sanciones impuestas a los talibanes), de conformidad con

parece que ese sea un poder otorgado al Consejo en 1945 para el desempeño de las funciones que le impone la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales, labor en la que los miembros de la ONU reconocen que el Consejo «actúa en nombre de ellos» (art. 24.1 de la Carta). Sin embargo, ¿estaba el Consejo desvirtuando el interés de la comunidad internacional en su conjunto?. Los Estados parecen haber aceptado generalmente esa «nueva» función que le impone aquella responsabilidad.

3.2. El uso de la fuerza en nombre de la lucha contra el terrorismo internacional

200 Con frecuencia, el viejo argumento del recurso unilateral a la fuerza en las relaciones internacionales ha sido invocado por los Estados en nombre de la lucha contra el terrorismo internacional (en particular, EE.UU., Israel y Sudáfrica), las más de las veces bajo la pretendida cobertura jurídica de la legítima defensa (frente a la llamada «agresión indirecta»)⁸⁷ A pesar de que el Consejo de Seguridad sólo excepcionalmente ha condenado tal recurso a la fuerza —hecho que no es extraño en atención a los Estados concernidos—, la apelación de la legítima defensa apenas ocultaba que, en realidad, se trataba de represalias armadas, prohibidas por el derecho internacional contemporáneo.⁸⁸ Tras el 11-S, el recurso a la fuerza se ha presentado (una vez más) como inevitable; pero, a diferencia de invocaciones anteriores, en un primer momento los Estados aceptaron generalmente la necesidad del recurso a la fuerza, si bien no se sabía muy bien dónde o contra quién (luego resultó ser en Afganistán y contra el régimen

el artículo 28 de su reglamento provisional, el Consejo decide establecer, en la Resolución 1373 (2001), un comité integrado por todos los miembros del Consejo, con la asistencia de los expertos que se consideren apropiados. Dicho «Comité contra el Terrorismo» tiene el mandato de «verificar la aplicación de la [...] Resolución —1373 (2001)—» y recibe la información que deben transmitir los Estados conforme al calendario establecido. La Resolución 1377 (2001) del 12 de noviembre refiere a ese Comité contra el Terrorismo la asistencia que puedan necesitar los Estados para aplicar las medidas previstas en la Resolución 1373 (2001).

⁸⁷ Por ejemplo, el bombardeo de los EE.UU. a Afganistán y Sudán tras los atentados de 8 de agosto de 1998 —Carta del representante permanente de los EE.UU. ante la ONU del 20 de agosto de 1998 (S/1998/780)—.

⁸⁸ Tan sólo con ocasión del bombardeo por Israel de las oficinas de la OLP en Túnez el 1º de octubre de 1985, el Consejo de Seguridad condenó el «acto de agresión armada» de Israel —Resolución 573 (1985) del 4 de octubre, aprobada por el Consejo con la abstención de los EE.UU.—. Sobre la evolución de la legítima defensa desde 1945 hasta nuestros días, véase MÁRQUEZ CARRASCO, M.^a del C. *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 96-168.

talibán y la organización Al-Qaeda). El debate (reducido más bien al ámbito doctrinal) se centró en la alternativa entre la acción institucional, de un lado, y la legítima defensa (2.1), de otro. Después, el debate (sobre todo entre los Estados) se ha centrado en si era necesario o no el recurso a la fuerza (en Iraq) (2.2).

3.2.1. Legítima defensa frente a recurso institucional a la fuerza: la guerra en Afganistán

La implicación de un Estado en actos y actividades de terrorismo internacional puede suponer un recurso a la amenaza o al uso de la fuerza, aun cuando los actos y actividades terroristas en sí no puedan atribuirse al Estado.⁸⁹ Sin embargo, es (era) difícil equiparar dicha implicación a un ataque armado, esencialmente por un defecto de gravedad,⁹⁰ de un lado, y por la dificultad de atribuir a los actos y actividades terroristas a un Estado, asumiendo que un ataque armado requiere la presencia al menos de un Estado agresor y de otro Estado agredido (siquiera sea indirectamente),⁹¹ de otro.

La dificultad de la calificación de los actos terroristas del 11-S como ataque armado⁹² se situaría, más bien, en este último ámbito. El presidente Bush los calificó inmediatamente como «actos de guerra» y consideró que los EE.UU. estaban en «guerra» (aunque no hubo ni ha habido declaración formal del estado de guerra). Entonces, cuando el mundo estaba a la espera de la reacción armada

⁸⁹ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.

⁹⁰ En este sentido, la tesis de la «sucesión o acumulación de actos» —que encuentra un terreno particularmente abonado para su aplicación a la respuesta al terrorismo internacional— adquiere significado en orden a satisfacer esa exigencia de gravedad del ataque armado. Esta tesis suscita serias dificultades, en la medida en que complica particularmente el análisis del factor temporal del ataque armado (al concebirlo como un hecho compuesto) y de la legítima defensa (oscureciendo la distinción entre la legítima defensa, la legítima defensa preventiva o anticipada y las represalias armadas).

⁹¹ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1974. Por eso, quizás, los actos terroristas no se concibieron como un ataque armado en el «Concepto Estratégico de la Alianza» que el Consejo del Atlántico Norte adoptó el 24 de abril de 1999, en el que los actos terroristas se consideraron entre los «otros riesgos» para la seguridad de los intereses de la Alianza.

⁹² En la doctrina ha habido pronunciamientos dispares: por ejemplo, mientras que para unos no estaríamos ante una agresión (PELLET, A. «No, This is not War!», en: <www.ejil.org/forum_WTC>), para otros estaríamos ante un ataque armado o un «proceso de ataques armados» (PAUST, J.J. «Addendum: War and Responses to Terrorism», septiembre del 2001, en: <www.asil.org/insights/insight77.htm>).

de los EEUU.,⁹³ el Consejo de Seguridad, por primera vez en el contexto de la lucha contra el terrorismo (no obstante la recurrente apelación en la práctica de ciertos Estados), reconoció «el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas» en sus Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001).⁹⁴ A diferencia de lo que ocurrió tras la invasión de Kuwait por Iraq,⁹⁵ el Consejo no habló de «ataque armado» (sí de «ataques» terroristas) y no identificó a los Estados interesados. Este hecho puede interpretarse en el sentido de que el Consejo no avaló entonces (hablar de la «autorización» de la legítima defensa por el Consejo nos introduciría en otro debate)⁹⁶ que se hubiera recurrido a la legítima defensa en la fecha de la adopción de las resoluciones, aun cuando el Consejo sí habría admitido la invocación de la legítima defensa (tras la invasión de Kuwait tampoco determinó la existencia de un acto de agresión) si, posteriormente a las circunstancias de hecho y de derecho, se hubiera desprendido la existencia de las condiciones estipuladas en la Carta, en particular la atribución de los actos terroristas a un Estado.⁹⁷

202

⁹³ Parangonando el titular de primera página del diario *El País* del 12 de septiembre de 2001: «El mundo en vilo a la espera de las represalias de Bush» (precedido del titular «EE.UU. sufre el peor ataque de su historia»), no era necesario leer más allá para pensar en las represalias armadas).

⁹⁴ El Consejo de Seguridad no había pasado anteriormente de apelar al derecho de los Estados a proteger a sus nacionales —Resoluciones 731 (1992) y 748 (1992)—.

⁹⁵ En las Resoluciones 660 (1990) y 661 (1990), el Consejo afirmó «el derecho inherente de legítima defensa, individual o colectiva, en respuesta al ataque armado de Iraq contra Kuwait, de conformidad con el artículo 51 de la Carta».

⁹⁶ Es obvio que el recurso a la legítima defensa no necesita tal autorización en virtud del art. 51 de la Carta y del DI general. Dicha «autorización» aportaría una legitimidad adicional o nos llevaría, en efecto, al debate —ya suscitado en el contexto de las intervenciones en Corea y en el conflicto del Golfo Pérsico— de si, transcurrido el momento en el que un Estado puede recurrir a la legítima defensa, el Consejo podría «reintroducir» el ejercicio de tal derecho como una de las «medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales» a las que se refiere el art. 51 de la Carta. Véase, por ejemplo, SAHN, C. «Security Council Resolutions 1368 (2001) y 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say», en: <http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-sahn.html>.

⁹⁷ En este sentido, PELLET, que añadía que no era la primera vez que el Consejo reconocía el derecho de legítima defensa sin determinar expresamente la existencia de un acto de agresión, pues, por ejemplo, tras la agresión de Iraq a Kuwait determinó la existencia de un «quebrantamiento de la paz» y, en las Resoluciones 660 (1990), 661 (1990) y 674 (1990), reconoció el derecho de Kuwait y los Estados que cooperaban con Kuwait a la legítima defensa («No, This is not War!», en: <http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-pellet.html>). En el mismo sentido, KIRGIS, F.L. («Addendum: Security Council Adopts Resolution on Combating International Terrorism», 1º de octubre del 2001, en: <<http://www.asil.org/insights/insight77.htm>>) o SAHN, C., para quien el Consejo «no excluy[ó] categóricamente esa

Con buena voluntad, se interpretó que esta falta de conexión entre los actos terroristas y un Estado en particular (presente también en el posicionamiento de la OTAN el 12 de septiembre)⁹⁸ no significaba necesariamente que las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) constituyeran una práctica relevante en orden a la ampliación de la legítima defensa mediante la inclusión en el concepto de ataque armado de actos que no son atribuibles a un Estado.⁹⁹ En función de los criterios admitidos por el derecho internacional para la atribución de comportamientos a un Estado,¹⁰⁰ las circunstancias de hecho podrían mostrar, en efecto, que la calificación de los actos terroristas del 11-S como ataque armado no necesariamente traería consigo que el ataque armado pudiera consistir en actos que no son atribuibles a un Estado. No obstante, el Consejo no formuló una determinación más precisa antes del 7 de octubre¹⁰¹ y, en cualquier caso, olvidó que la legítima defensa tiene que ser «inmediata».¹⁰²

Lo cierto es que la propia mención del Consejo a la legítima defensa comprometió la posibilidad del recurso institucional a la fuerza (si el recurso a la fuerza era realmente necesario). Desde luego, sería vano buscar una autorización del recurso institucional a la fuerza en las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001).¹⁰³ El

posibilidad» («Security Council Resolutions 1368 (2001) y 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say», en: <http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-sahn.html>). El precedente de la Resolución 573 (1985) del Consejo llevó a interpretaciones dispares de las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001): mientras para FOX el Consejo no avaló el recurso a la legítima defensa («Addendum to ASIL Insight on Terrorist Attacks», septiembre del 2001, en: <<http://www.asil.org/insights/insight77.htm>>), para MAHMOUDI, S., para bien o para mal, el Consejo aceptó el argumento de la legítima defensa, impresión reforzada por la mención que hizo a la «amenaza a la paz» y a la adopción de «todas las medidas necesarias para responder a los ataques terroristas de 11 de septiembre de 2001» («Comment on Fox Addendum», 24 de septiembre del 2001, en: <<http://www.asil.org/insights/insight77.htm>>).

⁹⁸ Por primera vez, los miembros invocaron el art. 5 del Tratado de Washington de 1949. Comunicado de prensa 124 (2001), de 12 de septiembre, en: <www.nato.int>.

⁹⁹ GAJA, G. «In What Sense was There an “Armed Attack”», en: <www.ejil.org/forum_WTC>.

¹⁰⁰ Arts. 4 a 11 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la CDI en su 53º período de sesiones —DOAG, 56º período de sesiones. *Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pp. 68 y ss.—.

¹⁰¹ Por el contrario, en el discurso pronunciado tras el inicio de los bombardeos sobre Afganistán (7 de octubre de 2001), el presidente Bush dijo que el recurso a la fuerza estaba justificado, y era necesario, en la medida en que «los talibanes no habían accedido a los requerimientos de los EE.UU.».

¹⁰² A no ser que se admitiera la tesis del ataque armado como «acumulación o sucesión de actos».

¹⁰³ El empleo de la expresión «todas las medidas necesarias» en las Resoluciones 1368 y 1373 —también en la Resolución 1269 (1999), el Consejo expresa que está dispuesto a adoptar «las

Consejo aceptó la otra estrategia planteada por los EE.UU. (la legítima defensa cuyo ejercicio no requiere autorización alguna del Consejo y puede llevarse a cabo «hasta tanto»)¹⁰⁴ y se situó, de este modo, entre el deseo de tomar la situación en sus manos y la resignación hacia la inclinación de los EE.UU. (y de la OTAN) por la acción unilateral (o, al menos, por dejar intacta sus posibilidades de recurrir unilateralmente a la fuerza).¹⁰⁵ Esta estrategia no ignoraba que la legítima defensa está más condicionada por el derecho internacional que la acción institucional, pero se aprovechaba de que, en la práctica, la legítima defensa resultaría ser un fin en sí misma y permitiría mayor independencia operativa (o descontrol), en particular teniendo en cuenta que la suspensión por el Consejo (del ejercicio) del derecho a la legítima defensa (en el entendido de que esa suspensión está prevista en el art. 51)¹⁰⁶ habría exigido, cuando menos, la abstención de los EE.UU. y el Reino Unido.

204

medidas necesarias, de conformidad con la responsabilidad que le incumbe en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, para hacer frente a las amenazas terroristas contra la paz y la seguridad internacionales»— podría recordar a la expresión utilizada en otras ocasiones para autorizar el recurso institucional a la fuerza —en las Resoluciones 678 (1990) del 29 de noviembre y 816 (1993) del 31 de marzo, se empleó la expresión «todos los medios necesarios». También la Resolución 837 (1993) del 6 de junio autoriza al Secretario General de la ONU a «adoptar todas las medidas necesarias contra los responsables de los ataques armados»—. Pero, ahora, la adopción de dichas medidas se predica del Consejo, no de los Estados. KIRGIS, F.L. «Addendum: Security Council Adopts Resolution on Combating International Terrorism», 1º de octubre del 2001, en: <<http://www.asil.org/insights/insight77.htm>>. En verdad, aunque es cierto que la expresión «todos los medios necesarios» no es imprescindible para que el Consejo de Seguridad autorice el recurso a la fuerza, pues el Consejo puede utilizar los términos que considere más apropiados, sería vano buscar una tal autorización en las Resoluciones 1368 y 1373 del Consejo. No obstante, PAUST encuentra elementos de esa autorización en la Resolución 1373 («Comment: Security Council Authorization to Combat Terrorism in Afghanistan», 23 de octubre del 2001, en: <<http://www.asil.org/insights/insight77.htm>>), interpretación acertadamente contestada por SAHN, C. «Security Council Resolutions 1368 (2001) y 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say», en: <http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-sahn.html>.

¹⁰⁴ La carta dirigida el 7 de octubre al presidente del Consejo de Seguridad por el representante permanente de los EE.UU. ante la ONU, en la que no se solicita la adopción de medida alguna por parte del Consejo, avala esta interpretación (S/2001/946). También la declaración del presidente del Consejo sobre las amenazas terroristas, de 8 de octubre de 2001, en: <www.un.org/News/Press/docs/2001/afg152.doc.html>. En el mismo sentido, CASSESE, A. «Terrorism in also Disrupting...», p. 996 y NARAYAN SINHA, S. «Addendum», 16 de noviembre del 2001, en: <<http://www.asil.org/insights/insight77.htm>>.

¹⁰⁵ CASSESE, A.: «Terrorism is Also Disrupting... », p. 996.

¹⁰⁶ La razón de la existencia (o persistencia) de la legítima defensa en la Carta no es otra que permitir una reacción inmediata. Junto a la dimensión material, esto es, referida a las «medidas necesarias», la expresión «hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias [...]» tiene una dimensión temporal (la provisionalidad de la legítima defensa).

Dado que la prohibición del recurso unilateral a la fuerza y el funcionamiento del Consejo de Seguridad están pensados para «asegurar» que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común,¹⁰⁷ es una «cuestión de principio»¹⁰⁸ dar prioridad, no cronológica pero sí lógica, a la acción institucional en detrimento de la legítima defensa. Por eso, la invocación de la legítima defensa para justificar la intervención militar anglo-norteamericana en Afganistán nos parecía ya contraria al espíritu y la letra de la Carta de las Naciones Unidas, y eso, porque existían muchas dudas relativas a la existencia de las condiciones exigidas para su ejercicio¹⁰⁹ y, desde luego, porque la legítima defensa no está pensada para sustituir a la acción institucional.

Sin embargo, en la Resolución 1378 (2001) del 14 de noviembre, el Consejo apoyó «los esfuerzos internacionales encaminados a erradicar el terrorismo de manera acorde con la Carta de las Naciones Unidas» y reafirmó sus Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001).¹¹⁰ No cabe duda de que el Consejo aceptó que la intervención armada de los EE.UU. en Afganistán era una medida de legítima defensa; pero, aunque fuera interpretada en este sentido,¹¹¹ parece claro que la disposición mostrada por el Consejo en las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) a adoptar «todas las medidas necesarias» no estaba destinada (muy al contrario) a suspender el derecho a la legítima defensa.¹¹²

205

Corresponde al Consejo (y no a los Estados) determinar si se han adoptado las medidas necesarias que hacen innecesario el recurso a la legítima defensa. También SCHRIJVER, N. «Responding to International Terrorism: Moving the Frontiers of International Law for “Enduring Freedom”?»». *Netherlands International Law Review*, XLVIII 2001, pp. 271-291 y, especialmente, p. 281.

¹⁰⁷ Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁰⁸ SAHN, C. «Security Council Resolutions 1368 (2001) y 1373 (2001)...», en: <www.ejil.org/forum_WTC>.

¹⁰⁹ CASSESE, A. «Terrorism is Also Disrupting...», pp. 997-998.

¹¹⁰ En el mismo sentido, la Resolución 1386 (2001) del 20 de diciembre, en la que también acoge complacido «la evolución de los hechos en el Afganistán [...]»; asimismo, la Resolución 1390 (2002). La Resolución 1378 también condena «a los talibanes por haber permitido que el Afganistán fuera utilizado como base para la exportación del terrorismo por la red Al-Qaida y otros grupos terroristas y por haber amparado a Usama Bin Laden, Al-Qaida y otros asociados». En la Resolución 1383, el Consejo se muestra «decidido a ayudar al pueblo del Afganistán [...] a cooperar con la comunidad internacional para que se deje de usar el Afganistán como base para el terrorismo» y en la Resolución 1386 acoge complacido «la evolución de los hechos en el Afganistán, que permitirá a todos los afganos gozar de los derechos inalienables y de la libertad sin opresión ni terror».

¹¹¹ PELLET, A. «No, This is...», en: <www.ejil.org/forum_WTC>.

¹¹² Lo que parece más cuestionable es interpretar que, al mostrar ese apoyo, el Consejo haya reconocido formalmente la legalidad de la «manera» en que el ejercicio del derecho a la

3.2.2. ¿Era necesaria la nueva guerra contra Irak y lo era en nombre de la lucha contra el terrorismo internacional?

El proceder del Consejo de Seguridad tras el 11-S fue discutible, en particular, porque la aceptación del expediente de la legítima defensa podía interpretarse como la «muerte» (evocando el viejo debate en torno del art. 2.4 de la Carta) del recurso institucional a la fuerza —si es que era necesaria, insisto— en la «guerra contra el terrorismo». Una guerra anunciada por los EE.UU. ya por aquel entonces como indefinida en el tiempo y en el espacio (primero Afganistán, después, quizás —y entonces era sólo una previsión—, Iraq, Irán, Corea del Norte, etc.).¹¹³

Y, en efecto, poco después fue situado Iraq entre los objetivos prioritarios del gobierno Bush. Pero, tal vez por un error de cálculo de la diplomacia norteamericana, la cuestión fue —como debía ser si tenía que ser— llevada al orden del día del Consejo de Seguridad y se trató como una prolongación —y así lo ilustra la Resolución 1441 (2002) del 8 de noviembre— del examen de las condiciones del cese al fuego impuestas por el propio Consejo a Iraq en la Resolución 687 (1991), en el contexto de la situación surgida tras la invasión y pretendida anexión de Kuwait por Iraq, y, más particularmente, del desarme de Iraq.

206

De este modo, aparentemente no se utilizaban los argumentos de la legítima defensa y de la «guerra contra el terrorismo» para justificar la intervención militar auspiciada particularmente por los EE.UU. de América, respaldados esencialmente por el Reino Unido y por España. Y, sin duda, no se argüían porque no había pruebas ni era creíble la conexión de Al-Qaeda u otros grupos terroristas con el régimen de S. Hussein y, mucho menos, la posibilidad actual de un ataque armado de Iraq contra cualquiera de esos Estados. En los discursos de los representantes de estos Estados en el Consejo de Seguridad, en efecto, se esgrimía básicamente el incumplimiento por parte de Iraq de sus obligaciones de desarme, con ninguna

legítima defensa ha sido llevado a cabo. En los debates previos a la adopción de la Resolución 1378 (2001), los miembros del Consejo (en particular los occidentales y europeos) expresaron un apoyo generalizado al recurso a la fuerza, pero algunos miembros (como Malasia y Egipto) también expresaron su preocupación por la proporcionalidad, incluido el respeto del DIH, de las medidas tomadas —por ejemplo, 4413ª y 4414ª sesiones, 12 de noviembre (S/PV.4413 y S/PV.4414)—.

¹¹³ En este sentido, por ejemplo, la Carta dirigida por el representante permanente de los EE.UU. ante la ONU el 7 de octubre al presidente del Consejo de Seguridad (S/2001/946); y los discursos del presidente Bush ante la Asamblea General de la ONU a finales de 2001, y ante el Congreso y el Senado norteamericanos sobre el «estado de la Unión» a principios del 2002.

mención a las obligaciones que el propio Consejo impuso a Iraq relativas a la prevención y represión del terrorismo internacional. Solo la ministra española de Asuntos Exteriores, señora Palacio, incidió en el seno del Consejo en los beneficios de esa intervención militar para la lucha contra el terrorismo internacional (en contraste evidente con la aplaudida intervención del ministro francés de Asuntos Exteriores, señor de Villepin), algo que estaba más en consonancia con los pronunciamientos del presidente de EE.UU., G.W. Bush, o del presidente del gobierno español, José María Aznar López, que siempre han reservado un lugar privilegiado a la lucha contra el terrorismo entre los muchos y cambiantes objetivos declarados para justificar la necesidad de la intervención militar (las armas de destrucción masiva, la dictadura de S. Hussein, sus vínculos con el terrorismo internacional, la violación de los derechos humanos, la democracia, etc.).

Los acontecimientos y el debate subsiguientes a la adopción de la Resolución 1441 (2002) y a los sucesivos borradores de proyectos de «segunda» resolución patrocinados por los EE.UU., el Reino Unido y España —que ni siquiera fueron sometidos a votación porque no contaban con el apoyo de la mayoría necesaria—, en verdad, poco o nada tienen que ver con la lucha contra el terrorismo internacional (salvo el más que probable carácter contraproducente del desenlace final). No era necesario (al menos por el momento) el uso de la fuerza (las inspecciones decididas por el Consejo funcionaban bajo la presión de la simple amenaza de la fuerza), ni el uso de la fuerza estaba autorizado por el Consejo de Seguridad por la combinación de las Resoluciones 678 (1990), 687 (1991) y 1441 (2002), ni el derecho internacional admite una suerte de «guerra preventiva», auténtico camuflaje de una guerra de agresión. La lucha contra el terrorismo internacional no modifica estas apreciaciones y punto.

207

4. Lucha contra el terrorismo, pero ¿y los derechos humanos?

Los actos y actividades terroristas constituyen una violación de los derechos humanos. Sin embargo, esta afirmación no siempre ha tenido una misma lectura, sometida como ha estado a los avatares de las distintas percepciones acerca de qué sea terrorismo, y eso se ha reflejado claramente en las resoluciones de la Asamblea General (1). Pero, sin duda, precisamente porque el terrorismo es una violación de los derechos humanos, debe subrayarse que la lucha contra el terrorismo encuentra uno de sus fundamentos (2) y límites (3) en la defensa de los derechos humanos.

Es necesario, por tanto, superar la idea de que la lucha contra el terrorismo entra casi necesariamente en contradicción con la defensa de los derechos humanos; y, en todo caso, suponer que dicha contradicción sería una contradicción interna a la teoría de los derechos humanos, porque los valores inherentes a la dignidad del ser humano son el fundamento tanto de la defensa de los derechos humanos como de la lucha contra el terrorismo.

Desde planteamientos democráticos y desde el imperio del derecho, debe reconocerse, sin embargo, que, si el respeto de los derechos humanos puede encontrar límites en orden a la lucha contra el terrorismo, la obligación de los Estados de luchar contra el terrorismo no está en pie de igualdad con la obligación de respetar los derechos y libertades fundamentales: lo primero es el respeto de esos derechos y libertades fundamentales de todos y solo dentro de esos límites puede/debe exigirse al Estado que luche contra el terrorismo. El «riesgo cero» no existe, es decir, la obligación de protección frente a actos y actividades terroristas no es una exigencia absoluta o ilimitada, pues la lucha contra el terrorismo está supeditada al respeto de los derechos y libertades fundamentales. Diversos estudios doctrinales (como los de M. Salvia, C. Warbrick y, más recientemente, el de O. de Schutter)¹¹⁴ o institucionales (como el reciente *Informe sobre Terrorismo y Derechos humanos* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)¹¹⁵ nos ilustran estas afirmaciones a través del estudio y sistematización de las decisiones de los órganos internacionales —en particular los órganos judiciales o cuasi-judiciales— competentes para la interpretación y aplicación de los tratados adoptados para la garantía del disfrute de los derechos humanos.

208

Es en torno de ese límite donde los desacuerdos entre los miembros de la Unión Europea y los EE.UU. parecen más evidentes, hecho que no significa que la búsqueda de la seguridad por los Estados europeos está también socavando algunas libertades.¹¹⁶

¹¹⁴ SALVIA, M. «Il terrorismo e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo». *Rivista Internazionale del diritto dell'Uomo*, 2 (1981), pp. 21-36; WARBRICK, C. «The European Convention on Human Rights and the Prevention of Terrorism». *ICLQ*, 32 (1983), pp. 82-119; y de SCHUTTER, O. «La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme». *RUDH*, vol. 13, n.º 5-8, 2001, pp. 185-206 y p. 187.

¹¹⁵ Inter-American Commission on Human Rights. *Report on terrorism and human rights*. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre del 2002.

¹¹⁶ RAMÓN CHORNET, C.: «La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001». *REDI*, vol. LIII (2001), 1 y 2, pp. 273-288; *idem*. «Desafíos de la lucha contra el terrorismo: la estrategia de la Unión Europea tras el 11 de septiembre de 2001». *Suplemento BEUR*, n.º 10, julio del 2002, pp. 2-9.

4.1. Terrorismo y derechos humanos: la evolución de la ideología que inspira las resoluciones de la Asamblea General sobre el terrorismo internacional

La afirmación de que el terrorismo constituye una violación de los derechos humanos no ha tenido/tiene, como decíamos, una lectura simple. La complejidad está servida, ante todo, por la indefinición del terrorismo y porque el discurso de los derechos humanos —de una evidente vocación expansiva— ha servido como refuerzo de un principio cuyos contornos jurídicos son mucho más imprecisos, el de la libre determinación,¹¹⁷ que ya estaba en el artículo 1, común a los Pactos de derechos humanos de las Naciones Unidas de 1966, o en la Resolución 2625 (XV) de la Asamblea General.

Las distintas lecturas reposarían en las posiciones antagónicas mantenidas por los países occidentales, de un lado, y por los países africanos y asiáticos, de otro. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el terrorismo internacional desde 1972 hasta nuestros días reflejan el ascendente de una y otra posición. Debe decirse que todos buscaban la condena del terrorismo como violación de los derechos humanos. Sin embargo, existían diferencias. Los primeros sencillamente trataban de adoptar medidas de represión frente a un terrorismo internacional identificado por los actos de violencia (política) llevados a cabo por individuos o grupos organizados al margen del y contra el Estado; los otros, por el contrario, intentaban contrarrestar (o invertir) esa condena que creían perniciosa para las luchas de liberación nacional.

209

¿Cómo se llevaba a cabo esta segunda opción? Poniendo el acento en el estudio de las causas del terrorismo internacional —el propio título de las resoluciones de la Asamblea General (hasta 1991) es significativo de esa perspectiva—¹¹⁸ y, junto a la reafirmación del derecho a la libre determinación y la legitimidad de la lucha de los movimientos de liberación nacional,¹¹⁹ afirmando que los regímenes

¹¹⁷ Por la ambigüedad de su alcance y la relativa indeterminación de sus titulares, el principio de autodeterminación de los pueblos puede distorsionar la aplicación de las normas de DI relativas a la lucha contra el terrorismo internacional.

¹¹⁸ «Medidas para prevenir el terrorismo *internacional* que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales [la cursiva no está en el original]».

¹¹⁹ La distinción entre el terrorismo internacional y las «guerras de liberación nacional» encaminadas al ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos —la legítima

coloniales, racistas y extranjeros, y otras violaciones de los derechos humanos eran la (una) causa del terrorismo internacional.¹²⁰ Inclusive, se llegaba a condenar «los actos de represión y terrorismo a que siguen entregados los regímenes coloniales, racistas y extranjeros, privando así a los pueblos de su derecho legítimo a la libre determinación y a la independencia y de otros derechos humanos y libertades fundamentales»¹²¹ (es lo más cerca que se ha estado de condenar una suerte de «terrorismo de Estado», concepto extraño como tal al derecho internacional y que, por lo demás, podría identificarse con el de «violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos»).

Esa estrategia de confrontación se abandonó a partir de la década de 1980, cuando se articuló un consenso basado en la condena inequívoca y en la calificación de criminales de «todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, dondequiera y por quienquiera sean cometidos [...]».¹²² Parece ponerse mayor énfasis en la perspectiva de los países occidentales: la obligación de los Estados de cooperar en orden a la prevención y represión de los actos de terrorismo internacional; pero, quizás, lo más inequívoco sea que cada Estado siga viendo reflejada ahí su propia percepción.¹²³ En la declaración de la Asamblea General sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional (1994 y 1996),¹²⁴ se reitera la preocupación expresada desde 1989 por los vínculos entre los grupos

210

«resistencia» a la que alude la Resolución 2625 (XXV)—, incluidas como conflictos armados de carácter internacional en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, y el eco que de la legitimidad de esas luchas de liberación nacional y dichos conflictos armados se hacen las resoluciones de la Asamblea General sobre el terrorismo internacional y los Convenios de Nueva York de 1973 y, sobre todo, de 1979 fueron interpretados erróneamente como una puesta en cuestión del marco jurídico para la lucha contra el terrorismo internacional. Y, en definitiva, aquella distinción sigue siendo el principal obstáculo para la aceptación general de una definición de terrorismo internacional.

¹²⁰ Por ejemplo, párr. 13 dispositivo de la Resolución 34/145 del 17 de diciembre de 1979.

¹²¹ Por ejemplo, párrs. 3 y 4 dispositivos de la Resolución 3034 (XXVII).

¹²² Párr. 1 dispositivo de la Resolución 40/61 del 9 de diciembre de 1985.

¹²³ La Asamblea instó aún por un tiempo (hasta 1991) a la eliminación gradual de las causas del terrorismo internacional y a prestar especial atención a todas las situaciones, incluidos el colonialismo y el racismo, así como aquellas en que haya violaciones masivas y patentes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, o las de ocupación extranjera, que puedan dar origen al terrorismo internacional (Resoluciones 40/61, 42/159, 44/29, 46/51; y, asimismo, el preámbulo del Convenio de Roma). Y siguió recordando el derecho a la libre determinación (Resoluciones 42/159, 44/29 y 46/51).

¹²⁴ La Declaración se adoptó en dos actos: la Declaración de 1994 (Resolución 49/60 del 9 de diciembre de 1994, Anexo) y la Declaración complementaria de 1996 (Resolución 51/210 del 17 de diciembre de 1996).

terroristas, los traficantes de drogas y sus bandas paramilitares, los mismos que han recurrido a todo tipo de actos de violencia, «poniendo así en peligro el orden constitucional de los Estados y violando los derechos humanos fundamentales»;¹²⁵ y se proclama que «[l]os actos, métodos y prácticas terroristas constituyen una grave violación de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, y pueden [...] llevar a la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y las bases democráticas de la sociedad».¹²⁶ Destaca, asimismo, el hecho de que ya no se encuentra ningún rastro de la mención a las luchas de liberación nacional, hecho que no significa que en las perspectivas de algunos Estados no siga existiendo la confusión entre dichas luchas y terrorismo internacional, pues si unos no aceptan que legitimar las luchas de liberación nacional no es legitimar el terrorismo, otros no aceptan que el terrorismo, como violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, es un medio inaceptable para la lucha por la autodeterminación.

4.2. La defensa de los derechos humanos como fundamento de la lucha contra el terrorismo internacional

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena entre el 14 y el 25 de junio de 1993, se reafirmó que los actos, métodos y prácticas de terrorismo en todas sus formas y manifestaciones eran actividades orientadas hacia la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia.¹²⁷ Desde entonces, y paralelamente al tema titulado «Medidas para eliminar el terrorismo internacional», la Asamblea General de la ONU examina la cuestión titulada «derechos humanos y terrorismo». En las resoluciones adoptadas,¹²⁸ la Asamblea «expresa su solidaridad con las víctimas del terrorismo» y se muestra preocupada por, y condena inequívocamente, las «violaciones del derecho a vivir sin temor y del derecho a la vida, la libertad y la seguridad»,

¹²⁵ Párr. 5 preambular.

¹²⁶ Apdo. I.3 dispositivo de la Declaración de 1994.

¹²⁷ Además de que amenazan la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizan a gobiernos legítimamente constituidos —Informe de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 15 de junio de 1993, A/CONF.157/24 (part I), cap. III—.

¹²⁸ Las resoluciones adoptadas por la Asamblea sobre esta cuestión, examinada en relación con el tema titulado «cuestiones relativas a los derechos humanos» (Resoluciones 48/122 del 20 de diciembre de 1993, 49/185 del 23 de diciembre de 1994, 50/186 del 22 de diciembre de 1995, 52/133 del 12 de diciembre de 1997, 54/164 del 17 de diciembre de 1999 y 56/160 del 19 de diciembre de 2001), están precedidas por resoluciones en la materia de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (después Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos).

reiterando la condena formulada por la Conferencia de Viena y condenando asimismo «toda incitación al odio étnico, la violencia y el terrorismo».

Desde la perspectiva tradicional del derecho internacional,¹²⁹ la Asamblea exhorta a los Estados a que luchen y cooperen en la lucha contra el terrorismo (2.1). Sin embargo, la afirmación de que el terrorismo es una violación de los derechos humanos también plantea una de las transformaciones del derecho de la responsabilidad internacional: la exigencia de responsabilidad penal internacional a los terroristas o presuntos terroristas, sea a través de tribunales nacionales o de un tribunal internacional como la Corte Penal Internacional (2.2).

4.2.1. El deber y la responsabilidad internacional de los Estados

¿Podemos encontrar en la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos un (otro)¹³⁰ fundamento de la obligación de luchar contra el terrorismo? Los tratados de derechos humanos no contemplan expresamente una formulación normativa de dicha obligación. Lógicamente, sí recogen el respeto al derecho a la vida,¹³¹ a la integridad corporal,¹³² y a la libertad y a la seguridad,¹³³ entre otros, e, incluso y no menos lógicamente, se acepta (expresamente en el art. 2.2 del CEDH) la legitimidad del recurso a la fuerza por los Estados para, entre otros motivos, defender a una persona contra una agresión ilegítima, detener a una persona conforme a derecho o reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección; en este sentido, la muerte de una persona como consecuencia de un tal recurso a la fuerza («que sea absolutamente necesario»)¹³⁴ no se considerará

¹²⁹ Tradicionalmente, el DI se ha preocupado y, en buena medida, sigue esencialmente preocupado por lo que deben hacer o dejar de hacer los Estados.

¹³⁰ Los otros fundamentos de la lucha contra el terrorismo internacional se encuentran en principios generales del DI tales como la igualdad soberana, la no intervención e incluso la prohibición del recurso a la fuerza o los deberes de la neutralidad, inspirados en los deberes inherentes a la soberanía territorial tal como fueron enunciados por el árbitro Max Huber en 1928 en el asunto Isla de Palmas, así como en la seguridad de la aviación civil internacional y de la navegación marítima internacional y la protección de las relaciones normales entre Estados, entre otros; y, cada vez más, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

¹³¹ Art. 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (PIDCP), art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) o art. 4 del Convenio Americano de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (CADH).

¹³² Art. 7 del PIDCP, art. 3 del CEDH o art. 5 del CADH.

¹³³ Art. 9 del PIDCP, art. 5 del CEDH o art. 7 del CADH.

¹³⁴ Según precisa el art. 2.2 del CEDH.

infligida con infracción del CEDH. Sin embargo, la defensa contra agresiones ilegítimas o la represión de una revuelta o insurrección (o la lucha contra el terrorismo), en ningún caso, se formulan como obligaciones explícitas.

Además, estos tratados, como en general el derecho internacional de los derechos humanos, están destinados a los Estados y, por tanto, en principio (conforme al derecho internacional), los actos y actividades terroristas serán considerados violaciones de los derechos humanos en la medida, ciertamente excepcional, en que dichos actos y actividades terroristas se atribuyan a un Estado. Esta premisa ha sido matizada gracias a la interpretación teleológica del derecho internacional: este es el sentido de la llamada teoría del «efecto horizontal» de los derechos humanos (o «*Drittwirkung*»). Las obligaciones de los Estados no son únicamente obligaciones de abstención (o negativas: no cometer actos y actividades terroristas), sino que la profundización de la protección internacional de los derechos humanos viene a consagrar obligaciones positivas (luchar contra el terrorismo). No se trata, por tanto, de que los Estados se limiten a respetar los derechos humanos sino de que, como en el derecho internacional humanitario, deben también hacer respetar los derechos humanos. De este modo, por ejemplo, el cumplimiento por los Estados de su obligación de reconocer el derecho a la vida exige la existencia de una legislación penal y un mecanismo de aplicación, así como la obligación positiva de tomar preventivamente medidas de orden práctico razonablemente eficaces.

213

Conforme a estos desarrollos, la obligación de luchar contra el terrorismo (de adoptar medidas razonablemente eficaces a fin de proteger a las personas bajo su jurisdicción de la amenaza terrorista) está, por tanto, implícita en el derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, esa obligación de «hacer respetar» los derechos humanos tiene límites: de un lado, como veremos, el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales; de otro, la no imposición a los Estados de una carga excesiva o insoportable, pues no es una obligación absoluta o ilimitada, sino que está guiada por la filosofía tradicional inherente en el principio clásico de la diligencia debida. En este sentido, por ejemplo, una amnistía no es necesariamente contraria al respeto del derecho a la vida, y el asesinato de una persona no pone necesariamente de manifiesto que no se han adoptado las medidas preventivas razonables.

4.2.2. El deber y la responsabilidad internacional penal del individuo

La defensa de los derechos humanos es sin duda el trasfondo de una de las transformaciones más relevantes del derecho internacional: el principio de la

responsabilidad penal internacional del individuo (incluso órgano de un Estado) por delitos (o crímenes) de grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. En este sentido, el derecho internacional acoge la responsabilidad penal (internacional) de los terroristas realizada a través de los tribunales nacionales (para lo que los Estados asumen nuevas obligaciones) o a través de tribunales internacionales (y de las obligaciones de cooperación con dichos tribunales que asumen los Estados).

Los tratados anti-terroristas pueden considerarse parte de ese emergente derecho internacional penal, pues su objeto y propósito es terminar con la «cultura de la impunidad» a través de la acción de los tribunales nacionales, si bien la «ratio» de estos tratados no parece ser (al menos no está en un primer plano) la defensa de los derechos humanos¹³⁵ y, en esos tratados, el terrorismo internacional presenta una fisonomía propia que no se reduce a la violación de los derechos humanos.

214

Por el contrario, los derechos humanos sí parecen tener mayor presencia en los crímenes respecto a los cuales es competente la Corte Penal Internacional, en particular en el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Hoy por hoy, el terrorismo (o el terrorismo internacional) no está, como tal, en el Estatuto de Roma; una de sus manifestaciones (la toma de rehenes) se recoge entre los crímenes de guerra, pero no más. Es sabido que la falta de una definición generalmente aceptada fue un obstáculo insalvable para su incorporación (en 1998) al Estatuto (a pesar de que estaba en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en primera lectura por la CDI en 1991 y de que, junto a la toma de rehenes, también los actos de terrorismo se incluían entre los crímenes de guerra en el proyecto de

¹³⁵ Aunque preocupados por la seguridad de las personas (y de los bienes), los Estados parecen más preocupados por la seguridad de la aviación civil (Convenios de la OACI), el mantenimiento de relaciones internacionales normales (Convenio de Nueva York de 1973) o la protección física de materiales nucleares (C. de Viena). Los Convenios de Nueva York de 1997 y 1999 no explicitan, en modo alguno, que el motivo de la profunda preocupación para toda la comunidad internacional sea la violación de derechos humanos, aunque sí desde luego el hecho de que los delitos definidos causen o puedan causar la muerte o graves lesiones corporales (y grandes daños materiales)

La excepción más relevante sea, quizás, la toma de rehenes (Convenio de Nueva York de 1979), respecto a la que sí aparece, en un primer plano, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de los rehenes: el Estado en cuyo territorio estén retenidos rehenes «adoptará todas las medidas que considere apropiadas para aliviar la situación del mismo, en particular para asegurar su liberación». Junto a la seguridad de la navegación marítima, esa preocupación también es compartida por el Convenio de la OMI..

código aprobado definitivamente por la CDI en 1996). Tal vez, por eso, uno de los debates suscitados tras el 11-S se centra en la calificación de los actos y actividades terroristas, o algunos de ellos, como crímenes contra la humanidad.

4.3. La violación de los derechos humanos como inaceptable medio de luchar contra el terrorismo (internacional)

La lucha contra el terrorismo debe librarse desde el respeto a los derechos humanos, incluidos el derecho de los refugiados y del derecho internacional humanitario, requisito que es pertinente recordar, si cabe, en esta «guerra contra el terrorismo» (por las dudas razonables de que el uso de la fuerza no es proporcional y, por tanto, respetuoso del derecho internacional humanitario; y porque la situación de los prisioneros de Guantánamo es insostenible)¹³⁶. Es preciso garantizar el respeto de los derechos humanos de los terroristas o presuntos terroristas, pues la desmesurada o desproporcionada represión del terrorismo deslegitima a las autoridades públicas y, a la postre, termina por convertirse en terrorismo desde el Estado, engendra terrorismo contra el Estado o ambas cosas a un mismo tiempo en una suerte de «espiral de violencia».

En este sentido, cuando más se acentuaban las obligaciones de los Estados relativas a la lucha contra el terrorismo internacional, la propia Asamblea General de la ONU tuvo la precaución de recordar ese límite general¹³⁷ e inclusive adoptó recientemente una resolución sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.¹³⁸

215

¹³⁶ Véase PÉREZ GONZÁLEZ, M, y RODRÍGUEZ-VILLASANTE y J.L. PRIETO. «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos». *REDI*, vol. LIV (2002), 1, pp. 11-39.

¹³⁷ Así, recuerda «la necesidad de mantener y salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes y las normas internacionales generalmente aceptadas» (párr. 16 preámbular de la Resolución 42/159; asimismo, párr. 14 preámbular de la Resolución 44/29). En la Declaración de 1994, se precisa igualmente que las medidas tendentes a luchar contra el terrorismo internacional deben ser conformes con «las normas internacionales de derechos humanos» (apartado II.5; asimismo, el apartado I.3 de la Resolución 51/210 y el párr. 5 dispositivo de la Declaración complementaria que figura en el Anexo de dicha resolución). Posteriormente, se ha seguido recordando la necesidad de luchar contra el terrorismo sin contravenir las normas internacionales de derechos humanos (párr. 3 dispositivo de las Resoluciones 52/165 del 15 de diciembre de 1997, 53/108 del 8 de diciembre de 1998, 54/110 del 9 de diciembre de 1999, 55/158 del 12 de diciembre de 2000, 56/88 del 12 de diciembre de 2001 y 57/27 del 19 de noviembre de 2002).

¹³⁸ Resolución 57/219 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo

Los tratados anti-terroristas no son ajenos a la preocupación de los derechos humanos de los terroristas o presuntos terroristas (3.1). Pero, sobre todo, es a través de la asunción de obligaciones en virtud de los tratados internacionales adoptados para la protección de los derechos humanos —en particular aquellos que contemplan órganos judiciales de garantía— donde los Estados encuentran los principales límites a sus pretensiones (o tentaciones) de adoptar medidas que pongan el énfasis en la lucha contra el terrorismo en detrimento del respeto de los derechos humanos (por no decir límites a la instauración de violencia institucionalizada) (3.2).

4.3.1. Los tratados anti-terroristas y los derechos humanos

La preocupación por la defensa de los derechos humanos en los tratados anti-terroristas puede estar, en primer lugar, tras la justificación de la doctrina del delito político —una doctrina que se ha ido precisando, poco a poco, más por lo que no es que por lo que es— y lo está, sin duda, tras la justificación de la «cláusula humanitaria», doctrinas ambas que han obstaculizado tradicionalmente, como vimos anteriormente, la extradición y la asistencia judicial en materia penal.

- 216 La denegación de la extradición por aplicación de la doctrina del delito político o de la «cláusula humanitaria» generalmente resulta en la concesión de asilo o en el reconocimiento del estatuto de refugiado; eso explica que los Convenios de Nueva York de 1973 y de 1979 acogieran la intangibilidad de los tratados de asilo.¹³⁹ En la medida en que se trata de «válvulas de escape» para la extradición y la asistencia judicial en materia penal, deben señalarse dos cuestiones: de un lado, que el asilo no puede ser invocado frente a acciones judiciales originadas por actos y actividades terroristas, y que el estatuto de refugiado no puede servir de cobertura a los terroristas¹⁴⁰ —hecho que, junto al principio de «*non-refoulement*» recogido en el artículo 33 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951, ha sido recordado por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU—;¹⁴¹ y, de otro, que si un Estado no extradita está obligado a juzgar.

¹³⁹ Arts. 12 y 15, respectivamente. Incluso, el Convenio de Bruselas de 1996 relativo a la extradición entre Estados miembros de la Unión Europea contiene aneja una «Declaración relativa al Derecho de Asilo».

¹⁴⁰ Art. 14.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y letra F del art. 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

¹⁴¹ Declaración de la Asamblea sobre Medidas para la Eliminación del Terrorismo Internacional (1994 y, sobre todo, la complementaria de 1996) y Resolución 1269 (1999) del 19 de octubre de 1999 del Consejo de Seguridad.

En segundo lugar, en los más recientes Convenios de 1997 y 1999, la obligación de detener a los terroristas o presuntos terroristas se acompaña de la enumeración de los derechos del detenido: de un lado, un régimen de comunicaciones y visitas;¹⁴² y, de otro, el derecho a un trato equitativo y al goce de los derechos y garantías de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁴³

4.3.2. El respeto de los derechos humanos como límite de la lucha contra el terrorismo

En la medida en que buscamos en la teoría de los derechos humanos un fundamento de la lucha contra el terrorismo, debemos aceptar que lo que no está encaminado a defender los derechos humanos no está admitido. En este sentido, de la interpretación y aplicación de los tratados relativos a los derechos humanos por los órganos competentes se desprenden diversas conclusiones aplicables a la lucha contra el terrorismo. En primer lugar, *los Estados deben respetar los derechos «absolutos» en cualquier circunstancia*: como tales, por ejemplo, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida (admitiéndose en su defensa únicamente un recurso necesario y proporcionado a la fuerza con reducción al mínimo de los daños) o el derecho a no ser torturado.⁴

217

En segundo lugar, *los Estados deben respetar los límites a las restricciones que los tratados prevén que pueden introducirse en el disfrute de ciertos derechos humanos*, como el respeto a la vida privada (frente a ingerencias en la intimidad y el secreto de las comunicaciones) o las restricciones en virtud de la cláusula de «necesidad en una sociedad democrática»¹⁴⁴ o aquellas referidas al disfrute de derechos como el derecho a un proceso equitativo o el derecho a la libertad. De este modo, por ejemplo, medidas tales como la localización e interceptación de comunicaciones, la observación, las infiltraciones, el manejo de bases de datos personales y otras técnicas de investigación (en particular la llamada «investigación proactiva») que se llevan a cabo sin el conocimiento de los interesados constituyen ingerencias en la vida privada y solo pueden justificarse sobre la base de la

¹⁴² Arts. 7 y 9, respectivamente.

¹⁴³ Arts. 14 y 17, respectivamente.

¹⁴⁴ Véase, en general, el estudio de GARCÍA SAN JOSÉ, D.I. *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI (Análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal europeo de derechos humanos de la cláusula «necesario en una sociedad democrática»)*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.

gravedad de los delitos y de la ineficacia de otros medios, y por la existencia de algún tipo de control (compensatorio de la restricción y garantía frente a los abusos, como un control parlamentario con garantías de pluralismo e independencia sobre las medidas adoptadas o un control de la «calidad» de la ley que prevé las circunstancias y condiciones para la adopción de dichas medidas y su compatibilidad con la preeminencia del derecho).¹⁴⁵ Por otra parte, la utilización de testigos anónimos puede estar en contradicción con el derecho a un proceso equitativo, y las condiciones y circunstancias de la detención o internamiento de una persona deben ser conformes al derecho a la libertad.

En tercer lugar, los Estados pueden utilizar su facultad de derogación del cumplimiento de ciertas obligaciones convencionales, porque se ha reconocido que el terrorismo puede ser un «peligro público que amenace la vida de la nación», en los términos del CEDH.¹⁴⁶ El Reino Unido, por ejemplo, ha hecho uso de esa facultad en diversas ocasiones, la última vez tras el 11-S.¹⁴⁷ Sin embargo, *los Estados tienen que respetar las condiciones a las que está sometida dicha derogación*: no se puede suspender el cumplimiento del respeto de los derechos llamados «inderogables» (por ejemplo: el derecho a la vida, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra; el derecho a no ser torturado, etc.); las medidas adoptadas bajo la cobertura de la derogación deben ser necesarias («en la medida estricta que lo exija la situación», dice el CEDH), y deben respetar las otras obligaciones internacionales del Estado.

Por último, en cuarto lugar, *la falta de definición del terrorismo* (de los delitos de terrorismo) *plantea también aquí diversas dificultades*, a saber: puede conllevar una colisión con el respeto del principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y puede desdibujar el ámbito de aplicación de las medidas tendentes a luchar contra el terrorismo, así como permitir la introducción de medidas discriminatorias y restringir indebidamente las libertades de expresión, reunión, asociación o manifestación religiosa de quienes mantienen reivindicaciones o puntos de vista políticos similares a los de los grupos u organizaciones terroristas.

¹⁴⁵ Entre los Estados partes en el CEDH, el respeto a la vida privada definido en su art. 8 trae consigo, asimismo, la incorporación de las garantías sustanciales de la Convención n.º 108 del Consejo de Europa del 28 de enero de 1981 (en vigor el 1º de octubre de 1985) para la protección de personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

¹⁴⁶ Esa facultad se contempla en el art. 4 del PIDCP, art. 15 del CEDH y art. 27 del CADH.

¹⁴⁷ *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001* (S.I., 2001, N.º 3644) en relación con el *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* del 12 de noviembre de 2001.

5. Conclusión: lucha contra el terrorismo y el derecho de la comunidad internacional

La lucha contra el terrorismo internacional ha adquirido unos perfiles propios que ponen a prueba la consistencia del derecho internacional como derecho de la comunidad internacional, consistencia de la estructura y dinámica del derecho internacional, aquejada por la tensión entre la globalización y la fragmentación de la comunidad internacional y de los Estados o por la relevancia global de los grupos, organizaciones o redes terroristas, y puesta a prueba en los métodos de elaboración y, sobre todo, de aplicación y de control de la aplicación del derecho; consistencia de sus finalidades, por la necesidad de compatibilizar la lucha contra el terrorismo con otras funciones adquiridas por el derecho internacional, en especial la defensa de los derechos humanos, pero también el mantenimiento de la paz y la seguridad, el desarme, el desarrollo, etc.; consistencia, por último, del propio fundamento del derecho internacional o de algunas de sus categorías normativas, y, en particular, de la presencia justificativa que pueda seguir teniendo ahí la voluntad de los Estados.

No puede obviarse que la «guerra contra el terrorismo» nos está situando ante un escenario de «ocupación» del derecho de la comunidad internacional por quienes no están legitimados para representar a tal comunidad y que se está tendiendo a ignorar que el respeto a la legalidad es requisito para la legitimidad y la eficacia. La acción del Consejo de Seguridad dio en cobertura en un principio a las pretensiones del Estado hegemónico, adoptando resoluciones que parecería exceder los poderes delegados por la comunidad internacional (en detrimento de la voluntad de la generalidad de los Estados) y que sin duda marginaban la realización institucional del interés común (en beneficio del recurso unilateral a la fuerza por dicho Estado). Después, cuando la realización institucional del interés común parecía posible a través del «retorno» al Consejo de Seguridad, el propio Consejo fue marginado al no respaldar los intereses de ese Estado hegemónico.

Sin duda, el 11-S ha servido de acicate para redoblar los esfuerzos negociadores (de momento sin el éxito que cabría esperar) en torno del proyecto de convención general sobre el terrorismo internacional. Sin embargo, asimilar los poderes conferidos al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a un «poder legislativo internacional» y, sobre todo, desequilibrar el sistema de gestión y contención del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, esto es, alterar el equilibrio entre la acción institucional y la legítima defensa en beneficio de esta última (y qué decir del recurso pretendidamente «institucional» a la fuerza ¡contra la voluntad de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Seguridad,

incluso de algunos miembros permanentes!) nos sitúa ante un derecho internacional inspirado en un principio imperial más que en la idea y realidad de una auténtica comunidad internacional.

Y esa inspiración tiene su reflejo, igualmente, en la exclusión de unas personas (los «sospechosos» de actos y actividades terroristas) del disfrute de algunos de los derechos humanos más esenciales, al estar desprovistas de la protección y garantía de esos derechos frente al poder (imperial o no), incluida la protección que brinda el derecho internacional humanitario.

220 Y, sin embargo, un derecho internacional que tiene que ser un derecho de la comunidad internacional no puede apartarse de sus rasgos distintivos, la universalidad y el sentido de comunidad y solidaridad, y no puede perder de vista los principios de equidad, legitimidad y comunidad internacional, y su inspiración en la tradición universalista de Francisco de Vitoria y de Immanuel Kant. Y sus finalidades: el Consejo de Seguridad afirmó que «para combatir el flagelo del terrorismo internacional, es imprescindible un enfoque coherente y amplio, con la participación y la colaboración activas de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con el Derecho Internacional», singularizando el desarrollo entre los problemas globales cuya solución contribuirá a la cooperación internacional. Mucho queda por hacer. Los EE.UU. de América siguen poco dispuestos a cooperar en (su) desarme a aceptar la vigilancia y el control internacional de la protección de los derechos humanos (incluida la Corte Penal Internacional), a proteger el medio ambiente, etc., sin olvidar la política de «doble rasero» en la solución del conflicto palestino-israelí.

Por momentos, esa «ocupación» del derecho de la comunidad internacional fue aceptada por la comunidad internacional (de Estados); probablemente cada Estado piensa en jugar la baza de «su» propio Osama bin Laden. Solo en los debates previos a la guerra contra Iraq se alzaron voces discrepantes. El principio imperial, no obstante, parece consolidarse a través de una política de hechos consumados ante la que incluso los Estados más reacios a aceptarlo terminan por plegarse. El sueño del derecho de la comunidad internacional puede convertirse en la pesadilla del derecho imperial.