

Antonio Remiro Brotóns^(*)

Terrorismo internacional, principios agitados

«EN PRINCIPIO, EL RECURSO A LA FUERZA PARA REPLICAR A LOS USOS DE LA FUERZA ARMADA QUE NO ALCANZAN LA CONSIDERACIÓN DE “ATAQUE ARMADO” Y QUE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL ORGANIZADA ES INCAPAZ DE DETENER Y REPRIMIR NO PUEDE SER PROHIBIDO POR EL DERECHO».

No puede decirse que el terrorismo sea una cuestión recién incorporada a la agenda de las Naciones Unidas. La cooperación internacional en la lucha antiterrorista ha sido objeto de numerosos convenios internacionales multilaterales -de vocación universal o regional- y bilaterales⁽¹⁾. Al menos, desde 1972 la Asamblea General viene aflorando resoluciones sobre las “medidas para prevenir el terrorismo internacional” y, a partir de 1989, “para eliminar(lo)”⁽²⁾. La Asamblea ha denunciado paralelamente, a partir de 1988, la violación de derechos humanos fundamentales que acarrea este fenómeno⁽³⁾. Desde hace más de diez años, se sopesa la conveniencia de elaborar un convenio general sobre terrorismo internacional que sirva de marco jurídico global. El mismo Consejo de Seguridad, más allá de su implicación en la gestión de singulares acciones terroristas, viene ocupándose del terrorismo desde 1999 (resolución 1269) como una amenaza estructural a la paz y seguridad internacionales.

Puede afirmarse, sin embargo, que los hechos criminales del 11 de septiembre de 2001 -el trágicamente célebre 11-S- agitaron las cuadernas vías de la lucha antiterrorista hasta un punto en que no ha de descartarse el naufragio de determinados principios rectores de nuestra

(*) Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid.

(1) Limitándonos a los multilaterales de vocación universal, cabe citar los Convenios sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 1963), para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970), para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971), complementado por el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional (Montreal, 1988), sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973), contra la toma de rehenes (Nueva York, 1979), sobre la protección física de los materiales nucleares (Viena, 1980), para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 1988), sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (Montreal, 1991), para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 1997), para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999) y para la supresión de los actos de terrorismo nuclear (2005). Todos están en vigor.

(2) Véase, por ejemplo, resoluciones 44/29 y 55/158.

(3) Véase, por ejemplo, resoluciones 48/122 y 54/164.

sociedad. En particular, los gobiernos de Estados Unidos, bajo la administración del presidente George W. Bush, y de Israel se han envuelto en la bandera del “antiterrorismo” para, haciendo prevalecer la (su) “seguridad”, poner patas arriba el sistema legal. Otros gobiernos se han sumado a la corriente, entre ellos algunos de los más conspicuos miembros de la Unión Europea. El mensaje ha sido -y es- que “todo vale” en la lucha antiterrorista. Siempre puede contarse con un cuerpo de asesores legales dispuestos a acomodar este mensaje en un entramado de aberraciones jurídicas. De ello, nos vamos a ocupar en las páginas que siguen.

1. Una definición -y un uso- problemáticos

Hasta los crímenes del 11-S, los terroristas se presentaban como el ariete más violento de grupos separatistas o “antisistema” dentro del Estado, eran la expresión desesperada y radical de movimientos de liberación de la ocupación extranjera, o respondían a políticas de Estado para afrontar la solución de sus problemas o realizar sus objetivos, domésticos o internacionales. Los crímenes del 11-S han añadido la evidencia de una red de organizaciones y células terroristas transnacionales que se sirven -pero son independientes- de los Estados y tratan de poner en jaque el orden internacional establecido mediante actos espectaculares de una violencia extrema y repercusión mediática global.

Parece, sin embargo, que los esforzados guardianes de la (su) seguridad se han afanado en etiquetar como “terroristas” a movimientos e individuos que, simplemente, les son hostiles y se sirven de la violencia para tratar de satisfacer sus propios objetivos. Así, la violencia del enemigo es, por definición, “terrorista” y la reacción frente a ella, “legítima” sean cuales sean los métodos y las consecuencias.

Bastaría con repasar la serie sucesiva de resoluciones del Consejo de Seguridad en lo que va del siglo para advertir cuánto ha calado este planteamiento en las decisiones del órgano principal responsable del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. El Consejo ignora habitualmente, inducido por los proyectos que cocina Estados Unidos, la existencia de “insurgentes” en países agredidos, como Irak, o en otros, como Afganistán, que -agredidos o

«NUESTRA POSICIÓN ESTÁ ABIERTA A ACEPTAR QUE EL DERECHO DE LEGÍTIMA DEFENSA PUEDE CUBRIR LA REACCIÓN FRENTE AL ATAQUE ARMADO DE UN SUJETO NO ESTATAL O DE UN ACTOR NO SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL».

no- se levantan en armas contra el orden doméstico que tratan de afianzar sin éxito fuerzas armadas extranjeras⁽⁴⁾. Objetivamente, no cabe calificar indiscriminadamente de acciones terroristas operaciones dirigidas contra efectivos armados.

Por otro lado, un movimiento o grupo que combate contra la ocupación extranjera solo podría ser calificado como “terrorista” si hace de métodos de esta naturaleza (a saber, la violencia indiscriminada sobre una población civil) el eje vertebral de su actividad. De no ser así, podrá ser responsable de este o aquel acto terrorista, sin contaminar su propia condición como movimiento político e insurgente, de la misma manera que la comisión de un crimen de guerra o una violación de derechos humanos fundamentales no hace del gobierno de un Estado democrático un gobierno criminal. En este sentido, es, por ejemplo, simplista, desafortunada y muy interesada la inclusión del Hamas palestino o del Hizbolla libanés entre las organizaciones terroristas. La disposición de los “calificadores” a incluir y excluir a unos u otros, según los vientos que corren en un momento determinado, ilustra sobre la instrumentalización política del tipo.

Hay, por último, muchas acciones que se sitúan en una “zona gris”. Naturalmente, tampoco los “insurgentes” pueden pretender que “todo vale” al servicio de su (justa) causa. Sin embargo,

(4) Léase, por ejemplo, la resolución 1776 (2007), del 19 de septiembre del Consejo de Seguridad, sobre Afganistán.

Antonio Remiro Brotóns

hay acciones que, siendo delictivas en un orden interno, no son calificables sin más de “terroristas”. ¿Es “terrorista” el asesinato de un dirigente político con nombre y apellidos? ¿Lo es el ataque armado a un asentamiento de colonos armados en un territorio ocupado por una fuerza extranjera? ¿Eran prototipo de “terroristas” los apaches que cortaban las cabelleras del *hombre blanco* en su progresión al oeste de los Estados Unidos? No pretendo dar respuestas, solo solicitar que se reflexione sobre estas y otras preguntas para evitar un maniqueísmo que es fuente de numerosos abusos y, finalmente, del descrédito en la parte más desfavorecida del planeta de la lucha que los más favorecidos pretenden llevar a cabo *urbi et orbe*.

Lamentablemente, cuando en 2006 la Asamblea General se refirió a las acciones terroristas como “actos criminales con fines políticos realizados con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas” (resolución 61-40 del 4 de diciembre), fue tan lejos que acabó desdibujando el tipo. ¿Qué quería decir la Asamblea cuando se refería, en particular, a los “actos criminales con fines políticos realizados con la intención de provocar un estado de terror (...) en determinadas personas”? Podemos entender el terrorismo internacional como una aplicación de violencia a la población civil o a un grupo de la población civil de forma indiscriminada con el fin de, mediante el terror, satisfacer objetivos políticos en el marco de las relaciones internacionales. Pero, si nos salimos de ahí, los “terroristas”, según unos, son “combatientes por la libertad”, según otros. Crímenes comunes con móviles políticos, especialmente los magnicidios, se proponen a menudo como actos terroristas por quienes los padecen; pero también tienen su público en la galería de héroes. Los países árabes e islámicos suelen enfrentarse a la cuestión con recelo, pues -con la mente puesta en Palestina- temen su poder de atracción sobre lo que entienden actos legítimos de liberación

de la ocupación extranjera; más aún teniendo en cuenta la facilidad con que se aplica la etiqueta terrorista a cualquier acto violento contra fuerzas de ocupación.

Hay, en definitiva, un desdén por analizar las causas profundas del terrorismo como hay interés en servirse de esta execrable violencia para cubrir la violencia criminal de gobiernos democráticos en las relaciones internacionales. Por eso, no ha de extrañar que la definición del terrorismo y su deslinde con la violencia que se ejerce invocando la libre determinación de los pueblos en territorios ocupados por fuerzas extranjeras sea uno de los puntos que bloquean el camino de adopción de un convenio general.

2. ¿Legítima defensa frente a las acciones terroristas?

Conviene recordar que, al producirse los crímenes del 11-S, los talibanes estaban bajo un régimen de sanciones por su negativa a entregar a Osama bin Laden⁽⁵⁾ y, de inmediato, el Consejo de Seguridad (resolución 1368-2001) se manifestó “decidido a combatir por todos los medios las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo”, expresando su disposición a “tomar todas las medidas” necesarias para responder a los ataques terroristas perpetrados 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”.

(5) El 15 de octubre de 1999, el Consejo de Seguridad (resolución 1267) apuntó directamente a los “talibanes”, inculpándoles de proteger las actividades terroristas de Osama bin Laden y ordenándoles, en el marco del Capítulo VII de la Carta, su entrega a los Estados Unidos o a cualquier otro país interesado en su persecución penal en el término de un mes, so pena de medidas coercitivas. La resolución establecía un Comité -al que se conocerá como Comité 1267- para la aplicación de estas y de otras medidas que se pudiesen adoptar en el futuro. Esta resolución -no es ocioso advertirlo- coincide en el tiempo con la primera de las resoluciones del Consejo decidiendo medidas generales contra el terrorismo internacional (resolución 1269, del 19 de octubre). Dado que los “talibanes” incumplieron las órdenes del Consejo, este (resolución 1333, diciembre de 2000) calificó su comportamiento de “amenaza a la paz y seguridad internacionales”, decidió nuevas medidas coercitivas, que debían ser reconsideradas el 19 de enero de 2002, y trató de reforzar su eficacia (resolución 1363, julio de 2001) estableciendo un mecanismo de seguimiento y de ayuda a los Estados, particularmente a los vecinos del Afganistán “talibán”.

Sin embargo, a pesar de la reiteración de estas afirmaciones (resolución 1373), nadie reclamó del Consejo la asunción de su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por el contrario, el 8 de octubre, cuatro semanas después del 11-S, el Consejo fue convocado a instancias de Estados Unidos y Gran Bretaña para ser informado de la acción militar que habían emprendido en el Afganistán de los talibanes bajo la cobertura del derecho de “legítima defensa” (artículo 51 de la Carta).

No era la primera vez que el gobierno estadounidense invocaba la “legítima defensa” para justificar acciones armadas ejecutadas para replicar actos terroristas; como tampoco era Afganistán el escenario inaugural de la implicación del Consejo de Seguridad en las políticas antiterroristas de Estados Unidos (y Gran Bretaña).

El caso Lockerbie fue, a principios de la década de los noventa, el primero en que el Consejo de Seguridad invocó el capítulo VII de la Carta para, calificando una determinada acción terrorista como amenaza a la paz y seguridad internacionales, decidir la adopción de sanciones contra un Estado miembro (Libia) que se negaba a acatar la orden de entrega a los Estados Unidos o a Gran Bretaña de dos agentes libios, considerados autores materiales de la colocación de la bomba que el 22 de diciembre de 1988 destruyó un Jumbo de Pan-Am sobre suelo escocés, causando doscientas setenta muertes.

A pesar de que el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971), acogiendo (artículos 5 y 7) la regla *aut dedere aut indicare*, facultaba a Libia a optar entre entregar a sus nacionales acusados de terrorismo o perseguirlos en sus tribunales, el Consejo de Seguridad endosó las pretensiones anglosajonas (resolución 731, del 21 de enero de 1992); a continuación, invocando expresamente el Capítulo VII de la Carta, impuso

sanciones a Libia (resolución 748, del 31 de marzo) aplicables a menos que cumpliera la orden en el plazo perentorio de quince días⁽⁶⁾.

Este caso marcó la incursión del Consejo en un ámbito propiamente judicial que escapaba a sus competencias y ha sido justamente censurado por ello. El Consejo prejuzga a Libia como Estado “terrorista” y le priva de los derechos y garantías que le corresponden como Estado soberano y miembro de las Naciones Unidas. No contento con ello, Estados Unidos procedió unilateralmente al promulgar la *Iran and Libya Sanctions Act of 1996* (Ley D’Amato-Kennedy), cuyo objetivo era sancionar -impidiendo o dificultando sus negocios en Estados Unidos- a las empresas de terceros países que invirtiesen más de cuarenta millones de dólares anuales en el sector del petróleo en Libia (o en Irán, país igualmente tachado de “peligroso promotor del terrorismo internacional”) o incumpliesen las resoluciones del Consejo⁽⁷⁾.

Muy oportunamente, para dejar en evidencia el doble rasero del Consejo, Libia recordó el 21 de junio de 2001, en carta al Presidente del Consejo, el “ataque terrorista” perpetrado contra Libia por Estados Unidos el 15 de abril de 1986. Aunque la Asamblea General (resolución 41/38) condenó el bombardeo de las ciudades abiertas de Trípoli y Bengasi, el Consejo no fue capaz de adoptar ninguna medida porque los Estados Unidos y sus aliados vetaron cualquier proyecto de resolución. En cambio, señala Libia, “en 1992, el Consejo de Seguridad fue

(6) Las *sanciones* fueron ampliadas posteriormente (resolución 883, del 11 de noviembre de 1993).

(7) ¿Qué ocurrió después? Como resultado de múltiples mediaciones, las partes llegaron a un acuerdo (que el Consejo de Seguridad endosó, resolución 1192, de 1998) para someter a los acusados a un tribunal escocés que debía constituirse en los Países Bajos y suspendió las sanciones impuestas a Libia una vez que el Secretario General informó que el acuerdo se había ejecutado. El Tribunal escocés constituido en La Haya dictó sentencia el 31 de enero de 2001, absolviendo por falta de pruebas a uno de los acusados y condenando al otro a cadena perpetua. La lectura de la sentencia permite sostener que la decisión de los jueces se basó en conjeturas, no en pruebas, y desde las instancias de la Liga de Estados Árabes y de la Unión Africana se ha exigido la libertad de quien ha sido, según dicen, “condenado por razones políticas”.

Antonio Remiro Brotóns

impelido a actuar para, a la velocidad del rayo, dar respuesta a las exigencias planteadas por los Estados Unidos de América en relación con la cuestión de Lockerbie". Las sanciones contra Libia se levantaron definitivamente sólo una vez que Libia se avino a todas las exigencias anglosajonas (resolución 1506, de 12 de septiembre de 2003).

El segundo caso en que el Consejo de Seguridad se lanzó a ordenar la entrega de presuntos autores de actos criminales, calificados como terrorismo internacional, tuvo que ver con el intento de asesinato en Addis-Abeba del presidente de Egipto, Hosni Mubarak. Su destinatario fue Sudán, cuyo gobierno se consideraba detrás del frustrado magnicidio. El Consejo siguió el modelo Lockerbie al ordenar, en una primera resolución, la inmediata entrega de los implicados, conforme al tratado de extradición etíope-sudanes, y el desistimiento de toda asistencia a las actividades terroristas (resolución 1044, de 1996) y pasar, en una segunda resolución, incumplida la primera, a la constatación de que dicho incumplimiento constituía una amenaza a la paz y seguridad internacional y procedía, en aplicación del Capítulo VII de la Carta, la imposición de sanciones (resoluciones 1054 y 1070) hasta la fecha en que el Consejo verificase que se habían satisfecho las obligaciones impuestas.

Así las cosas, dos años más tarde -el 7 de agosto de 1998-, se produjeron los atentados con bombas contra las embajadas estadounidenses en Nairobi (Kenia) y Dar-Es-Salaam (Tanzania) con doscientos veinticuatro víctimas mortales y cuatro mil heridos. El Consejo de Seguridad condenó "enérgicamente" estos hechos (resolución 1189, del 13 de agosto), instando a estados y organizaciones internacionales a cooperar en las investigaciones en curso en Estados Unidos, Kenia y Tanzania para capturar y entregar rápidamente a la justicia a los autores, considerados miembros de Al Qaida. Gracias a esa cooperación, los sospechosos fueron presos, extraditados a Estados Unidos, juzgados en enero de 2001 y condenados a cadena perpetua (ya en octubre, después del 11-S).

Sin embargo, al día siguiente de que se adoptase la resolución del Consejo que acabó dando sus frutos, Estados Unidos decidió acciones armadas que ejecutó el 20 de agosto, trece días después de los atentados, invocando "legítima defensa". Sudán estaba en la lista de países terroristas del Departamento de Estado y el Presidente Clinton -al tiempo

que bombardeaba los posibles campos de entrenamiento en Afganistán de los secuaces de Osama bin Laden- decidió bombardear también en las afueras de Jartum la fábrica de medicamentos y vacunas de uso veterinario Al - Shifa' -que satisfacía el cincuenta por ciento de las necesidades de Sudán- alegando -sin pruebas- que allí se fabricaban precursores químicos del agente nervioso VX. La solicitud de Sudán al Consejo -inmediatamente después del bombardeo- de que se enviase una comisión de investigación para verificar los hechos relacionados con la acusación de Estados Unidos nunca fue atendida, a pesar de contar con el apoyo del Movimiento de Países No Alineados, de la Conferencia Islámica y de los grupos africano y árabe en las Naciones Unidas. Las sanciones a Sudán se levantaron solo el 28 de septiembre de 2001 (resolución 1372), poco después del 11-S y antes de que Estados Unidos (con Gran Bretaña) preparase nuevas acciones de "legítima defensa", ahora en Afganistán.

Dada la repulsa unánime y contundente de los crímenes del 11-S, nadie estuvo, al parecer, dispuesto a poner en tela de juicio que la acción armada de Estados Unidos (y de Gran Bretaña) iniciada el 8 de octubre de 2001 era una acción de "legítima defensa". En un plano regional, tanto los aliados de la OTAN, como los del TIAR, desempolvaron las cláusulas de legítima defensa colectiva para ponerse a la orden. También el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, recordaba que el Consejo había reafirmado el derecho inmanente de legítima defensa en sus resoluciones de septiembre y en el seno de este órgano nadie elevó, al menos públicamente, la mínima objeción. Los medios y la opinión ciudadana percibían la reacción de los Estados Unidos en términos de "defensa".

Pero, en el debate jurídico hay que hilar más fino. "No toda defensa legítima es legítima defensa". La "legítima defensa" es siempre

una excepción dentro de un sistema (de seguridad colectiva) en el que el poder coercitivo está depositado en instituciones comunes, en nuestro caso el Consejo de Seguridad. En un sistema así, la “legítima defensa” se justifica por el hecho de que un ataque armado está en curso y ha de atajarse en tanto las instituciones comunes toman las medidas pertinentes.

Quienes estiman procedente la “legítima defensa” en este caso han sostenido la oportunidad de equiparar los actos terroristas de grupos organizados como Al Qaida al “ataque armado”, a la “agresión” de un Estado, pues son más fuertes que muchos de ellos y acaban infiltrando sus órganos; la mención de la “legítima defensa” en las resoluciones 1368 y 1373 (2001) habría abierto el camino a dicha equiparación, separándose de los precedentes; además, la operación de Estados Unidos (y Gran Bretaña) satisfaría las condiciones sustanciales de necesidad, inmediatez y proporcionalidad de la respuesta que caracterizan su ejercicio adaptadas a la circunstancia de un ataque terrorista, así como las de procedimiento que impone la Carta, pues las medidas fueron comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y solo han de cesar una vez que el Consejo decida la acción necesaria para restablecer la paz y seguridad internacionales, lo que no ha ocurrido.

Cada una de estas afirmaciones puede ser contestada. Así, podría argüirse que las referencias a la “legítima defensa” se hacen en párrafos preambulares de las resoluciones 1368 y 1373 (2001), en un momento, además, en que ni siquiera estaba indiciada la autoría de los aborrecibles crímenes; que en la parte dispositiva (numeral 1) de la resolución 1368 los ataques terroristas se califican como “amenaza a la paz” internacional, no como “ataque armado” (sin el cual no hay “legítima defensa”); que en esta misma resolución expresa el Consejo su disposición a tomar “todas las medidas necesarias” para responder a tales ataques, “con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta” de las Naciones Unidas; que, incluso considerando la acción terrorista un “ataque armado”, este ya no estaba en curso el 8 de octubre. La “legítima defensa” no puede dilatarse indefinidamente y, desde luego, es un disparate pretender, como avisaba el Representante Permanente de Estados Unidos en su misiva del 7 de octubre al Presidente del Consejo, que, una vez que avance la investigación, “acaso lleguemos a la conclusión de que nuestra legítima defensa requiere más acciones contra otras organizaciones y otros Estados”.

«EN LOS TRES PRIMEROS MESES, LAS VÍCTIMAS CIVILES DE LA OPERACIÓN MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS EN AFGANISTÁN SUPERARON, SEGÚN CÁLCULOS CONSERVADORES, LAS DEL 11-S, A PESAR DEL COMPROMISO EXPRESADO EN LA CARTA DEL EMBAJADOR NORTEAMERICANO AL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE MINIMIZAR LOS “DAÑOS COLATERALES”».

3. Legítima defensa más allá de la legítima defensa

No es la “legítima defensa”, que se invoca para guardar las apariencias y escamotear el desdén del *hegemon* hacia el sistema de seguridad colectiva de la Carta, el concepto que mejor define la operación militar de los Estados Unidos (y sus aliados) en Afganistán, como antes en Sudán y en otras partes en que se afana en combatir el “terrorismo internacional”. El concepto apropiado es la *autotutela* o autodefensa, la institución primitiva en cuya virtud cada Estado, por sí o mediante las oportunas alianzas, persigue la satisfacción de sus intereses, recurriendo eventualmente a la fuerza armada, a título o no de represalias o contramedidas. Al fin y al cabo, el presidente George W. Bush contaba con la más amplia autorización del Senado para “usar toda la fuerza necesaria y apropiada contra aquellas naciones, organizaciones o personas que en su opinión planearon, autorizaron, ejecutaron o ayudaron a realizar los ataques terroristas (...) o albergaron a tales organizaciones o personas” (*U.S. Senate Joint Resolution 23*, del 14 de septiembre de 2001).

Antonio Remiro Brotóns

Que los Estados Unidos han deseado evidenciar su “absoluta soberanía”, su cualidad “imperial”, se percibe mejor considerando que, si de lo que se trataba era de perseguir a Osama bin Laden, deshacer su organización terrorista y destruir sus campos e infraestructura en el Afganistán y acabar con los talibanes, el Consejo de Seguridad habría brindado, sin duda, la autorización requerida. Recordemos que el Consejo ya había ordenado la entrega del saudita como consecuencia de crímenes anteriores y se estaban aplicando sanciones a los talibanes por ello. Pero Estados Unidos no pidió esa autorización ni ninguna otra, reservándose el derecho de seguir persiguiendo “terroristas” en “legítima defensa”, esto es, en “autotutela”, allí donde los olfatee, una vuelta al sistema decimonónico con nuevas tecnologías.

Dentro de la sustancial alteración conceptual de la “legítima defensa”, el “documento sobre estrategia de seguridad nacional de los Estados Unidos” (septiembre de 2002) ensanchaba la noción a fin de incluir las respuestas armadas “preventivas” adaptando -decía- el concepto de ataque armado a las capacidades y objetivos de los terroristas y los Estados que los cobijan. Desde luego, una legítima defensa preventiva está fuera de lugar en términos jurídicos aunque, una vez más, pueda encajar dentro de la autotutela. Recientemente, en octubre de 2007, el Instituto de Derecho Internacional en resolución adoptada en Santiago de Chile por unanimidad (con una sola abstención) afirmaba que “las doctrinas de legítima defensa ‘preventiva’ (en ausencia de un ataque armado en curso o manifiestamente inminente) carecen de fundamento en Derecho Internacional”⁽⁸⁾.

En el informe sobre las amenazas, los desafíos y el cambio (diciembre de 2004), los miembros del Grupo de Alto Nivel designado por el Secretario General afirman no ser partidarios de modificar el texto ni la interpretación del artículo 51 de la Carta: “si existen buenos argumentos para una acción militar preventiva y buenas pruebas que los corroboren hay que presentarlos al Consejo de Seguridad, que puede autorizar esa acción (...) Si el Consejo (...) decide no hacerlo, por definición habrá tiempo para estudiar otras estrategias, entre ellas la persuasión, la negociación, la disuasión y la contención, antes de volver a la opción militar (...) En un mundo lleno de

amenazas (...) el riesgo para el orden mundial y para la norma de la no intervención en que sigue basándose simplemente es demasiado grande como para aceptar la legitimidad de la acción preventiva unilateral, en contraposición a la aprobada colectivamente. Dejar que uno lo haga es dejar que lo hagan todos”.

“Las amenazas inminentes están plenamente previstas en el art. 51”, corrobora el Secretario General en su informe “sobre un concepto más amplio de libertad” (marzo de 2005). “Cuando las amenazas no son inminentes sino latentes, la Carta concede autoridad plena al Consejo de Seguridad para hacer uso de la fuerza militar, inclusive de manera preventiva, para preservar la paz y la seguridad internacionales”.

4. ¿Solo los Estados pueden ser autores de un ataque armado?

Tradicionalmente, ha venido prosperando una concepción reduccionista, basada en la condición primaria y plenaria de la subjetividad internacional del Estado soberano y en el hecho de que solo los Estados son sujetos territoriales, para sostener que solo entre ellos cabe “ataque armado” y “legítima defensa”. No hay organizaciones internacionales integradas al punto de contar con fuerzas propias que no se reconduzcan a sus Estados miembros y el escenario que plantea la “legítima defensa” no ha de confundirse con el concerniente a la exigencia de una responsabilidad internacional. En cuanto a los “actores no sujetos”, ¿cómo establecer una relación sometida al Derecho Internacional cuando el “agresor imposible” carece de personalidad jurídica? Y si los admitimos como “agresores”, ¿habrá que considerar también que, eventualmente, pueden ser “agredidos”?

(8) Resolución sobre los problemas actuales del recurso a la fuerza en Derecho Internacional. A. Legítima Defensa, numeral 6.

Al margen de las consideraciones técnicas, tales “actores” han de contar con bases territoriales, que solo pueden ofrecer los Estados, por lo que se tiende a imputar a los “huéspedes” las eventuales o supuestas agresiones de sus “invitados”. Pero eso no ha de darse por descontado. En el caso de las acciones militares de Estados Unidos (y Gran Bretaña) en Afganistán, la complicidad del régimen talibán con Al Qaida, el auxilio, refugio o cualquier clase de apoyo no habría bastado, si nos atenemos a los precedentes, para sustentar la legítima defensa frente a Afganistán. Para acomodar la acción armada de Estados Unidos (y Gran Bretaña) a esa premisa, habría que imputar al Afganistán talibán directamente la autoría de los hechos del 11-S. Si la legítima defensa exige que el agresor sea un sujeto internacional, una de dos, o la organización terrorista está bajo el control (¿general? ¿efectivo?) de un Estado o habrá de reconocerse su subjetividad internacional en la medida en que es una “efectividad en acción”.

Ya la Declaración sobre los Principios (resolución 2625-XXV, de 1970) afirmó, en el penúltimo de los párrafos que dedica a perfilar, “el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza” que “[t]odo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar (...) en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”. La Declaración fue invocada por el Consejo de Seguridad en sus resoluciones 1189 (1998) y 1373 (2001). El Estado, pues, que presta asistencia a los individuos y grupos terroristas incurre en un grave ilícito, pero, a menos que estos sean sus agentes, no cabe atribuirle mecánicamente la autoría -y responsabilidad- de sus acciones.

Cuando, en los primeros días de octubre de 1985, Israel bombardeó los cuarteles de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) en Túnez, el Consejo de Seguridad (resolución 573-1985) no admitió el alegato israelí de legítima defensa frente a los ataques terroristas de la OLP, albergada en Túnez desde la fecha en que había sido expulsada de Líbano como consecuencia de la intervención israelí en 1982, condenó el bombardeo y hasta afirmó que Túnez tenía “derecho a una reparación apropiada por la pérdida de vidas humanas y los

daños materiales”. Estados Unidos no vetó el proyecto y la resolución se adoptó con catorce votos a favor y ninguno en contra.

En el asunto Nicaragua (1986), la Corte Internacional de Justicia advirtió, por lo que hace a la relación Estados Unidos con los “contras” nicaragüenses, que, si bien las diversas formas de asistencia prestada a estos por Estados Unidos fueron esenciales para que los “contras” pudieran proseguir su actividad, no eran suficientes para demostrar su total dependencia de los Estados Unidos. “Aunque preponderante o decisiva”, se señala, “la participación de los Estados Unidos en la organización, la formación, el equipamiento, la financiación y el abastecimientos de los “contras”, en la selección de sus objetivos militares o paramilitares y en la planificación de todas sus operaciones, es insuficiente en sí misma, según las informaciones de que dispone el Tribunal, para que puedan atribuirse a los Estados Unidos los actos cometidos por los “contras” en el curso de sus operaciones militares o paramilitares en Nicaragua. Todas las modalidades de participación de los Estados Unidos que se acaban de mencionar e incluso el control general ejercido por los mismos sobre una fuerza extraordinariamente dependiente respecto a ellos no significarían por sí mismas, sin pruebas complementarias, que los Estados Unidos hayan ordenado o impuesto la perpetración de actos contrarios a los derechos humanos y al Derecho Humanitario alegados por el Estado demandante. Estos actos muy bien podrían haber sido cometidos por miembros de la “contra” fuera del control de los Estados Unidos. Para que pueda quedar comprometida la responsabilidad jurídica de estos últimos, debería, en principio, haberse probado que tenían el control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se hubieran cometido las violaciones en cuestión”⁽⁹⁾.

(9) ICJ Reports. *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, s. del 27 de junio de 1986. pp. 62-65, párrafos 110-115.

Antonio Remiro Brotóns

Puede ocurrir que los grupos terroristas sean más fuertes que el propio Estado-huésped, como parece haber sido el caso de la organización *Al Qaida*, que a partir de mayo de 2001, se ha dicho, se convirtió en parte integrante de las estructuras políticas y militares de los talibanes en el Afganistán. El hecho de que el Emirato Islámico -los talibanes-, aun ocupando la mayor parte del territorio afgano, solo fuera reconocido por tres países (Arabia Saudita, Pakistán y Emiratos Árabes Unidos), mientras que el resto del mundo -y la ONU- reconocían al Estado Islámico presidido por Burhanuddin Rabbani, a pesar de su precaria situación, asfixiado en las provincias montañosas del noreste, añade color al análisis.

Es obvio, sin embargo, que “algo se mueve”, sobre todo cuando los movimientos o grupos armados que utilizan la fuerza contra un Estado son más fuertes y escapan al control del que los alberga. Las acciones terroristas, sobre todo después del 11-S, han endurecido el debate. Nuestra posición está abierta a aceptar que el derecho de legítima defensa puede cubrir la reacción frente al ataque armado de un sujeto no estatal o de un actor no sujeto de Derecho Internacional. En este sentido, no vemos obstáculo insalvable a la subsunción dentro de la legítima defensa de las operaciones militares desencadenadas por Estados Unidos y Gran Bretaña como consecuencia de atentados terroristas imputados a actores no estatales (*Al Qaida*) con la complicidad de gobiernos no reconocidos (talibanes) de Estados miembros de las Naciones Unidas (Afganistán). Tampoco lo vemos para la invocación de este derecho por Israel cuando reacciona frente a las acciones que sobre su territorio ejecuta Hizbollá.

El Instituto de Derecho Internacional, al debatir sobre “legítima defensa” en su sesión de Santiago de Chile (octubre de 2007) ha admitido en principio la aplicación del artículo 51 de la Carta complementada por el Derecho Internacional consuetudinario a los supuestos de ataque armado contra un Estado por “actores no estatales”. Constatando que las situaciones pueden ser muy diversas y plantean complejos problemas, el Instituto ha ofrecido algunas respuestas preliminares. Así, ha afirmado que un Estado puede ser objeto de una acción de legítima defensa por parte de otro que padece un ataque armado de actores no estatales bajo instrucciones, dirección o control de aquel Estado. Asimismo, un Estado puede ejercer su derecho de legítima defensa frente al ataque armado de actores no

estatales en áreas que no se encuentran bajo la jurisdicción de ningún Estado (por ejemplo, la alta mar). En cualquier otra hipótesis, el Instituto se ha limitado, por ahora, a recordar la “obligación de cooperar” con el Estado atacado del Estado cuyo territorio ha servido a los actores no estatales para lanzar el ataque⁽¹⁰⁾.

Creo que podemos ir más allá, aunque en esa progresión cabe seguir explotando analógicamente la legítima defensa o deslizarse por el terreno de otros usos de la fuerza armada que no incurrirían en la prohibición del artículo 2.4 de la Carta (y del Derecho Internacional consuetudinario).

De optar por lo primero, la premisa es siempre el “ataque armado” -las acciones “terroristas” equivalentes a un “ataque armado”- siendo ambos susceptibles de disentimiento al apreciarse en cada caso concreto. La respuesta, por otro lado, habrá de concentrarse en el espacio bajo control del agresor y sobre sus recursos, sin extenderse (a menos que también se le impute la autoría) al territorio y recursos del Estado que lo engloba. En este sentido, las operaciones de Estados Unidos y sus socios en Afganistán debían haber distinguido entre la persecución de *Al Qaida* y la intervención en el conflicto civil afgano en beneficio de los “señores de la guerra” que formaban la llamada Alianza del Norte que condujo al colapso a corto plazo del régimen talibán. Asimismo, si Israel se considera víctima de las insidias de Hizbollá, desde sus bases en el sur del Líbano, su respuesta en agosto de 2006 -suponiendo que las acciones del movimiento chiíta libanés respondían a los estándares del “ataque armado”- debió circunscribirse a las comarcas, al sur del río Litani, bajo control de Hizbollá.

En todo caso, la licitud del ejercicio de ese derecho está sujeta a las condiciones de toda legítima defensa. Unas, impuestas por la misma

(10) Resolución sobre los problemas actuales del recurso a la fuerza en Derecho Internacional. A. Legítima Defensa, numeral 10.

naturaleza del derecho que se invoca (necesidad, inmediatez, proporcionalidad) y otras por su inserción en un sistema de seguridad colectiva (provisionalidad y subsidiariedad).

5. ¿Otros usos de la fuerza lícitos?

La justificación del recurso unilateral a la fuerza armada podría buscarse no por la vía del ensanchamiento de la noción de legítima defensa, sino aprovechando la propia formulación de la prohibición en el artículo 2.4 de la Carta que, *in fine*, la refiere a su incompatibilidad “con los propósitos de las Naciones Unidas”, el primero de los cuales es, justamente, “el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”. Y el terrorismo, ¿no es acaso una “amenaza”, según numerosas resoluciones de la Asamblea general y del Consejo de Seguridad, para la paz y seguridad internacionales?

En una sociedad con escasos recursos institucionales, un planteamiento así puede hacer camino, siempre que no se cierren los ojos a los peligros de una utilización abusiva y descontrolada -en tanto que unilateral y descentralizada- de la fuerza. Los defensores del orden establecido son especialmente sensibles a esta posibilidad frente a una violencia que no se concreta en un ataque armado y la sociedad internacional organizada, las Naciones Unidas, es incapaz de detener y reprimir. La lucha contra el “terrorismo” internacional encontraría aquí una justificación alternativa a la “legítima defensa”, cuando sus acciones no se identifican con el “ataque armado”. Lamentablemente, quienes entran en conflicto con movimientos de liberación colonial y contra la ocupación extranjera (que también amparan en la libre determinación de su destino su lucha armada) tienden a confundirlos indiscriminadamente con movimientos y acciones terroristas.

En principio, el recurso a la fuerza para replicar a los usos de la fuerza armada que no alcanzan la consideración de “ataque armado” y que la sociedad internacional organizada es incapaz de detener y reprimir no puede ser prohibido por el Derecho. En 1976, un comando israelí ocupó temporalmente el aeropuerto de Entebbe (Uganda) con el fin de rescatar a los pasajeros de un avión secuestrado por un comando palestino que contaba con la complicidad de las autoridades ugandesas. En 1980, una fuerza norteamericana penetró en territorio iraní con la misión de liberar a las personas adscritas a su misión diplomática, mantenidas como rehenes por el gobierno revolucionario, cuya

liberación había sido ordenada, sin éxito, tanto por la Corte Internacional de Justicia (Orden del 15 de diciembre de 1979) como por el Consejo de Seguridad (resoluciones 457 y 461 de 1979). ¿Cabe considerar ilícitos estos actos? Las exigencias de respuesta que se plantean a un gobierno inmerso en este tipo de situaciones no se disuelven con la invocación de reglas categóricas, sobre todo teniendo en cuenta las limitaciones de las resoluciones de los órganos de las Naciones Unidas, incluido el Consejo de Seguridad, cuyas órdenes no fueron acatadas en los casos mencionados. Cuando el objetivo que se persigue al recurrir a la fuerza se considera legítimo por la sociedad internacional tal como se refleja en los órganos de las Naciones Unidas, las expresiones de condena son retóricas o se evaporan al tiempo que se aceptan discretamente sus consecuencias.

La comprensión con que deben contemplarse estos usos de la fuerza -y su licitud- está condicionada a que las acciones estatales sean (i) puntuales en razón de espacio y tiempo, (ii) limitadas y proporcionales en los medios, (iii) supeditadas a la ineficiencia del sistema de seguridad colectiva, (iv) huérfanas de la colaboración, en su caso, del Estado territorial a los efectos de resolver la situación conflictiva, y (v) encaminadas estrictamente a la protección de las vidas de las personas. En determinadas ocasiones, logrado el consentimiento del Estado territorial, las dudas sobre la licitud del uso de la fuerza se desvanecen con mayor facilidad, como ocurrió con la intervención alemana en el aeropuerto somalí de Mogadiscio (1977) o la de Egipto en La Valetta (1985). Ningún otro orden de consideraciones (políticas, estratégicas, de defensa del interés nacional, etcétera) puede enturbiarlas, pues su mixtificación las abocaría a la ilicitud.

En este contexto, el Estado que padece una acción “terrorista” puede sentirse tentado a traspasar los límites, dirigiendo su reacción

Antonio Remiro Brotóns

contra países a los que imputa colaboración con el terrorismo. ¿Queda legitimado el bombardeo de Trípoli y Bengasi (1986) por fuerzas de los Estados Unidos, motivado (entre otros argumentos) por la oleada de atentados terroristas habida el año anterior en suelo europeo (aeropuertos de Roma y Viena; discoteca berlinesa frecuentada por las tropas norteamericanas estacionadas en la ciudad alemana; cruentísimo atentado a un avión de la TWA) tras la que se quiso ver la *longa manu* del régimen libio? La inmoderada reacción de los Estados Unidos, desproporcionada en los medios (por el uso indiscriminado de la fuerza), ilícita en la finalidad (en tanto que punitiva), incurrió en el ámbito más grave de la prohibición del art. 2.4 de la Carta, pues consistió en un auténtico ataque armado, sin que pueda servir excusa alguna, incluida la protección de nacionales o la legítima defensa, para sanar la ilicitud de las represalias armadas.

La repulsa con que debe contemplarse el fenómeno terrorista y lo necesario de contar con armas (las armas del Derecho) para combatirlo eficazmente no justifica un uso indiscriminado de la violencia internacional realizado inclusive contra Estados, anatematizados en ocasiones sin pruebas conclusivas del apoyo que otorgan o la conexión que pudieran tener con movimientos terroristas. Más aun, cuando se realiza al margen de los mecanismos de seguridad colectiva o del recurso a los medios no armados de la aplicación coactiva del Derecho Internacional, como las contramedidas.

6. El “nuevo” papel del Consejo de Seguridad en la lucha antiterrorista

La (auto)marginación del Consejo de Seguridad de las funciones que le atribuye la Carta (y que declara en sus resoluciones estar siempre dispuesto a asumir) se combinó en el caso afgano con (i) el manejo de las misiones humanitarias y la búsqueda de una solución política al conflicto civil, dentro de los límites permitidos por la intervención armada y los objetivos de los Estados Unidos; y, (ii) la asunción de nuevos cometidos, urgidos por Estados Unidos para facilitar la ejecución de su política antiterrorista.

- 1) Mientras Estados Unidos (y Gran Bretaña) con la bula de la legítima defensa y la indulgencia plenaria del Consejo se mueven sin control en pos de su objetivo antiterrorista, bautizado como Libertad Duradera, Naciones Unidas ha tratado de tejer penosamente una salida política al

conflicto civil (sin talibanes) y de sentar las bases de la (re)construcción de un Estado, lo que implicó el despliegue de una Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF), sufragada por los Estados participantes, y de una misión de asistencia (UNAMA) (resoluciones 1378, 1383 y 1386, de 2001, y 1401, de 2002). Por ahora, los resultados no parecen particularmente brillantes: el Presidente Karzai no pasa de ser el alcalde de Kabul y sus alrededores, los “señores de la guerra” conservan su poder feudal, el *burka* sigue siendo una prenda femenina de uso corriente, la producción de adormidera supone la mitad del PNB afgano, etcétera.

Al parecer, a los artífices de la operación Libertad Duradera no les va mucho mejor. En 2006, el Consejo de Seguridad hubo de constatar (resolución 1662) que los “ataques terroristas cada vez más intensos, provocados por los talibanes, Al Qaida y otros grupos extremistas suponían una creciente amenaza”. La consecuencia fue que la ISAF aumentó sus efectivos, extendió su despliegue más allá de Kabul, pasó a ser controlada por la OTAN y se deslizó, con el beneplácito del Consejo (véase, por ejemplo, las resoluciones 1536, de 2004, y sobre todo 1707, de 2006), a operaciones de combate (“medidas necesarias para cumplir su mandato”) en “estrecha consulta (...) con la Coalición que lleva a cabo la operación Libertad Duradera” (resolución 1510, de 2003, y sucesivas), lo que el Consejo ha llamado sinergias operativas (resolución 1659, de 2006) “de conformidad con las funciones que corresponda desempeñar a cada una según la evolución de la situación” (resolución 1662, de 2006) y el “aumento de la coordinación” (resolución 1707, de 2006). Y en eso estamos. El Consejo llama al pleno respeto de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, pero no parece interesado en conocer las denuncias de su violación

por las fuerzas de la “comunidad internacional” en la lucha “antiterrorista” que se desarrolla en Afganistán.

- 2) Pero no se trata sólo de eso. Si el Consejo de Seguridad no ha ejercido todas las funciones que la Carta le atribuye, sí que ha asumido funciones que la Carta no le atribuye, siendo los mismos Estados Unidos los que lo han urgido a ello para servir su propia política antiterrorista.

En enero de 2002, el Consejo renovó y mejoró las medidas coercitivas aplicables a los talibanes, miembros de Al Qaida y asociados incluidos en una lista periódicamente actualizable, alimentada por los Estados (resolución 1390). Congelación de cuentas bancarias y activos financieros, prohibición de viajes y embargo de armas y materiales conexos debían aplicarse por los Estados bajo la supervisión del Comité 1267, ante el que debían rendir informes periódicos. Asistido por un Grupo o Equipo de Vigilancia, las competencias del Comité han ido aumentando (resoluciones 1452, de 2002, 1455, de 2003, 1526, de 2004, 1617, de 2005, y 1735, de 2006), aunque sus frutos han sido magros hasta ahora⁽¹¹⁾.

Por otra parte, el Consejo está dispuesto a asumir funciones de naturaleza legislativa. Considerando el terrorismo en sí mismo una amenaza a la paz y seguridad internacionales, ha decidido combatirlo, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, con medidas preventivas y represoras de la financiación de los actos de terrorismo, suministro de armas, circulación, reclutamiento, refugio o cualquier otra utilización del territorio estatal por terroristas, intercambio de información, auxilio policial y judicial, endurecimiento de las leyes penales y exclusión de la motivación política para denegar la extradición (resolución 1373, de 28 de septiembre de 2001)⁽¹²⁾.

Amén de por su contenido sustantivo, esta resolución, publicada en el BOE, es significativa por otros conceptos: en primer lugar, porque invoca como antecedentes las resoluciones 1269 (1999) y 1368 (2001), resoluciones que, en todo caso, no buscaban expresamente su fundamento en el Capítulo VII de la Carta y, con carácter general, se limitaban a insistir

en la vía de los convenios internacionales como método para eliminar el terrorismo; en segundo lugar, porque su patrocinador fue Estados Unidos, diez días antes de ejecutar su acción de legítima defensa, lo que evidencia su deliberado propósito de hurtar al Consejo las competencias sobre el uso de la fuerza que le corresponden según el Capítulo VII de la Carta, endosándole otras que es, cuando menos, dudoso que le correspondan.

La resolución 1373 (2001) que, previamente cocinada, se aprobó por unanimidad en cinco minutos, viene a imponer a los miembros de las Naciones Unidas una parte de los contenidos del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999), sustituyendo su voluntad soberana. Las medidas decididas son, muchas de ellas, obligaciones de comportamiento que acaban cayendo en cascada sobre las Cámaras legislativas. Para evitar que sus órdenes queden en agua de borrajas, el Consejo no solo expresa “su determinación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación plena de esta resolución”, sino que “decide establecer (...) un Comité (...) integrado por todos los miembros del Consejo, para verificar(la)” y exhorta a todos los Estados a la presentación de informes periódicos sobre las medidas adoptadas conforme a un calendario propuesto por el Comité.

El 26 de marzo de 2004 el Consejo decidió consolidar la estructura del Comité contra el Terrorismo con la creación de una Dirección Ejecutiva cuyo titular sería nombrado por el Secretario General previa consulta con el Consejo y a reserva de su aprobación⁽¹³⁾. De esta manera prevaleció la idea, patrocinada por

(11) HINOJOSA, Luis. *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*. Madrid: 2008. pp. 117-156.

(12) *Ibid.*; pp. 157-201.

(13) El español Javier Rupérez, que hasta entonces había sido embajador de España en Washington, fue el primer director ejecutivo del Comité.

Antonio Remiro Brotóns

Estados Unidos, de que fuera un órgano subsidiario del Consejo -y no una oficina bajo la dependencia directa del Secretario General- el que, en Naciones Unidas, centralizase la lucha contra el terrorismo. Asimismo, en octubre del mismo año (resolución 1566) se constituyó un grupo de trabajo compuesto por todos los miembros del Consejo. En marzo de 2008, el Consejo (resolución 1805) decidió que la Dirección Ejecutiva seguiría actuando “como misión política especial, con la orientación normativa del Comité contra el Terrorismo, durante el período que terminará el 31 de diciembre de 2010”, subrayando que el objetivo último de éste es “asegurar la plena aplicación de la resolución 1373 (2001)” y “espera(ndo) con interés el ‘Estudio sobre la aplicación de la resolución 1373 (2001) a nivel mundial’”.

Los “nuevos poderes” que se ha atribuido el Consejo de Seguridad sin que, aparentemente, los Estados miembros de las Naciones Unidas hayan alzado la voz, plantean serias cuestiones.

Una de ellas es el papel que han de representar en adelante los tratados celebrados para, mediante la cooperación interestatal, prevenir y eliminar el terrorismo. Los tratados habían sido la columna vertebral de la lucha hasta que el Consejo decidió cubrirse con la púrpura del Capítulo VII para tomar medidas legislativas e impartir órdenes. En este sentido se había venido pronunciando la Asamblea General en las numerosas resoluciones aprobadas a partir de 1972. La Asamblea sigue insistiendo en ello -es el primer punto de su “estrategia mundial contra el terrorismo” (resolución 60/288, de 8 de septiembre de 2006) y no faltan las incitaciones del Secretario General a sumarse a los convenios en vigor y a la preparación de otros. El mismo Consejo de Seguridad que “legisla” y “ordena” ha abundado en la invitación a los Estados miembros a obligarse por -aplicar y cooperar en la aplicación de- los convenios relativos al terrorismo y en la conveniencia de elaborar nuevos instrumentos internacionales a medida que las circunstancias lo aconsejen⁽¹⁴⁾.

Sin embargo, la vinculación, directa o indirecta, de un terrorista y/o un grupo terrorista a las autoridades, reconocidas o no, de un Estado parece arruinar las posibilidades abiertas por los mecanismos de cooperación dispuestos mediante tratados, que se basan en la igualdad, buena fe y confianza

recíprocas. Esos tratados suelen incorporar la regla *aut dedere aut iudicare* y ¿quién está dispuesto -Lockerbie en el espejo- a confiar en la administración de justicia del Estado directa o indirectamente vinculado con los presuntos criminales? Las resoluciones del Consejo de Seguridad fundadas en el Capítulo VII de la Carta reclamarán, con base en el artículo 103, su prevalencia sobre los tratados. Los derechos de los Estados como soberanos y miembros de las Naciones Unidas y partes en estos tratados pueden ser laminados por un poder político aristocrático. Es obvio que incluso el Consejo ha de respetar la Carta de las Naciones Unidas y, por ahí, de existir un control judicial dispuesto por la propia Carta, podría reducirse la ansiedad que genera la cuestión. No obstante, sin perjuicio de que la Corte Internacional de Justicia pueda animarse en el futuro a estimar inaplicable una resolución del Consejo que, en el caso concreto, estime incompatible con la Carta o con principios imperativos del Derecho Internacional, lo cierto es que las resoluciones no son directamente recurribles ante órgano alguno. No hay órgano que controle al Consejo.

7. Terrorismo, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario

La prevalencia de las resoluciones “antiterroristas” de un órgano de estas características, aparentemente omnímodo cuando sus cinco miembros permanentes no están en desacuerdo, ofrece reverberos aun más inquietantes cuando las resoluciones incluyen medidas que coartan derechos fundamentales de las personas, especialmente protegidos en los sistemas jurídicos estatales o en regímenes internacionales particulares. Los riesgos de error y arbitrariedad en

(14) Véase, por ejemplo, resolución 1269, de 1999; resoluciones 1368 y 1373, de 2001; resolución 1566, de 2004; resolución 1624, de 2005.

la identificación de personas físicas y jurídicas incluidas o susceptibles de serlo en la poco honrosa lista (la lista consolidada) de terroristas, elaborada por el Consejo de Seguridad, unidos a las exigencias de “reserva” y “confidencialidad” con que se manejan estos asuntos, son difícilmente compatibles con las garantías individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconocen a los ciudadanos en los Estados -de derecho- democráticos. De ahí las aprensiones que en algunos países afloran cuando son llamados a satisfacer obligaciones impuestas por un Consejo que, buscando solo la eficacia, ha sido hasta ahora poco sensible a estas consideraciones, aunque en las resoluciones más recientes se advierte una cierta atención a ellas (véase, por ejemplo, las resoluciones 1617, de 2005, y 1735, de 2006⁽¹⁶⁾). ¿Acaso los guardianes de la Constitución o de los tratados constitutivos de una organización internacional (como la Unión Europea) han de acatar y cumplir resoluciones del Consejo de Seguridad susceptibles de afectar derechos que han de tutelar, simplemente porque lo dispone el Consejo?

No aplicar las resoluciones del Consejo que se juzgan incompatibles con normas constitucionales del Estado o con los tratados constitutivos de la Unión Europea es, en mi opinión, lo que deben hacer los guardianes de estos sistemas y regímenes. Una decisión así se facilitaría, probablemente, si se admite que tales resoluciones no son *self-executing*. En ese caso, su aplicación y eficacia interna pasaría por su incorporación en actos normativos (leyes y reglamentos) estatales (o comunitarios) sometidos, como tales, al control judicial. Los poderes legislativo y ejecutivo del Estado (o sus equivalentes de la Unión Europea) podrían, de esta manera, “filtrar” los efectos de las resoluciones del Consejo que consideren *ultra vires* o incompatibles con principios fundamentales de su sistema jurídico. Pero, si integramos las resoluciones del Consejo en el “bloque de la constitucionalidad” y disponemos su aplicación y eficacia directa por encima de las normas jurídicas internas (como se advierte, por ejemplo, en el artículo 94 de la Constitución de los Países Bajos), el desamparo será difícil de evitar. He ahí como una medida aparentemente avanzada y progresista, destinada a servir la institucionalización de la

«AUNQUE EL ARTÍCULO 3 COMÚN NO PRECISA CUALES SON ESAS GARANTÍAS, DEBE ENTENDERSE QUE INCLUYEN POR LO MENOS EL MÍNIMO RECONOCIDO POR EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO, QUE SE VE REFLEJADO EN EL ARTÍCULO 75 DEL PROTOCOLO I (1977)».

sociedad internacional, puede acabar teniendo efectos perversos.

Dado que la “estrategia mundial contra el terrorismo” (AG, res. 60/288) reconoce que la lucha antiterrorista ha de ajustarse a las obligaciones de Derecho internacional, en particular las normas de derechos humanos, las relativas a los refugiados y de Derecho Internacional Humanitario, y el mismo Consejo de Seguridad invita a los Estados miembros -así en la resolución 1456 (2003)- a cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo son conformes con las normas internacionales, no ha molestar que los órganos estatales (o comunitarios) comiencen su escrutinio con las medidas que el propio Consejo ordena. Así, los Estados y demás sujetos destinatarios de las resoluciones del Consejo son invitados a rehusar la implementación de medidas que no satisfacen los estándares mínimos de respeto de derechos fundamentales de la persona y, de no hacerlo a nivel ejecutivo, los jueces habrán de cuidar de ello.

La Comunidad Europea debe, en el ámbito de sus competencias, ejecutar las resoluciones

(15) En el formulario de remisión de propuestas de inclusión de una persona en la lista consolidada enviadas al Comité 1267 por los Estados miembros, que aparece en el anexo I de esta resolución, se pide información no solo sobre la fecha y lugar de nacimiento, sino también sobre “otras fechas” y “otros lugares” de nacimiento (“si procede”). Cabe suponer que la procedencia de estos datos tiene que ver con la absoluta inseguridad del remitente acerca de la fiabilidad de los mismos y no de la ubícuo y diacrónica aparición de los presuntos terroristas.

Antonio Remiro Brotóns

del Consejo de Seguridad porque, de no hacerlo, el cumplimiento de las obligaciones internacionales de sus Estados miembros quedaría en entredicho, pero también debe garantizar que no se vulneran arbitrariamente derechos individuales reconocidos por el Derecho comunitario primario (que incluye el *ius cogens* internacional). Quienes se han visto perjudicados por la aplicación de reglamentos adoptados en ejecución de resoluciones “antiterroristas” del Consejo han acudido ya a los órganos judiciales de la Unión impugnando los actos comunitarios por violación de sus derechos fundamentales. Las primeras decisiones (del Tribunal de Primera Instancia, asuntos Kadi y Yusuf/Barakaat, 2005/278 y 279, Chafi Ayadi, 2006/198) no son, sin embargo, muy alentadoras. Aunque el Tribunal admite que el *ius cogens* internacional limita el carácter obligatorio de las resoluciones del Consejo, no aprecia su vulneración en los casos sometidos a su consideración. Su argumentación es muy discutible a la luz de los derechos de defensa y de la tutela judicial efectiva, concebidos como derechos fundamentales de las personas, que forman parte del núcleo fundamental del orden jurídico comunitario⁽¹⁷⁾.

Estas sentencias han sido apeladas y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas deberá sentar jurisprudencia, pues son numerosos los recursos en tramitación en la actualidad. Entretanto, el 16 de enero de 2008 se publicaron las conclusiones del Abogado General, Poirares Maduro, en el asunto Kadi, que enmiendan la plana al Tribunal de Primera Instancia y, muy correctamente, afirma que “incurrió en error de Derecho al declarar que carecía de competencia para examinar el Reglamento controvertido a la luz de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario”, rechazando cualquier especie de doctrina de las cuestiones políticas limitativa de la competencia judicial en casos antiterroristas. Entrando en el fondo, el Abogado General sostiene que el respeto de los derechos fundamentales, como el de ser oído, la tutela judicial efectiva y el derecho de propiedad, que entiende violados en este caso, no ha de ser menos riguroso por el hecho de que estén en juego medidas antiterroristas. ¿Seguirá el Tribunal de Justicia la opinión del Abogado General?

Cabe esperar que los tribunales dedicados a la protección de los derechos humanos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos), contrastando las resoluciones del Consejo con los tratados (de los que son guardianes), que contienen un cierto número de normas imperativas, y las cortes constitucionales estatales haciendo otro tanto a la luz de la Constitución, asuman planteamientos similares a los del Abogado General Poirares Maduro. No hay que dar por descontado, como han sostenido la Comisión, el Consejo y Gran Bretaña al hilo del recurso Kadi, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos esté dispuesto a renunciar a su competencia cuando las medidas presuntamente violatorias de derechos recogidos por la Convención Europea se amparan en una resolución del Consejo de Seguridad.

Mencionemos, a título indicativo, si bien en relación con medidas antiterroristas de carácter nacional, la firme posición adoptada por el Tribunal Europeo (Gran Sala) en la sentencia dictada por unanimidad el 28 de febrero de 2008 en el caso *Saadi c. Italia*. Saadi, tunecino residente en Italia, fue preso preventivamente en octubre de 2002 y condenado el 9 de mayo de 2005 por un tribunal de Milán por terrorismo internacional. Dos días después también lo era *in absentia* en Túnez por un tribunal militar. Cumplida su pena, el Ministerio del Interior italiano ordenó su deportación a Túnez en aplicación de la Ley sobre medidas urgentes para combatir el terrorismo internacional, de 25 de julio de 2005. El Tribunal Europeo, al que recurrió Saadi, determinó que la ejecución de la medida de deportación violaría el artículo 3 de la Convención Europea (que prohíbe la tortura) considerando que, en Túnez, Saadi corría

(16) BLÁZQUEZ, Irene y Carlos ESPÓSITO. *Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos Ahmed Ali Yusuf/Al Barakaat International Foundation et Yassin Abdullah Kadi*. En: *Revista Española de Derecho Europeo*. Número 17, 2006.

un alto riesgo de ser torturado o sometido a un tratamiento inhumano o degradante. Es especialmente interesante subrayar que el Tribunal rechaza la argumentación de Gran Bretaña, que se había personado como tercero interviniente, según la cual la posibilidad de que una persona suponga una grave amenaza a la comunidad en su conjunto debe prevalecer sobre el riesgo de que esa persona pueda ser objeto de malos tratos una vez deportada. El Tribunal insiste en el carácter absoluto de la prohibición del artículo 3 de la Convención Europea, sin excepciones. Asimismo, el Tribunal rechazó el argumento británico de que la prueba del eventual maltrato de una persona considerada una amenaza para la seguridad nacional debía ser más exigente. La Corte añadió que, incluso en el caso de que Túnez hubiera ofrecido garantías diplomáticas de que Saadi no sería sometido a un trato contrario al artículo 3 de la Convención, eso no habría sido por sí solo suficiente para concluir que el interesado estaba de hecho protegido contra el riesgo de un maltrato y que, en consecuencia, Italia había cumplido con sus obligaciones.

Lamentablemente, la forma en que la Administración de George W. Bush y la de otros gobiernos asociados están conduciendo su “guerra contra el terrorismo” a partir del 11-S ha creado un notable confusiónismo y no parece ajustarse escrupulosamente a la normativa internacional. En los tres primeros meses, las víctimas civiles de la operación militar de los Estados Unidos en Afganistán superaron, según cálculos conservadores, las del 11-S, a pesar del compromiso expresado en la carta del embajador norteamericano al Presidente del Consejo de Seguridad de minimizar los “daños colaterales”. Atendiendo al tipo de armamento, duración de los bombardeos y los barrios y aldeas atacadas, cabe sugerir que normas esenciales del Derecho Internacional de los conflictos armados y del Derecho Internacional Humanitario fueron infringidas. Talibanes y presuntos terroristas apresados, etiquetados como “combatientes enemigos ilegales”, no recibieron, por otro lado, el tratamiento exigido por los Convenios de Ginebra para los prisioneros de guerra. Por el contrario, las detenciones ilegales, las torturas y la falta absoluta de garantías individuales fueron moneda corriente, una forma de proceder absolutamente incompatible con el estado de derecho democrático (que incluye las obligaciones internacionales de los Estados).

Para deshacer la madeja de los malentendidos y las interpretaciones políticamente sesgadas, conviene puntualizar, en primer lugar, que una persona detenida por su presunta

implicación en actividades terroristas solo puede ser incluida en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario si su apresamiento se produce en el contexto de un conflicto armado, internacional o interno. Pero, de no ser ese el caso, no hay que presumir que el detenido cae en el agujero negro de un vacío legal, pues siempre le serán aplicables las normas que protegen los derechos humanos. Así, podrían calificarse las situaciones de quienes, en Italia, Alemania y otros países, han sido detenidos irregularmente (*secuestrados*) para ser trasladados a centros de detención en terceros Estados donde han sido sometidos a interrogatorios bajo métodos coercitivos que no son compatibles con la prohibición de la tortura.

El estatuto de los presuntos miembros de Al Qaida presos en Afganistán, Pakistán o Irak en el curso de los conflictos armados que se viven en la región sí puede ser considerado, además, a la luz de los Convenios (1949) y Protocolo I (1977) de Ginebra. Entre los diferentes motivos alegados por Estados Unidos para rechazarlo, figura la afirmación de que la guerra contra Al Qaida no es un conflicto entre Partes Contratantes (del que habla el artículo 2 común, párrafo 1, de los Convenios), ignorando que el párrafo 2 del mismo artículo afirma la aplicabilidad del Derecho de Ginebra “en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio” de una Parte Contratante y que el artículo 3 común establece para cualquier clase de conflicto armado no internacional que surja en el territorio de una Parte Contratante la obligación de aplicar un estándar humanitario mínimo que el propio artículo precisa. El artículo 4 dispone, además, la protección de “las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto u ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.

Si con *Rasul et al. v. Bush* (2004) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos acabó con el disparate de pretender que el centro de

Antonio Remiro Brotóns

detención de Guantánamo (y lo mismo podría decirse de otros bajo control efectivo de la Administración norteamericana) está fuera de la jurisdicción federal por no encontrarse en territorio de los Estados Unidos, con *Hamdan v. Rumsfeld* (2006) ha afirmado que, por lo menos, el artículo 3 común es aplicable a cualquier individuo, con independencia de su nacionalidad, implicado en un conflicto “en el territorio de una Parte” y, por consiguiente, a los presos en Guantánamo que fueron detenidos en Afganistán⁽¹⁷⁾. La decisión se sitúa en el curso marcado en su día por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia que, en el caso Tadic (1995), afirmó que el artículo 3 común es el estándar mínimo aplicable en cualquier conflicto armado, internacional o interno.

¿Prisioneros de guerra? El artículo 5 del Convenio III de Ginebra exige para ostentar esta condición el respeto del Derecho Internacional Humanitario, responder a las órdenes de un mando responsable y portar abiertamente las armas y signos distintivos de su condición militar. En caso de duda, “mientras un tribunal competente” se pronuncia al respecto debe reconocerse este estatuto a quien lo demanda, salvo que se trate de una pretensión manifiestamente infundada. De no ser prisioneros de guerra, serán personal civil detenido por presuntas actividades perjudiciales a la seguridad del Estado, lo que permitiría negarles los derechos y privilegios del Convenio IV de Ginebra en la medida requerida por la seguridad militar, debiendo ser siempre tratados con humanidad y conservando en todo caso su “derecho a un proceso equitativo y legítimo” tal como lo prevé el Convenio.

Esos “tribunales competentes” no eran, desde luego, las “comisiones militares” ideadas por la administración de George W. Bush (Orden Militar 1) y así lo ha declarado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Hamdan v. Rumsfeld*. No se trata solo de que el Presidente no contaba con la preceptiva autorización del Congreso para proceder a su creación ni, en su defecto, había demostrado la “necesidad militar” para ello, sino de que el procedimiento diseñado infringía el artículo 3 común al no respetar el derecho de las personas protegidas a ser enjuiciadas por un tribunal “dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Al hilo de eso, el Tribunal Supremo observa que, aunque el artículo 3 común no precisa cuales

son esas garantías, debe entenderse que incluyen por lo menos el mínimo reconocido por el Derecho Internacional consuetudinario, que se ve reflejado en el artículo 75 del Protocolo I (1977). El procedimiento ante las Comisiones no lo satisfacen, especialmente al no garantizar el derecho de toda persona a hallarse presente en su propio juicio y al permitir que un acusado sea privado del derecho a conocer las pruebas presentadas contra él, entre las que podrían encontrarse declaraciones de testigos no juradas y confesiones arrancadas por la fuerza.

Otra cuestión es la de si un particular puede invocar estos tratados directamente ante los tribunales, lo que ha venido negando el gobierno de los Estados Unidos con la alegación de que sus disposiciones no son *self executing*. El Tribunal Supremo no lo desmiente, pero tampoco lo endosa inequívocamente, pues, en definitiva, considera que la legislación de los Estados Unidos ha incorporado los derechos enunciados por los Convenios de Ginebra. El mentís al Gobierno sí fue expresado elocuentemente por el juez del Distrito de Columbia, para quien el Convenio III de Ginebra era *self executing* porque había sido concluido para proteger a los individuos, había sido aplicado por el Poder Ejecutivo durante cincuenta años sin que nadie cuestionase la falta de medidas legislativas de ejecución, el Congreso había considerado innecesarias dichas medidas salvo en puntos concretos y nada en el Convenio revelaba la intención de las Partes de condicionar su eficacia interna a la promulgación de una legislación de desarrollo.

Lamentablemente, bajo una aparente diligencia en acomodar las medidas del Ejecutivo a los tratados y a la ley federal según la interpretación del Tribunal Supremo, el Gobierno se apresuró

(17) BOLLO, María Dolores. *Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006*. En: REEI. Número 12, 2006.

a remitir al Congreso un proyecto de ley (*Enemy Combatant Military Commissions Act*, 2006), cuyo respeto de los mandatos judiciales es dudoso. En él, se afirma, además, que los Convenios de Ginebra no son una fuente de derechos individuales invocables en juicio, siendo el cumplimiento de sus obligaciones una cuestión entre los Estados Partes. El Congreso, sustancialmente, lo ha hecho suyo. El Presidente estampó su firma en la Ley el 17 de octubre de 2006⁽¹⁸⁾.

Según el Presidente del Comité Judicial del Senado, esta ley hará “retroceder novecientos años los derechos fundamentales”. No en balde la ley suspende el derecho de *habeas corpus* para los detenidos por terrorismo y concede al Presidente (Bush) la más amplia discreción en la interpretación de los convenios de Ginebra, autorizándole a declarar “combatiente enemigo ilegal” y ordenar la detención indefinida de cualquier individuo en cualquier lugar del mundo que “apoye materialmente actos hostiles contra Estados Unidos”, una calificación sometida al criterio de un “tribunal competente” creado por el Presidente (o su Secretario de Defensa) ante el que podrán aportarse pruebas incriminatorias obtenidas mediante métodos coercitivos. Cabe recordar que ya en 2002 un memorando de la Oficina Legal del Departamento de Justicia autorizó a la CIA a aplicar métodos de interrogatorio que no produjeran “el colapso orgánico o la muerte”. Dos abogados de la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU), tras revisar decenas de miles de documentos desclasificados de la administración Bush sobre el trato de prisioneros en Guantánamo, Abu Graib y otros centros de detención bajo control de los Estados Unidos, llegan a la conclusión de que altos funcionarios civiles y militares aprobaron la tortura, el maltrato e, incluso el asesinato, tolerándolo en unos casos, alentándolo en otros, autorizándolo a veces⁽¹⁹⁾. Por si acaso, la ley concede inmunidad frente a cualquier procedimiento criminal a los agentes encargados

de los “interrogatorios coercitivos” al cubrir los actos anteriores al 30 de diciembre de 2005.

Las respuestas dadas por el Gobierno de los Estados Unidos el 1 de noviembre de 2007⁽²⁰⁾ a las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, que cuida de la observancia del Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Políticos y Civiles (1966), formuladas un año antes (el 18 de diciembre de 2006), relativas a detenciones secretas, técnicas de interrogatorio, entrega y *refoulement* de detenidos a países donde pueden ser objeto de torturas y malos tratos, y aplicación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, son reveladoras de la más arbitraria interpretación de las obligaciones internacionales por parte de la administración Bush⁽²¹⁾.

Así, esta administración sigue negando su obligación de aplicar el Pacto fuera del territorio de los Estados Unidos y, en su opinión, conforme a las leyes de la guerra, no está obligada a notificar y facilitar el acceso del Comité Internacional de la Cruz Roja a los combatientes enemigos apresados en el curso del conflicto armado. La administración Bush considera, además, que el Pacto no es aplicable en situaciones de esta naturaleza (a pesar de que la Corte Internacional de Justicia dictaminó en su opinión consultiva sobre “el muro”, en 2004, el carácter cumulativo que, a menudo, sus disposiciones guardan con las del Derecho Internacional Humanitario⁽²²⁾)

(18) El Secretario de Defensa sometió al Congreso el 18 de enero de 2007 un *Manual for Military Commissions* cuyo propósito, se decía, era garantizar que los combatientes enemigos extranjeros ilegales eran perseguidos criminalmente ante “tribunales regularmente constituidos, con todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados”. Sobre esta Ley, véase COSTAS, Milena. *La nueva ley estadounidense de comisiones militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del Derecho internacional*. En: REEI. Número 14, 2007.

(19) JAFFER, Jameel y Amrit SINGH. *Administration of Torture*. Columbia U.P.: 2007.

(20) CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1/Add.1, del 12 de febrero de 2008.

(21) De gran interés es también el informe de los cinco relatores especiales del Comité de Derechos Humanos sobre los detenidos en Guantánamo y la respuesta del gobierno de los Estados Unidos, del 10 de marzo de 2006; 45, ILM, 742 (2006).

(22) *ICJ Reports. Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, op. cons. del 9 de julio de 2004. p. 178, párrafo 106.

Antonio Remiro Brotóns

y que, en todo caso, el artículo 7 del Pacto (que prohíbe la tortura) no es aplicable al *non refoulement*. Si, por lo menos, la administración Bush manejase los Convenios de Ginebra siguiendo la regla general de interpretación de los tratados, recogida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que, más allá de su alcance convencional, tiene un valor consuetudinario, podrían evitarse las consecuencias más graves de semejante planteamiento; pero lamentablemente la administración Bush se ha servido del Derecho de Ginebra de una manera que lo hace irreconocible para un intérprete de buena fe.

8. La responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes: la inmunidad del Estado extranjero

La legislación de los Estados Unidos se ha dotado de los medios necesarios para impedir que una persona, incluso nacional de los Estados Unidos, pueda plantear una acción civil para la reparación de daños y perjuicios extracontractuales deducidos de actos cometidos por funcionarios federales fuera del territorio de los Estados Unidos en violación del Derecho Internacional General o de un tratado que obligue a Estados Unidos. Así, la *Federal Torts Claims Act* excluye la acción cuando los daños se han producido en un país extranjero. Tampoco operan las normas generales sobre *tort claims* en la medida en que los jueces han venido sosteniendo ampliamente las tesis gubernamentales de que esta clase de demandas plantean una “cuestión política” no justiciable en la medida en que supondría la revisión judicial de decisiones de política exterior. Un ejemplo muy reciente lo ha ofrecido la decisión de la Corte de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia en el caso *Harbury v. Hayden*, del 15 de abril de 2008.

La legislación de los Estados Unidos se manifiesta en cambio mucho más dispuesta a facilitar las acciones civiles de la naturaleza indicada, incluso a los extranjeros, cuando se plantean contra funcionarios de otros Estados que actuaron en sus propios países en violación de normas internacionales. La más que bicentenaria *Alien Torts Claims Act* (1789), ignorada durante decenios, fue invocada con éxito en *Filartiga v. Peña-Irala* (1980), una demanda planteada por los familiares de un paraguayo presuntamente torturado y ejecutado por un inspector general de la policía de Asunción, y desde entonces

ha hecho escuela. La *Torture Victim Protection Act* (1991) reforzó esta posibilidad.

Cierto es que este fundamento de jurisdicción no iba acompañado de la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero (que, por lo demás, en el caso mencionado, negó cualquier relación con los hechos), y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dejó sentado (*República Argentina v. Amerada Hess Corp.*, 1988) que la *Alien Torts Claim* permitía demandas contra personas individuales, no contra los Estados, a los que eran aplicables exclusivamente las reglas de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA, 1976).

Sin embargo, en 1996, Estados Unidos decidió someter la inmunidad a su política antiterrorista y enmendó (Sección 221 de la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*) la FSIA para atribuir jurisdicción a sus tribunales y excluir la inmunidad de Estados extranjeros calificados como “terroristas” y de sus agentes en el caso de demandas en reclamación de daños por muertes o lesiones resultantes de actos de tortura, homicidio extrajudicial, sabotaje aéreo o secuestro, incluso si tales Estados se han limitado a prestar apoyo material para su ejecución y con independencia del lugar de comisión (nuevo párrafo 7 de la Sección 1605 (a) de la FSIA).

Las enmiendas legislativas del momento previeron también la imposición de multas punitivas con el fin de disuadir y, en todo caso, obstaculizar las políticas “terroristas” de Estados extranjeros.

Fue así que la *District Court* del sur de Florida (*Alejandro et al. v. The Republic of Cuba*, 1997) condenó a Cuba al pago de más de ciento treinta y siete millones de dólares americanos -equivalentes al tres por ciento del valor de los MIG de la Fuerza Aérea cubana- como multa punitiva por la muerte de los pilotos de las avionetas de Hermanos al Rescate derribados

el 24 de febrero de 1996 sobre el espacio aéreo cubano en el que se encontraban ilegalmente en acciones de propaganda anticastrista.

Asimismo, la *District Court* de Columbia (*S.M. Flatow v. Islamic Republic of Iran et al.*, 1998) condenó a la República Islámica de Irán al pago de doscientos veinticinco millones de dólares americanos -equivalentes al triple de la suma presuntamente destinada por este país a la financiación de actividades “terroristas”- como multa punitiva por la muerte de una estudiante norteamericana a consecuencia de un atentado suicida el 9 de abril de 1995 sobre un autobús turístico en la franja de Gaza, atribuido a una facción de la *Jihad* islámica subvencionada por Irán. Luego, sin embargo, todos los bienes designados por Flatow para conseguir la ejecución de la sentencia en Estados Unidos resultaron cubiertos por la inmunidad de ejecución, siendo su victoria pírrica (*District Court*, 1999).

Las demandas planteadas ante la *District Court* del este de Nueva York por los herederos de las víctimas de la explosión del B-747 de *Pan Am* sobre Lockerbie fueron reconducidas atendiendo a la nueva legislación (véase, por ejemplo, *Rein v. Socialist People's Libyan Arab Jmahiriya*, 1998).

Al objeto de facilitar la “ejecución” de estas decisiones, el Congreso volvió a enmendar la FSIA en 1998 de manera que las víctimas estadounidenses del “terrorismo” pudieran obtener el embargo de propiedades de Estados extranjeros, incluidos locales diplomáticos y consulares. Esta legislación desdeñaba las obligaciones internacionales de Estados Unidos según normas consuetudinarias codificadas por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961), en particular su artículo 45, normas que en 1980 habían permitido a Estados Unidos obtener de la Corte Internacional de Justicia una sentencia que condenó, precisamente a Irán, en el asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán.

De ahí que el presidente Clinton, contrario a las iniciativas legislativas del Congreso, utilizara de inmediato la facultad de suspensión de aplicación de esta disposición que le había sido concedida. Se trataba, en efecto, de una política legislativa contraproducente para los intereses de Estados Unidos, el país con un mayor despliegue diplomático y consular sobre la Tierra, pues podía volverse contra la inmunidad de sus propias

misiones y oficinas en el extranjero. Cabe señalar que, en 2003, Libia promulgó una ley concediendo a sus nacionales el derecho de demandar a Estados extranjeros por daños y perjuicios derivados de sus ilícitos, aun anteriores a la promulgación de la ley, “cuando existan en dichos Estados leyes que autoricen a demandar al Estado libio”.

Conviene volver sobre esta clase de discurso. ¿Debe impedir la inmunidad el ejercicio de la jurisdicción conforme con normas internacionales? ¿Debe acomodarse la respuesta atendiendo al fundamento de dicha jurisdicción? Reconocida la inmunidad penal del agente extranjero en activo, ¿cabe perseguir al Estado cuyas órdenes cumple? La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (abierta a la firma el 17 de enero de 2005) no comprende las actuaciones penales (la resolución 59/38 a la que se aneja la Convención ha creído oportuno puntualizarlo) y, por tanto, no se ocupa de la vidriosa cuestión.

Aunque existe una relación cierta entre el crimen del agente y la responsabilidad del Estado, no parece que los principios que animan la jurisdicción y fijan la inmunidad de aquel deban aplicarse mecánicamente a este. Si rechazar la inmunidad del Estado en un caso de violación grave de derechos humanos planteado ante los jueces del lugar en que se ha producido el crimen parece más que justificado en sus propios méritos, la cuestión es más compleja cuando se pretende fundar la jurisdicción en la nacionalidad o en la residencia habitual de la víctima y, más aún, en el principio de jurisdicción universal, pues primero debería verificarse que esa competencia existe. Si la respuesta es negativa el discurso sobre la inmunidad está de más.

La extraterritorialidad de la jurisdicción estatal ha de mirarse con circunspección, en particular

Antonio Remiro Brotóns

cuando se invoca el principio de protección de intereses estatales esenciales o se confunden estos con los de la comunidad internacional en su conjunto. En materia de torturas o de terrorismo, no es difícil encontrar supuestos en que se utiliza la acción judicial sobre hechos ocurridos en el extranjero no tanto para reprimir los crímenes como para hostigar a países que se consideran “enemigos”.

Dicho esto, en términos *de lege lata*, no cabe sustentar por ahora de forma categórica la existencia de una norma de Derecho Internacional general que ampare la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero cuando la demanda es motivada por una violación grave de derechos humanos, un crimen internacional, como unas torturas o una ejecución extrajudicial.

Enfrentado a la cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Al-Adsani v. Reino Unido*, 2001) ha considerado que el derecho de acceso a los tribunales (artículo 6 de la Convención Europea) no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones que, sin atacar la esencia del derecho, se postulan como un medio razonable para satisfacer un fin legítimo. En el caso sometido a su consideración -una demanda civil planteada en Londres contra el Jeque y el gobierno de Kuwait por torturas padecidas en el Emirato y, de vuelta el demandante a Gran Bretaña, amenazas a su vida- el Tribunal estimó que la limitación de acceso a los jueces está justificada por el cumplimiento de la norma internacional general que prescribe la inmunidad soberana de los Estados y busca promover las buenas relaciones mediante el respeto de las respectivas soberanías estatales. Según el Tribunal, aunque la norma

que prohíbe la tortura es *ius cogens*, Gran Bretaña no estaba obligada a proveer un recurso civil respecto de torturas supuestamente realizadas por agentes extranjeros en un país extranjero; en consecuencia, negó que se hubiese producido una violación del artículo 6 de la Convención Europea.

No obstante, la decisión se tomó por la más estrecha de las mayorías (nueve contra ocho), lo que, en cierto modo, deja las espadas en alto. La minoría, atendiendo a la superior jerarquía de la norma prohibitiva de la tortura, parece decantarse por una afirmación de jurisdicción estatal frente a la que no cabría oponer la inmunidad del Estado extranjero. Un planteamiento así, con esa u otras motivaciones, permite marcar una tendencia favorable a la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero frente al crimen internacional. No obstante, la argumentación en términos de jerarquía normativa ha sido criticada por ignorar la distinción entre normas primarias (entre ellas, la que prohíbe la tortura) y secundarias (entre las que figura la inmunidad de jurisdicción) pertenecientes a órdenes separados, como la Corte Internacional de Justicia ha subrayado al afirmar o negar su competencia conforme a fundamentos irreductibles al objeto de una demanda fundada en la violación de normas imperativas⁽²³⁾.

En todo caso parece demasiado elemental tratar de establecer una suerte de justicia universal *civil* aplicable a los Estados sobre el molde de la justicia universal aplicable, bajo determinadas condiciones, a los individuos responsables de crímenes internacionales. Sería preferible, pues, acomodar las legítimas pretensiones de las víctimas de un crimen internacional mediante otros mecanismos, en particular, la articulación de tribunales internacionales que diriman estos asuntos ante los que no hay inmunidad o la reconversión de la protección diplomática para ponerla al servicio de las víctimas, revisando su concepción como un derecho del Estado soberano. Eventualmente, mientras la inmunidad se considera asentada en una norma segura, cabría salvar el ilícito que supondría ignorarla presentando el ejercicio de jurisdicción como una “contramedida” inducida por el ilícito del Estado demandado, la violación grave de los derechos humanos. A ver qué pasa.®

(23) ESPOSITO, Carlos. *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*. Madrid: 2007.