

«COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS» Y CONFLICTOS ARMADOS: UTILITARISMO INMEDIATO ANTE FENÓMENOS NO RESUELTOS Y NORMAS NO CONSENSUADAS*

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA

Profesor titular de Derecho internacional público
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. LA RESOLUCIÓN 2178 (2014): ANTE LA PERPLEJIDAD DE LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL TERRORISMO Y LA FUNCIÓN HEGEMÓNICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD.—2. EL FENÓMENO DE LOS «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS»: ORÍGENES, EXÉGESIS Y SECUENCIAS POSTERIORES DEL CONCEPTO.—3. «COMBATIENTES Y TERRORISTAS»: ¿UN OXÍMORON JURÍDICO O UNA TERCERA CATEGORÍA *IN NASCENDI*?—4. REACCIONES Y TENSIONES EN LA APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 2178 (2014): ENTRE LA INMEDIATEZ Y LA (IN)CONGRUENCIA CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO.—4.1. Las novedades europeas y española en la prevención y lucha contra los «combatientes terroristas extranjeros». Los riesgos de una posible *objetivación* de la responsabilidad penal.—4.2. La jurisprudencia ante la nueva figura: incertidumbres sobre el Derecho aplicable.—5. LOS «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS» COMO FUNDAMENTO PARA UNA NUEVA EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA: ¿AMPLIACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA O GUERRA GLOBAL Y PREVENTIVA CONTRA EL TERRORISMO?—6. CONCLUSIONES: MÁS INCERTIDUMBRES QUE CERTEZAS.

1. LA RESOLUCIÓN 2178 (2014): ANTE LA PERPLEJIDAD DE LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL TERRORISMO Y LA FUNCIÓN HEGEMÓNICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

El concepto de «combatiente terrorista extranjero» (CTE) y su vinculación con los conflictos armados consagrados en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad causan, cuando menos, perplejidad dentro de la terminología del ordenamiento internacional, pues se conjuga dos categorías

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientado a los Retos de la Sociedad, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Referencia DER2013-41962-R).

jurídicas en principio excluyentes, que operan en ámbitos diferentes y que presentan consecuencias divergentes. Igualmente, la adopción de esta resolución ha supuesto anticipar un tipo penal específico de terrorismo, sin que por el momento se haya consensuado una definición del crimen terrorista, precisamente por el carácter irreconciliable en la utilización de estos términos por parte de los negociadores del proyecto de convenio general sobre terrorismo.

Es verdad que el terrorismo y el conflicto armado referidos en la mencionada resolución presentan singularidades hasta ahora desconocidas. En ella el Consejo de Seguridad observa con preocupación que la amenaza del terrorismo ha cobrado un carácter cada vez más *difuso*, mientras que el Secretario General de las Naciones Unidas ha resaltado que la creciente amenaza que supone el Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIIL, ISIS, conocido también como Daesh) para la paz y la seguridad internacionales se refleja en su estrategia de expansión mundial ante el juramento de vasallaje prestado por numerosos grupos de todo el mundo a Abu Bakr al-Baghdadi y a su «califato»¹. Por otra parte, el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, tras enumerar las cruentas prácticas ejecutadas por la dictadura del terror del ISIS (violaciones generalizadas, sistemáticas y gravísimas de los derechos humanos y del derecho humanitario que podrían calificarse como genocidio y crímenes de lesa humanidad), concluye señalando que «la brutalidad y el carácter generalizado de los abusos parecen estar destinados a reforzar el monopolio absoluto del grupo en la vida política y social y lograr el sometimiento y la obediencia de las comunidades bajo su control. En consecuencia, los civiles que permanecen en las zonas controladas por el EIIL viven en un estado constante y casi inimaginable de pavor»².

Este estado de control efectivo y la subsiguiente expansión global del terror no han encontrado una explicación satisfactoria sobre los logros de estos grupos que combinan la inmediatez y eficacia de su mensaje ideológico con la debilidad en la justificación del mismo. John Carlin, en un artículo publicado en *El País* poco tiempo después de los atentados terroristas de 22 de marzo de 2016 en Bruselas y en referencia a una extensa crítica de dos libros sobre el ISIS publicada en el *New York Review of Books*, afirmaba que «no está claro que nuestra cultura sea capaz de acumular el suficiente conocimiento, rigor, imaginación o humildad para comprender el fenómeno del ISIS. Por ahora deberíamos reconocer que estamos no solo horrorizados, sino perplejos»³. El autor anónimo de la crítica, un *ex* oficial de la OTAN, destacaba que el aumento de los combatientes extranjeros no ha resultado impulsado por nin-

¹ Cfr. Informe de 29 de enero de 2016 sobre la amenaza que plantea el EIIL (Daesh) para la paz y la seguridad internacionales y la gama de actividades que realizan las Naciones Unidas en apoyo de los Estados miembros para combatir la amenaza, S/2016/92 29, p. 3.

² Cfr. párrs. 24 a 29 del Informe de 2015, A/HRC/29/51.

³ «La nueva normalidad», *El País*, 26 de marzo de 2016.

gún cambio reciente en la política nacional o en el Islam. Nada fundamental ha cambiado en el fondo de la cultura o las creencias religiosas entre 2012, cuando apenas había combatientes extranjeros en Iraq, y 2014, cuando se registraron más de 200.000. El único cambio real, según este autor, es que existía un territorio disponible para atraerlos y alojarlos. Si el ISIS no se hubiera apoderado de Raqqa y Mosul, muchos de estos hombres seguirían viviendo sus rutinarias vidas en sus ciudades⁴. Estamos, además, ante lo que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha denominado como la consecuencia de la «trampa del conflicto»: conflictos que engendran más conflictos, partes en un conflicto armado que se fracturan y se multiplican y nuevas partes que intervienen en conflictos en curso. Las tensiones no resueltas, acumuladas a lo largo de los años y las décadas, continúan, según el CICR, agotando los recursos y corroyendo peligrosamente el tejido social y los medios de resiliencia de las poblaciones afectadas⁵.

La perplejidad se debe también a que esta resolución ahonda en la controvertida trayectoria legislativa hegemónica del Consejo de Seguridad pues *ex novo* introduce obligaciones internacionales que a diferencia de otras resoluciones, por ejemplo la Resolución 1373 (2001) y su relación con el Convenio contra la financiación del terrorismo de 1999, no cuentan con un soporte consensuado (un *consensus* mínimo previo) de carácter convencional, institucional o consuetudinario⁶. Haciendo analogía con los procesos de formación de ciertas costumbres, se trataría de la aparición de una «resolución normativa instantánea», en la que la ausencia de una práctica generalizada previa resultaría compensada por la intensidad en la aceptación de la misma. Al margen de la viabilidad de este proceso normativo, cabría preguntarse si el actual orden público internacional asumiría tal posibilidad en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), del Derecho internacional penal y humanitario y del *ius ad bellum*, ámbitos donde se imponen interpretaciones restrictivas y donde resulta altamente cuestionable que este tipo de combustiones instantáneas se produzca salvo que admitamos que su base inflamable son los principios elementales del Estado de Derecho de la comunidad internacional.

⁴ Cfr. «The Mystery of ISIS», *The New York Review of Books*, 13 de agosto de 2015 (<http://www.nybooks.com/articles/2015/08/13/mystery-isis/>).

⁵ Véase CIRC, *El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (2015), 32IC/15/11, XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2015, p. 6.

⁶ Véase la opinión de SCHEINI, M., *ex Relator Especial sobre derechos humanos en la lucha contra el terrorismo*, en «A Comment on Security Council Res 2178 (Foreign Terrorist Fighters) as a “Form” of Global Governance» (<https://www.justsecurity.org/15989/comment-security-council-res-2178-foreign-fighters-form-global-governance/>). Asimismo, los comentarios de GARRIDO MUÑOZ, A., «Un nuevo cortocircuito legislativo en Naciones Unidas: la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativa a los combatientes terroristas extranjeros», *REDI*, 2015-1, pp. 303-307, y de PETERS, A., «Security Council Resolution 2178 (2014): The “Foreign Terrorist Fighter” as an International Legal Person», de 21 de noviembre de 2014 en *EJIL Talk!* (<http://www.ejiltalk.org/>). Asimismo, KATZ COGAN, J., «Stabilization and the expanding scope of the Security Council’s work», *AJIL*, 2015-2, pp. 324-339.

2. EL FENÓMENO DE LOS «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS»: ORÍGENES, EXÉGESIS Y SECUENCIAS POSTERIORES DEL CONCEPTO

Como reiteradamente se ha afirmado, el fenómeno de los combatientes extranjeros no resulta nada novedoso en el panorama de los conflictos armados, tiene casi dos siglos de historia y hace referencia a las personas que abandonan su país de origen o de residencia habitual para intervenir en actividades violentas como parte de la insurgencia o de un grupo armado no estatal en un conflicto bélico⁷. Como ha sucedido con otras reglas o principios del Derecho internacional humanitario (DIH)⁸, la Guerra Civil española suele presentarse como uno de los escenarios al que se desplazaron entre 35.000 a 50.000 voluntarios en apoyo de las fuerzas republicanas o de las fuerzas golpistas sublevadas⁹. Especialmente significativo fue el reclutamiento fascista de los denominados «camisas negras» italianos o cómo se burlaba la prohibición de utilizar el pasaporte estadounidense para alistarse en el ejército de otro Estado, en este caso en defensa de la República española, por parte de la *Brigada Abraham Lincoln*, los «*commis-voyaguers en idéologie*» como los denominó el coronel Morell, agregado militar francés en Madrid¹⁰. Posteriormente, y sin olvidar el conflicto árabe-israelí de 1948, este fenómeno ha estado presente en la mayoría de los conflictos armados tanto internacionales como internos. En tal sentido, los combatientes extranjeros han resultado decisivos en los conflictos desarrollados en Afganistán, tanto el ocupado por la Unión Soviética durante la década de 1980 como el invadido por los Estados Unidos tras la operación «Libertad Duradera» de 2001; en la guerra de los Balcanes tras la desintegración de la antigua Yugoslavia así como en el conflicto checheno de 1999; en las hostilidades y guerras suscitadas en Argelia, Somalia, la zona de los Grandes Lagos o, más recientemente, en Libia, Yemen y en el Sahel.

En cuanto a la vinculación entre combatientes extranjeros y terrorismo, según el informe del Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones, elaborado de conformidad con lo dispuesto en el párr. 23 de la Resolución 2178 (2014), se indica lo siguiente:

«A menudo se considera que Afganistán fue la zona donde aparecieron los primeros combatientes terroristas extranjeros. Fue allí donde Al-Qaida cons-

⁷ MARRERO ROCHA, I., «Combatientes extranjeros y conflictos armados contemporáneos», en *Conflictos Armados, Género y Comunicación*, Madrid, 2015, pp. 82-84.

⁸ Además de la aplicación del DIH a los conflictos internos, C. Fernández Liesa ha relatado el relevante precedente que supuso la Guerra Civil española en las reglas de limitación de medios de combate, las relativas a los bombardeos aéreos y a la protección de bienes culturales, o las de prisioneros y detenidos políticos (*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Histórica*, Cizur Menor, 2013, pp. 476-481).

⁹ MALET, D., *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civil Conflicts*, Oxford University Press, 2013, pp. 92-126, y «Why Foreign Fighters? Historical Perspectives and Solutions», *Orbis Journal of World Affairs*, 54, 2010-1, pp. 102-105.

¹⁰ Citado por THOMAS, H., *La Guerra Civil Española*, vol. 2, Barcelona, 2003, pp. 621 y 623.

truyó un marco ideológico y organizativo para los combatientes terroristas extranjeros en 1998, mediante la declaración de un denominado “Frente Islámico Mundial para la Jihad contra los Judíos y los Cruzados”. Antes de 2001, Al-Qaida mantenía una red de campamentos de adiestramiento de terroristas en el Afganistán, que albergaba a un número significativo de combatientes terroristas extranjeros, que quizás sumaban varios miles. Debido a una relación simbiótica con el movimiento talibán, la mayoría de estos combatientes adiestrados por Al-Qaida fueron asignados a las fuerzas militares de combate de los talibanes»¹¹.

Finalmente, la expresión CTE ha adquirido un estatuto jurídico singular respecto a la lucha contra el denominado Estado Islámico, el Frente Al-Nusra (FNA), así como contra otras entidades afiliadas o grupos disidentes o derivados de Al-Qaida, en virtud de los siguientes factores. En primer lugar, el incremento del número de combatientes extranjeros, la *heterogeneidad* de los Estados de origen¹² y la dificultad en concretar el perfil de sus integrantes¹³. Asimismo, se ha resaltado el fenómeno del *retorno de los combatientes terroristas* (en particular hacia *Occidente*), no solo en la medida en que traen consigo técnicas terroristas desplegadas por el EIIL y están dispuestos a cometer o tramitar atentados, sino también porque participan en otras formas de apoyo a las actividades terroristas, incluidas la radicalización, la financiación, el reclutamiento y la incitación¹⁴. Finalmente, el rasgo singular de la «para-estatalidad» que presentan no solo mediante la ocupación efectiva de territorios en Iraq, Siria o, más recientemente, Libia, sino también por

¹¹ S/2015/358, p. 7. No obstante, autores como Hegghammer consideran que no pueden identificarse ambas categorías, pues la realidad presenta una complejidad que se cohesiona mal con esta asimilación. Como indica este autor, «*the distinction between foreign fighters and international terrorists notably allows scholars to show that, although foreign fighters and al-Qaida hail from the same pan-Islamist mother movement, they do not have exactly the same political preferences. Crucially, the two communities have often competed over resources, usually to the detriment of the latter. It also reveals that foreign fighters consistently enjoy higher levels of popular support across the Muslim world, and thus recruit and fund raise more easily than al-Qaida. The existence of links and movement of individuals between the two categories does not reduce the value of the analytical distinction; if anything, it calls for more research into the nature of those links*», HEGGHAMMER, Th., «The Rise of Muslim Foreign Fighters. Islam and the Globalization of Jihad», *International Security*, vol. 35, núm. 3 (Winter 2010/11), pp. 53-94, en particular, pp. 89-90.

¹² Sobre la evolución de este fenómeno véanse los informes del Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones del Consejo de Seguridad: S/2015/358 y S/2015/683.

¹³ En el Informe presentado por el Secretario General (S/2016/92, pp. 8-9) se insiste en la ausencia de una «personalidad tipo» bien definida que sea más propensa que otras a participar en actividades terroristas. No obstante, se resalta que «con el fin de atraer a las personas a su causa, el EIIL explota las dificultades socioeconómicas y los sentimientos de alienación, marginación, discriminación o victimización, precipitados, entre otras cosas, por la falta, real o aparente, de buena gobernanza y por la desigualdad, la injusticia y la falta de oportunidades. En apariencia, ofrece a los posibles candidatos la oportunidad de lograr un “prestigio social”, compañerismo, sensación de identidad y de pertenencia, cumplir un deber religioso, y un objetivo en la vida. Su ideología se basa en una interpretación perversa del Islam que también aprovecha los agravios históricos (y ofrece la oportunidad no solo para rebelarse contra la corrupción del actual orden político, sino también de erradicar la frontera “artificial” que divide el Iraq y la República Árabe Siria)».

¹⁴ Cfr. Informe del Comité 1373 (2001), S/2015/338, p. 12, así como el informe de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (S/2015/975, p. 8). Véase también HEGGHAMMER, T. y NESSER, P., «Assessing the Islamic State’s commitment to attacking the West», *Perspectives on Terrorism*, 2015-4, pp. 14-30.

el control y efectividad de la propaganda (su «ciber-estatalidad»)¹⁵ y por los recursos financieros de los que disponen¹⁶.

No obstante lo anterior, el concepto CTE tiene su origen en la estrategia policial desarrollada por la Interpol e inmediatamente asumida por el Foro Global contra el Terrorismo (FGCT)¹⁷, un particular «*think tank*» internacional creado en 2011 y que obedece a los parámetros de la denominada gobernanza global y el «*global law*», pues se trata de un organismo sin subjetividad internacional, sus estatutos fundacionales son declaraciones políticas y se ha constituido en un importante foro generador de *soft law* integrado por memorandos, recomendaciones y buenas prácticas. En abril de 2013, Interpol aprobaba un proyecto sobre combatientes terroristas extranjeros, con la creación y el mantenimiento de una base de datos que permite, en el marco del denominado Centro de Fusión contra el Terrorismo, tanto el intercambio de información como la elaboración de análisis sobre distintas facetas del fenómeno¹⁸. En julio de ese mismo año se celebró en su sede de Lyon la primera reunión que implementaba el proyecto, en cuyo desarrollo España ha asumido desde el principio un destacado liderazgo¹⁹, mientras que en septiembre Marruecos y Países Bajos presentaron una iniciativa ante el FGCT respecto a este fenómeno.

Esta iniciativa dio lugar al Memorando de La Haya-Marraquech de 23 septiembre de 2014 sobre *Buenas Prácticas para dar una respuesta más eficaz al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros* que prevé la adopción por los Estados de una serie de medidas preventivas y de intervención social que resulten eficaces para crear estructuras de resiliencia frente al discurso violento y extremista de los terroristas. Pero, además, se recomienda el establecimiento de regímenes jurídicos completos que penalicen las actividades preparatorias a los actos criminales de terrorismo, en particular, las relacionadas con los viajes a un país extranjero para integrarse en grupos terroristas, participar en actividades terroristas o prestar apoyo a estos grupos, incluso en relación con conflictos armados.

Unos días antes, el 15 de agosto de 2014, el Consejo de Seguridad había adoptado la Resolución 2170 que en el marco de la lucha contra el terrorismo

¹⁵ Cfr. Informe Comité 1373 (2001), S/2015/683, pp. 9-10.

¹⁶ Cfr. Informe Comité 1373 S/2015/338, p. 11; Informe GAFI, «Financing of the terrorist organization Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL)» París, 2015, p. 5; Informe del Secretario General de 2016, S/2016/92, pp. 6-8.

¹⁷ Bajo los auspicios de Estados Unidos y Turquía, este Foro se creó el 22 de septiembre de 2011 en Nueva York en la reunión de Ministros de Asuntos Exteriores de sus 30 miembros fundadores, entre ellos España. Acerca de este organismo, miembros, socios y documentación: <https://www.thegctf.org/web/guest/home>.

¹⁸ Véase *INTERPOL's activities against the foreign terrorist fighter threat, published on the occasion of the Leaders' Summit on Countering ISIL and Violent Extremism*, 29 de septiembre de 2015, Nueva York, Naciones Unidas (<http://www.interpol.int/es/Centro-de-prensa/Publicaciones>).

¹⁹ Cfr. REINARES, F., «Interpol, España y los combatientes terroristas extranjeros», publicado el 27 de mayo de 2015 en el blog del Real Instituto Elcano (<http://www.blog.rielcano.org/interpol-espana-los-combatientes-terroristas-extranjeros>).

internacional, ahora centrado en el EIIL y el FNA, dedica un apartado específico a los CTE en los términos expresados en el Memorándum. Pero será con la Resolución 2178, adoptada el 24 de septiembre de 2014 por el Consejo de Seguridad reunido en sesión del más alto nivel de jefes de Estado y Gobierno, cuando se adopte por unanimidad e igualmente dentro del Capítulo VII de la Carta, el marco regulatorio general de la nueva figura del «combatiente terrorista extranjero», *incluso en relación con conflictos armados*. El Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, que presidió esta sesión y que había impulsado su celebración²⁰, resumía el contenido de la misma con dos importantes afirmaciones. En primer lugar que «en la resolución se reconoce que no existe una solución militar al problema de las personas que equivocadamente desean incorporarse a organizaciones terroristas», por lo que se insta a políticas proactivas y de integración que sean capaces de contrarrestar el extremismo violento que radicaliza, recluta y moviliza a personas para que participen en actividades terroristas. Por este motivo se reconoce que son «las comunidades locales —las familias, los amigos, los vecinos y los líderes religiosos— los más capaces de reconocer y ayudar a personas desilusionadas antes de que se dejen arrastrar por las ideologías extremistas y se vean envueltas en actos violentos»²¹. En segundo lugar, el presidente estadounidense declaraba que,

«las resoluciones por sí solas no serán suficientes. Las promesas en el papel no pueden mantenernos a salvo. La retórica idealista y las buenas intenciones no detendrán un solo ataque terrorista. Las palabras pronunciadas hoy aquí deben verse respaldadas por acciones y traducirse en hechos. Debe haber acciones concretas en el interior de las naciones y en las relaciones entre los países, no solo en los días por venir, sino en los próximos años. Lo cierto es que si alguna vez ha existido en nuestro mundo interconectado un desafío que no puede enfrentar una nación por sí sola, es este, el de terroristas que cruzan las fronteras y amenazan con desatar una violencia inenarrable»²².

En este último sentido cabrían destacar la Resolución 2253 (2015) del Consejo de Seguridad, que impone el régimen sancionador de la Resolución 2161 (2014) a los integrantes del EIIL²³, así como la creación en 2014, fuera del marco institucional de la ONU y al margen de todo control multilateral, de la *Coalición contra el Daesh* con 66 miembros (entre ellos, la Unión

²⁰ Carta de fecha 3 de septiembre de 2014 dirigida al Secretario General (S/2014/648).

²¹ Con la posterior Resolución 2250 de 9 de diciembre de 2015 relativa a los jóvenes en la lucha contra el terrorismo, al igual que ocurriera con la Resolución 1325 (2000) y el empoderamiento de las mujeres respecto a los conflictos armados, se pretende potenciar la presencia de los jóvenes en la toma de decisiones, fomentando su decisivo protagonismo para contrarrestar la propaganda terrorista. Véase también el documento adoptado en la sesión especial celebrada en Madrid (27-28 de julio de 2015) por el Comité contra el Terrorismo sobre el tema «Frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros» (S/2015/939).

²² S/PV.7272, p. 5.

²³ A partir de ese momento, se denominará Comité del Consejo de Seguridad dimanante de las Resoluciones 1267 (1999), 1989 (2011) y 2253 (2015) relativas al Estado Islámico en el Iraq y el Levante (Daesh), Al-Qaida y las personas y entidades asociadas, <https://www.un.org/sc/suborg/es/sanctions/1267>.

Europea y la Liga Árabe)²⁴, y la adopción de la Resolución 2249 (2015) que, sin mencionar el marco vinculante del Capítulo VII de la Carta, *exhorta* a los Estados miembros que tengan capacidad para hacerlo a que adopten todas las medidas necesarias contra este fenómeno terrorista de conformidad con el Derecho internacional.

3. «COMBATIENTES Y TERRORISTAS»: ¿UN OXÍMORON JURÍDICO O UNA TERCERA CATEGORÍA *IN NASCENDI*?

Pero como señalábamos anteriormente, lo desconcertante es la simbiosis entre combatientes y terroristas, pues se trata de conceptos divergentes. Tal expresión encaja mal en los distintos regímenes jurídicos existentes en el Derecho internacional, pues perturba la aplicación y la razón de ser de los principios del DIH y no añade nada nuevo al varado proceso de regulación general del terrorismo que, además y en todo caso, dejaría al margen el estatuto jurídico de los combatientes. De hecho, el principal motivo de que no se haya adoptado por el momento un convenio general contra el terrorismo internacional es precisamente por la insistencia en diferenciar (así como en identificar y definir) entre fuerzas combatientes («fuerzas armadas» o «partes durante un conflicto armado»), a los que se les aplicaría el DIH y no el convenio general, incluso cuando comentan actos terroristas, y los terroristas cuya actuación quedaría subsumida en el convenio, así como en el régimen general antiterrorista²⁵. Como se ha reiterado, la fuerza empleada por los combatientes y los terroristas son formas distintas de violencia que se rigen por regímenes jurídicos diferenciados, pues ambos sistemas tienen fundamentaciones, objetivos y estructuras muy diferentes. Un conflicto armado es una situación en que están permitidos ciertos actos de violencia (lícitos) y otros están prohibidos (ilícitos), mientras que cualquier acto de violencia designado como «de terrorismo» es siempre ilícito²⁶.

En términos generales, los combatientes, concepto vinculado con los conflictos internacionales, tienen derecho a tomar parte activa en las hostilidades y, por tanto, no pueden ser perseguidos por participar en ellas, siempre y cuando al hacerlo no cometan una violación del DIH. De su estatuto internacional derivan dos importantes consecuencias. El combatiente es inmune frente a la persecución penal respecto a los actos de beligerancia realizados de conformidad con el Derecho humanitario y, en segundo lugar, si son dete-

²⁴ <http://theglobalcoalition.org>; MCLNNIS, K. J., «Coalition Contributions to Countering the Islamic State», 18 de noviembre de 2015, <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R44135.pdf>.

²⁵ Cfr. AG, A/68/37, p. 19. Como es sabido, este tema se encuentra en *stand by* desde que se adoptara el informe de 2013 por parte del Comité Especial establecido al efecto. Posteriormente, en la Resolución 70/120, de 14 de diciembre de 2015, incorporando el tema de los CTE, se recomienda que la Sexta Comisión establezca un grupo de trabajo con miras a finalizar el proceso de elaboración del proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional y las deliberaciones sobre la convocatoria de una conferencia de alto nivel bajo los auspicios de la ONU.

²⁶ CICR, *op. cit.*, nota 5, p. 22.

nidos gozan del estatuto de prisioneros de guerra²⁷. Respecto a los conflictos internos, si bien el Protocolo II de 1977 no contiene una definición en este sentido, en su art. 1 se distingue entre fuerzas armadas de una Alta parte contratante y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo. La práctica señala, no obstante, que cuando participan directamente en las hostilidades, estas personas pierden la protección contra los ataques otorgada a los civiles y que la simple participación directa en las hostilidades no está prohibida, ni tampoco constituye un crimen de guerra. En virtud de la legislación nacional, los combatientes de la oposición armada siempre podrían ser enjuiciados por la mera participación en las hostilidades, que incluso pueden considerarse como un acto de terrorismo. Sin embargo, el DIH recomienda que se declaren amnistías por la simple participación en esos actos²⁸. También se ha destacado que sin conferirles *de jure* la condición de combatiente y para los fines de la aplicación correcta de los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, la calidad de miembro de estos grupos armados depende del criterio decisivo de que la persona en cuestión asuma una «función continua de combate»²⁹.

Respecto al concepto de terrorista, en la actualidad presenta distintos enfoques³⁰. En primer lugar, es verdad que no se ha alcanzado una necesaria,

²⁷ En cuanto a los criterios para la identificación del combatiente, el art. 1 del Reglamento de La Haya dispone que no se refieren solo a los miembros del ejército sino también a las milicias y a los cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: «i) tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; ii) tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia; iii) llevar las armas ostensiblemente; iv) sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra». Esta definición es reiterada por el art. 4 del III Convenio de Ginebra, incorporando a los movimientos de resistencia organizados. No obstante, las anteriores condiciones se han reducido a dos en el Protocolo I, pues conforme a su art. 44.2, aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas del DIH, *la violación de tales normas no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal*. Asimismo en su párr. 3 se reafirma que los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque, sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto siempre que en esas circunstancias lleve sus armas abiertamente durante todo enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo. Véase HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, vol. 1, Normas, Buenos Aires, CICR, 2007, pp. 3-27.

²⁸ Véase «Foreign Fighters under International Law», *Academy Briefing*, núm. 7, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, octubre de 2014, pp. 15-21.

²⁹ A fin de calificar un acto hostil específico como participación directa en las hostilidades, se exige la concurrencia de tres requisitos acumulativos: un umbral respecto del daño; una relación de causalidad directa entre el acto y el daño previsto; y un nexo de beligerancia entre el acto y las hostilidades entre las partes en un conflicto armado. Cfr. MELZER, N., *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en la Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, CICR, 2010, pp. 33-36 y 46-64. Véase también, KRETZMER, D., «Use of lethal force against suspected terrorists», en SALINAS DE FRÍAS, A. M., SAMUEL, K. y WHITE, N. D. (eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, pp. 618-655.

³⁰ DUFFY, H., *The «War on Terror» and the Framework of International Law*, Cambridge, 2015, pp. 29-74; SAUL, B., «Terrorism a legal concept», *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, Nueva York, Genevieve Lennon (ed.), 2015, pp. 19-37.

precisa y limitada definición convencional de terrorismo internacional en tiempo de paz, siendo discutible si se podría acudir al Derecho consuetudinario para inferir tal definición³¹. No obstante lo anterior, existe un consolidado régimen general que regula la prevención y lucha contra determinadas actividades terroristas y cuyo eje vertebral estaría constituido por los distintos instrumentos internacionales —convenios universales y regionales que gozan de una amplia ratificación por parte de los Estados, así como la normativa institucional de las distintas organizaciones con competencia en la materia— que actuaría flanqueado por el DIDH como orden público garante, incluyendo las cláusulas de suspensión de derechos y libertades admitidas y regladas en el mismo.

Por otra parte, está unánimemente admitido que el terrorismo constituye una violación grave de las leyes y usos de la guerra (una subcategoría de crimen de guerra sometida a los *principios de responsabilidad penal y justicia universal*), aun cuando siga resistiéndose su consagración estatutaria como *crimen autónomo, incluso respecto a los conflictos armados*³². Haciendo aco-

³¹ Respecto a esta cuestión presenta especial interés la *Decisión interlocutoria sobre el Derecho aplicable* resuelta el 16 de febrero de 2011 por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial de Sierra Leona (STL-11-01/AC/RI76 bis). En la misma se indica que a la hora de interpretar el delito de terrorismo previsto en su Estatuto, se puede acudir a la noción de terrorismo internacional *en tiempo de paz* que habría emergido como norma de Derecho consuetudinario avalada por la práctica internacional sobre la materia (tratados —en concreto, el Convenio contra la financiación del terrorismo de 1999—, resoluciones de las Naciones Unidas —tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad, especialmente su Resolución 1566 de 2004—, legislación y jurisprudencia nacionales), prueba de la formación de una general *opinio iuris*. Según esta norma, los elementos integrantes del concepto de terrorismo serían los siguientes: i) *la intención (dolus)* del crimen subyacente (como el asesinato, el secuestro, toma de rehenes, incendios, etc.); ii) *la intención especial (dolus specialis)* de causar miedo o coaccionar a una autoridad (*mens rea*); iii) *la comisión del acto criminal (actus reus)*; y iv) *el carácter transnacional del acto terrorista*. En la Decisión, además, se añade que muy pocos Estados insisten en la negación de esta definición, en particular aquellos que suelen formular la reserva de los «combatientes de la libertad» que, en su caso, serían considerados objetores persistentes (cfr. p. 4 y párrs. 85 y 111). Para un análisis crítico de esta Decisión, véase AMBOS, K., «Judicial creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under International Law», *LJIL* 2011-3, pp. 655-675; SAUL, B., «Legislating from a radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an international crime of transnational terrorism», *LJIL* 2011-3, pp. 677-700; y GILLET, P. M. y SCHUSTER, M., «Fast-track Justice: The Special Tribunal for Lebanon Defines Terrorism», *JICJ*, 2011-5, pp. 989-1020.

³² Véase JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Derecho internacional penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente», en *Conflictos y Protección de Derechos Humanos en el Orden Internacional*, Universidad País Vasco, 2006, pp. 303-348. No obstante y haciendo alusión a la misma práctica convencional, resolutoria de las Naciones Unidas y nacional, la Decisión anteriormente citada del Tribunal Especial para el Líbano va más allá y contempla la posibilidad de la *existencia autónoma del crimen de terrorismo en los conflictos armados sin necesidad de reconducirlo a un crimen de guerra*. En concreto y tomando como referencia el art. 2.1.b) del Convenio contra la financiación del terrorismo, así como la práctica de importantes Estados (entonces 170 de 173 que habían ratificado el Convenio) que no han formulado reservas al mismo excluyendo el supuesto de libre determinación (*combatientes por la libertad*, párr. 108 de la Decisión), se indica que es posible concluir en buen derecho que se estaría gestionado una regla consuetudinaria (*in statu nascendi*) o que la actual regla consuetudinaria está siendo progresivamente modificada) relativa al crimen de terrorismo contra civiles o cualquier persona que no participe directamente en las hostilidades aplicable en los conflictos armados. Según la Decisión, tal conclusión vendría a subsanar la laguna de impunidad existente, pues la *financiación* de los actos de terrorismo contra la población civil o las personas que no participan directamente en las hostilidades no quedaría cubierta por el derecho humanitario como crimen de gue-

pio de su jurisprudencia anterior³³, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (TPIY), en su Sentencia de 24 de marzo de 2016 en el asunto *Radovan Karadžić*, identificaba el terrorismo como los: *a)* actos o amenazas de violencia dirigidos contra la población civil o civiles que no participen directamente en las hostilidades; *b)* cuando el autor de forma intencionada hace de esa población civil o civiles, el objeto de tales actos de violencia; siempre y cuando *c)* se cometan con el propósito principal de generar terror entre la población³⁴. Los actos o amenazas de violencia que aterrizan no tienen por qué limitarse a los ataques directos contra la población civil, sino que pueden incluir además ataques indiscriminados o desproporcionados que causen tal efecto, aun cuando queden excluidos los ataques lícitos contra los combatientes. Por otra parte, el terror que ocasiona todo conflicto armado no queda amparado por el crimen de terrorismo, sino exclusivamente aquellos actos que se cometen con el objetivo principal («*primary purpose*») de aterrizar, lo que no significa que haya de ser el único objetivo de tales actos o amenazas, basta con que sea el «principal entre los distintos objetivos». A la hora de concretar la empresa criminal conjunta respecto a los actos de terror infligidos contra la población de Sarajevo y su utilización como medida de presión ante la *comunidad internacional*, la Sala de Primera Instancia del TPIY precisó que tal intención puede inferirse, entre otras cosas, de la naturaleza, el modo, reiteración y la duración de los actos o amenazas de violencia, y también del carácter indiscriminado de los ataques que en numerosas ocasiones provocan una deliberada *atmósfera generalizada de terror*³⁵. Por otra parte, y de acuerdo con esta jurisprudencia, la intención de aterrizar a la población que se encuentra bajo su control ha de ser el principal, aunque no sea el único, *modus operandi* de la estrategia militar del grupo armado de que se trate. Provocar un terror perfectamente dirigido a tener miedo del propio miedo, a crear un estado de *ausencia absoluta de seguridad tanto a las personas directamente afectadas como a toda la comunidad internacional*³⁶. En palabras del Tribunal Especial para Sierra Leona en el asunto *Charles Taylor*,

«the Appeals Chamber is further satisfied that the Trial Chamber's findings show that the RUF/AFRC used acts of terror as its primary modus operandi through-

rra. Se precisa, además, que los mismos actos financiados contra los combatientes o las personas que participan directamente en las hostilidades no serían calificados como actos de terrorismo ni crímenes de guerra a menos que no cumplan con lo previsto en el DIH (párrs. 108-109). Esta interpretación ha influido en la jurisprudencia nacional. Así la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales en el asunto *Mohammed Gul* si bien admite la conclusión de la existencia del concepto de terrorismo en tiempo de paz, sin embargo no admite la cristalización consuetudinaria del crimen autónomo de terrorismo en tiempo de guerra [Court of Appeal of England and Wales (Criminal Division), *R v. Mohammed Gul*, Case No. 2011/01697/C5 (2012) EWCA Crim 280 Gul case, párrs. 32-36]. Sobre este caso, véase COCO, A., «The Mark of Cain. The Crime of Terrorism in Times of Armed Conflict as Interpreted by the Court of Appeal of England and Wales in *R v. Mohammed Gul*», *JICJ*, 2013-2, pp. 425-440.

³³ En particular, las decisiones adoptadas en apelación a los asuntos *Stanislav Galić* (IT-98-29-A 30 de noviembre de 2006) y *Dragomir Milošević* (IT-9829/1-A, 12 de noviembre 2009).

³⁴ Cfr. *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, p. 177, par. 459.

³⁵ *Ibid.*, pp. 1887-2029.

³⁶ BIANCHI, A., «Terrorism and Armed Conflict: Insights from a Law & Literature Perspective», *LJIL* 2011-1, pp. 13-14.

out the Indictment Period. The RUF/AFRC pursued a strategy to achieve its goals through extreme fear by making Sierra Leone -fearful. The primary purpose was to spread terror, but it was not aimless terror. Barbaric, brutal violence was purposefully unleashed against civilians because it made them afraid-afraid that there would only be more unspeakable violence if they continued to resist in any way, continued to stay in their communities or dared to return to their homes. It also made governments and the international community afraid-afraid that unless the RUF/AFRC's demands were met, thousands more killings, mutilations, abductions and rapes of innocent civilians would follow. The conflict in Sierra Leone was bloody because the RUF/AFRC leadership deliberately made it bloody»³⁷.

Pero además, la expresión de «combatiente terrorista» plantea incertidumbres por sus connotaciones con el doctrinal y jurisprudencialmente cuestionado estatuto de los «combatientes ilegales» cuyo objetivo esencial es el establecimiento de una singular normativa ajena tanto al DIH (más restrictivo en cuanto al alcance de los derechos y libertades fundamentales), como al más garantista DIDH. Con la aplicación de la normativa referida al «combatiente enemigo ilegal», se consagra la *interpretación unilateral y selectiva* de las obligaciones internacionales por parte del Gobierno que la adopta³⁸. Asimismo con tal concepción se pretende desmontar los límites geográficos del campo de batalla de las hostilidades, imponiendo un estado de excepción mundial. Frente a tal pretensión, el CICR ha declarado que la misma no parece encontrar sustento en la base esencialmente territorial del DIH pues,

«un enfoque sin límites territoriales implicaría que un miembro de un grupo armado o un civil que participa directamente en las hostilidades “llevaría” automáticamente consigo el CANI “original” dondequiera que fuese al trasladarse por el mundo. Así, de acuerdo con el DIH, sería un objetivo legítimo dentro de un espacio geográfico potencialmente ilimitado. Con muy pocas excepciones, la práctica de los Estados y la *opinio iuris* no parecen reflejar ese enfoque jurídico, y la gran mayoría de los Estados no parece adherir a la noción de “campo de batalla mundial”. Más aún, en términos prácticos, sería perturbador pensar en las posibles ramificaciones de la aplicabilidad territorial ilimitada del DIH si todos los Estados que participaran en un CANI en todo el mundo recurrieran al concepto de “campo de batalla mundial”»³⁹.

³⁷ Véase párr. 300 de la Sentencia de 26 de septiembre de 2013, Sala de Apelación, SCSL-03-01-A. El énfasis es añadido. Véase *Foreign Fighters under International Law*, *op. cit.*, pp. 27-31; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., «El Derecho penal internacional frente a los actos de terror acaecidos durante un conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 102, 2014, pp. 89-127; KEITH, K., «Deconstructing Terrorism as a War Crime: The Charles Taylor Case», *JICJ* 2013-4, pp. 813-833.

³⁸ Véanse GÓMEZ CORONA, E., «Guantánamo y los tribunales militares de excepción diez años después de los atentados del 11-S», *REDC*, 2011-2, pp. 377-408; COSTAS TRASCASAS, M., «La nueva ley estadounidense de comisiones militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del Derecho internacional», *REEL*, 17 2007; BOLLO AROCENA, M. D., «*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006», *REEL*, 12, 2006; y PÉREZ GONZÁLEZ, M. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos», *REDI*, 2002-1, pp. 11-40.

³⁹ CIRC, *op. cit.*, nota 5, p. 19.

4. REACCIONES Y TENSIONES EN LA APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 2178 (2014): ENTRE LA INMEDIATEZ Y LA (IN)CONGRUENCIA CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO

4.1. Las novedades europeas y española en la prevención y lucha contra los «combatientes terroristas extranjeros». Los riesgos de una posible *objetivación* de la responsabilidad penal

Si bien es verdad que ha habido una importante reacción legislativa sobre la incorporación de esta figura⁴⁰, en el tercer informe de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo se apunta, en referencia al tema de la doble incriminación, que son pocos los Estados que han tipificado específicamente como delito los viajes de los combatientes terroristas extranjeros o su financiación⁴¹. Para evitar, precisamente, estos problemas de doble incriminación, el Consejo de Europa adoptó el 22 de octubre de 2015 en Riga el Protocolo adicional del Convenio para la prevención del terrorismo por el que se incorporan las previsiones de la Resolución 2178 (2014)⁴².

Ante el carácter restrictivo de las previsiones del Protocolo que podría contravenir la normativa internacional de derechos humanos así como el propio sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y sus Protocolos, en particular el derecho de libre circulación y el principio de legalidad penal, en el Informe explicativo del Protocolo⁴³ se precisa que, de la asunción de los tipos penales previstos en la Resolución 2178, no se ha de inferir una obligación para los Estados partes de introducir una *prohibición general o una incriminación de todos los viajes a ciertos destinos*. Es más, se destaca que no incluye necesariamente medidas administrativas de retirada de pasaporte y, en todo caso, las medidas adoptadas han de ser fiscalizadas por un tribunal independiente conforme a los procedimientos penales específicos en vigor en el Estado parte y los principios del Estado de Derecho. Para que una persona resulte incriminada se requiere el cumplimiento de dos presupuestos fundamentales según este Protocolo. En primer lugar, es necesario que la persona que viaja tenga como *objetivo real* cometer infracciones terroristas o participar en ellas, proporcionar o recibir adiestramiento para el terrorismo en un Estado distinto del de su nacionalidad o residencia. En segundo lugar,

⁴⁰ Véanse los Informes sobre aplicación de la Resolución 2178 (2014) preparados por la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (http://www.un.org/en/sc/ctc/resources/index.html#ftf_documents); *Treatment of Foreign Fighters in Selected Jurisdictions*, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, diciembre de 2014 (<http://www.loc.gov/law/help/foreign-fighters/treatment-of-foreign-fighters.pdf>) y el documento del Consejo de la UE «Criminal justice response to the phenomenon of foreign fighters: Compilation of replies», Bruselas, 23 de enero de 2015 (5206/15).

⁴¹ Cfr. S/2015/975 pp. 17-18.

⁴² CETS núm. 217. Entrará en vigor cuando alcance seis ratificaciones, entre ellas cuatro de los Estados miembros. A 6 de junio de 2016, solo ha sido ratificado por Albania, aunque lo han firmado 26 Estados miembros (entre ellos España: 22 de octubre de 2015) más la Unión Europea.

⁴³ Sobre el estado de este Protocolo, incluyendo su Informe explicativo, véase <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/217>.

debe cometer la *infracción ilegalmente y de forma intencionada*. En el caso de la financiación, organización o facilitación de los viajes se exige que el autor debe «conocer» tal finalidad terrorista de los viajes al extranjero. A efectos de determinar el carácter ilegal de la participación se ha de tener en cuenta, tal y como se manifiesta en el Informe explicativo, que resultan de aplicación al Protocolo los párrs. 4 y 5 del art. 26 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de tal forma que ninguna disposición del mismo afectará a otros derechos, obligaciones y responsabilidades que se deriven para las Partes y las personas *del Derecho internacional, incluido el Derecho internacional humanitario*⁴⁴.

Por su parte, la Unión Europea (UE) también ha puesto en funcionamiento su maquinaria legislativa y ejecutiva para dar cumplimiento a la batería de medidas previstas en la Resolución 2178⁴⁵. En tal sentido, la Comisión Europea ha presentado un «Plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo»⁴⁶ y el 14 de abril de 2016 se desbloqueaban distintas propuestas legislativas sobre el tratamiento de datos personales, incluyendo la intrusiva propuesta de Directiva sobre registro de datos de pasajeros⁴⁷. Asimismo, en estos momentos se está discutiendo la propuesta de Directiva europea relativa a la lucha contra el terrorismo⁴⁸ que incorporará el régimen onusiano, así como las previsiones del Protocolo del Consejo de Europa que la UE firmó el mismo día de su adopción. En la propuesta se asumen los tipos penales vinculados a los CTE y a todo acto de organización o facilitación destinado a asistir a cualquier persona para viajar al extranjero con fines terroristas, a sabiendas de que esta asistencia se presta con tales fines. Según su exposición de motivos, esta previsión abarca los viajes tanto a terceros países como a los Estados miembros de la UE, incluidos los países de nacionalidad o residencia del autor del delito.

La tendencia a *objetivar* la responsabilidad penal ha dado lugar a que en ocasiones algunos Estados eludan la intencionalidad del acto y basen la sanción penal en el mero hecho de viajar a zonas calificadas como conflictivas o prohibidas a menos que se invoquen motivos legítimos, como la prestación de ayuda humanitaria, la realización de labores de periodismo o visitas a familiares⁴⁹. Por otra parte, se ha criticado el amplio margen de discrecionalidad que confiere a los Estados una resolución cuyas previsiones no solo presentan un cuestionable grado de indeterminación, sino que además ade-

⁴⁴ Cfr. Convenio núm. 196 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009).

⁴⁵ Véase la siguiente dirección: <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/foreign-fighters/>.

⁴⁶ COM(2016) 50 final.

⁴⁷ P8_TA(2016)0127.

⁴⁸ COM(2015) 625.

⁴⁹ Cfr. Informe de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo, S/2015/975, p. 44; Informe del Grupo de Trabajo sobre la «Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación», A/70/330, p. 18; el segundo Informe sobre la aplicación de la Resolución 2178, S/2015/683, p. 35.

lantan de forma peligrosa la acción punitiva a los actos preparatorios que habitualmente no se consideran punibles⁵⁰. En España, las previsiones de la Resolución 2178 se incorporaron en nuestro Código Penal mediante Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo⁵¹, en cuya tramitación parlamentaria se denunció que ofrecía una descripción del fenómeno del terrorismo de corte yihadista en clave y términos de «guerra preventiva contra el terror»; que su redacción estaba plagada de términos imprecisos e indeterminados; que agravaba la confusión entre delitos consumados y conductas preparatorias en un grado tan alejado de cualquier forma de ejecución como puede ser la lectura de textos, la posesión de propaganda, el adiestramiento y el adoctrinamiento pasivo o el traslado a las zonas de conflicto; y que no estaba suficientemente claro que se exigiera el requisito de intencionalidad en determinados delitos⁵².

4.2. La jurisprudencia ante la nueva figura: incertidumbres sobre el Derecho aplicable

La propuesta de esta terminología dual sobre el vacío convencional existente viene a quebrar los delicados equilibrios en la aplicación del DIH y del DIDH. Estos desajustes se acentúan si tenemos en cuenta la multitud de entidades que participan en los distintos conflictos armados cuyas vinculaciones con los grupos terroristas listados resultan ambiguas o indeterminadas. La concepción global y globalizante que encierra la categoría CTE presenta resistencias naturales en su aplicación judicial al caso concreto. Además puede suceder, como ha acontecido con los talibanes en el Consejo de Seguridad⁵³, el caso judicial de Hamás⁵⁴ o la ambivalencia en el tratamiento de Hezbollah⁵⁵, que a partir de un determinado momento, o provisionalmente, ciertos grupos dejen de considerarse como terroristas. En el informe de 2015 del Grupo de Trabajo sobre la «Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación» se destacaba cómo ante la miríada de grupos armados no estatales que operan en Siria, puede que no siempre sea posible para una persona anticipar si, en un futuro, un grupo concreto podría ser inculcado o no. A tal efecto se hace referencia a que «en algunos informes recientes se

⁵⁰ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, A/70/371, pp. 8 y 9.

⁵¹ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁵² Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. B-211-3, X Legislatura, 18 de febrero de 2015, pp. 3-12.

⁵³ Véase Resolución 1989 (2011) del Consejo de Seguridad por la que estableció un Comité diferenciado del de Al-Qaida para supervisar la aplicación de las medidas contra las personas y entidades asociadas con los talibanes.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal General (Sala 2.ª) de 17 de diciembre de 2014, *Hamas c. Consejo de la Unión Europea*, asunto T-400/10. Frente a esta decisión se ha planteado recurso de casación *Consejo/Hamas*, asunto C-79/15 P.

⁵⁵ A diferencia de Estados Unidos, la UE solo ha incluido como terrorista a la rama militar de esta organización, Reglamento de ejecución 790/2014 del Consejo, de 22 de julio, *DO L* núm. 217.

destacaron casos en los que se había interrumpido el enjuiciamiento de combatientes extranjeros que habían regresado, porque se habían unido a grupos que recibían apoyo del Estado enjuiciante, incluida asistencia militar»⁵⁶.

Desde la Opinión consultiva de la CIJ en el asunto del *Muro*, se ha generado una relevante jurisprudencia que, en torno al principio de *lex specialis*, ha dotado de un cierto equilibrio de complementariedad a la interacción entre el DIDH y el DIH⁵⁷. No obstante, la locución combatiente terrorista ha introducido otros elementos perturbadores. En el asunto *Abdulrahim* se debatió sobre las conexiones entre el Grupo Islámico Combatiente Libio (LIFG, en sus siglas en inglés), al que perteneció el demandante y que participó activamente contra el régimen del derrocado coronel Gadafi, y el grupo terrorista de Al-Qaida. Pues bien el Tribunal General de la UE concluyó que no todos los miembros del LIFG se asociaron o unieron a Al-Qaida, sino solamente una parte de aquellos. Por estos motivos se rechazó declarar que el hecho de que una persona estuviese vinculada al LIFG demostrara automáticamente su vínculo con Al-Qaida, requiriéndose, para mantener las medidas restrictivas adoptadas en el marco de la UE, examinar los vínculos caso por caso, sobre la base de las acciones concretas de cada uno de los interesados⁵⁸.

En el asunto relativo a los *Tigres para la Liberación de la Patria Tamil*⁵⁹, la demandante invocó, al estimar la existencia de un conflicto armado en su lucha por la libre determinación del pueblo tamil, la aplicación del DIH frente a las medidas restrictivas antiterroristas de la UE⁶⁰. Pues bien, para la resolución de este singular caso que concluyó con la anulación del Reglamento impugnado por falta de suficiente motivación⁶¹, el Tribunal General reconoció que el Derecho de la UE sobre la prevención del terrorismo también se aplica a los «conflictos armados» en el sentido del Derecho internacional. El resultado lógico hubiese sido afirmar que la base jurídica de las medidas restrictivas era el DIH como *lex specialis*, no obstante consciente de la extravagancia de tal conclusión, el Tribunal fundamentó la legalidad de las mismas en la Resolución antiterrorista 1373 (2001) del Consejo de Seguridad —dirigida, según el Tribunal, a intensificar la lucha contra el terrorismo a escala mundial mediante la cooperación sistemática y estrecha de todos los Estados⁶²— y en

⁵⁶ A/70/330, p. 21.

⁵⁷ Cfr. Corte IDH, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012 y TEDH, asunto *Hassan c. el Reino Unido* (GS), Sentencia de 16 de septiembre de 2014. Véase la opinión separada del Juez Spano en el asunto *Hassan, MILANOVIC, M.*, «A few thoughts on *Hassan v. United Kingdom*» (2014) *EJIL:Talk!*

⁵⁸ Sentencia del Tribunal General (Sala 3.ª) asunto T127/09 RENV, *Abdulbasit Abdulrahim c. Consejo y Comisión*, párrs. 80-98, en particular, 80-83. Véase asimismo el caso *Hani El Syyed Elsebai Yusef c. Comisión*, Sentencia del Tribunal General (Sala 2.ª), de 21 de marzo de 2014, asunto T306/10.

⁵⁹ Sentencia de 16 de octubre de 2014 del Tribunal General (Sala 6.ª ampliada), asuntos acumulados T-208/11 y T-508/11. Véase PANTALEO, L., «Of terrorists and combatants: the application of EU anti-terrorist measures to situations of armed conflict in the General Court's Ruling concerning the Liberation Tigers of Tamil Eelam», *European Law Review*, 2015-4, pp. 599-613.

⁶⁰ Cfr. párr. 54 de la sentencia.

⁶¹ *Ibid.*, párrs. 157-229.

⁶² Cfr. párr. 129.

el art. 2.1.b) del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo que, al igual que se indicara en la referida Decisión interlocutoria del Tribunal Especial para el Líbano, prevé la comisión de actos de terrorismo en el contexto de un conflicto armado. Realmente el Tribunal llega a una doble y confusa conclusión sobre el Derecho aplicable en los conflictos armados y la autonomía del crimen del terrorismo. Por una parte precisa que el citado Convenio de Naciones Unidas «confirma que, incluso en un conflicto armado en el sentido del Derecho internacional humanitario, pueden existir *actos de terrorismo que pueden ser reprimidos como tales y no solo como crímenes de guerra*. Estos actos incluyen aquellos destinados a causar la muerte o lesiones corporales graves a civiles». Mientras que en su párrafo siguiente asume que el argumento *a contrario* de la demandante, según el cual el art. 2.1.b) del Convenio de Nueva York de 1999 excluye de su ámbito de aplicación cualquier acto dirigido contra personas que participen directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, no desvirtúa en absoluto dicha constatación⁶³.

Además de lo anterior y para hacer frente a la escalada de demandas frente a este tipo de medidas restrictivas, la UE ha tomado decisiones que pueden contravenir las exigencias del derecho a un proceso justo. En tal sentido en el decimoséptimo informe del Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones contra Al-Qaida⁶⁴, se presenta como un gran logro frente a la doctrina *Kadi II* que el Consejo de la UE haya aprobado recientemente un nuevo Reglamento del Tribunal General en el que, entre otras enmiendas, se prevé el establecimiento de un mecanismo para que este Tribunal pueda, en determinadas circunstancias, examinar información confidencial sin comunicárselo a la parte interesada, como en el caso de una persona que recurra la imposición de sanciones antiterroristas⁶⁵. A fin de defender igualmente los derechos del sancionado no informado, en los casos en que el Tribunal General tome en consideración esas pruebas confidenciales, la disposición del Reglamento referida concluye con el siguiente enigmático párrafo,

«cuando el Tribunal General considere indispensables para la resolución del litigio una información o unos documentos que, por su carácter confidencial, no se comunicaron a la otra parte principal con arreglo al método contemplado en el apartado 6, podrá, no obstante lo dispuesto en el artículo 64 (*principio contradictorio*) y limitándose a lo que sea estrictamente necesario, basar su fallo en esa información o en esos documentos. Al valorar tal información o tales documentos, *el Tribunal tendrá en cuenta el hecho de que una parte principal no ha podido exponer sus observaciones sobre ellos*»⁶⁶.

Incertidumbres sobre la normativa nacional aplicable también se han planteado en la práctica judicial española como consecuencia de las novedades introducidas en la última reforma del CP. Con anterioridad a la entrada

⁶³ Cfr. párrs. 64-66.

⁶⁴ S/2015/441, p. 17.

⁶⁵ DOUE L núm. 105, de 23 de abril de 2015.

⁶⁶ Véase el art. 105.8 del Reglamento.

en vigor de la reforma penal de 2015, la Audiencia Nacional (AN) imputó por integración en organización terrorista a dos españoles que fueron detenidos *tras combatir en Siria contra el Daesh* integrados en las milicias kurdas del YPG (*Ejército del Estado de Rojava*) vinculado al Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK), organización catalogada de terrorista por la UE y Estados Unidos. Según la información difundida en prensa se les acusaba además «de participar en un conflicto armado fuera de España sin autorización del Estado y poniendo en grave riesgo los intereses nacionales»⁶⁷.

Respecto a otro asunto de terrorismo yihadista en Siria, la AN en su Sentencia de 30 de septiembre de 2015⁶⁸, precisó, tras examinar profusamente la Resolución 2178 (2014), que la incorporación de ciertas actividades terroristas en la reforma del Código Penal español se limitaba a ampliar la casuística de lo que se consideraba actos de colaboración, difusión pública o incitación a la comisión de los delitos de terrorismo⁶⁹. Es verdad que también admitió que el denominado «adiestramiento pasivo» y el delito de «trasladarse o establecerse» en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista son delitos nuevos que se refieren a actividades de *capacitación propia* con los que el legislador amplió la cobertura penal respecto de conductas que conforme a la normativa anterior pudieran haber tenido dudoso encaje en los tipos de integración o colaboración con organización terrorista⁷⁰. No obstante y respecto al tema de los viajes, estimó que una vez que resulta probada la participación y la existencia de una infraestructura logística que facilita los viajes y el establecimiento en el lugar de origen, tales actividades quedarían subsumidas en el tipo penal de integración en organización terrorista⁷¹.

En la misma sentencia se concluyó que no resultaba necesario para la persecución penal que en el momento de los hechos las organizaciones imputadas (en este caso, Al Nusra y el ISIS) hubiesen sido calificadas internacionalmente como terroristas. Lo fundamental, según la sentencia, es la finalidad perseguida de alterar gravemente la paz pública realizando de forma reiterada acciones violentas capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, con independencia del momento en que se produjera la inclusión formal en el Listado de las Naciones Unidas⁷². Asimismo y forzando la interpretación reconocida por el DIH, entiende que no podían

⁶⁷ Cfr. *La Vanguardia*, 7 de julio de 2015. Respecto a los «Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado», el art. 591 CP dispone que será castigado el que, durante una guerra en que no intervenga España, ejecutare cualquier acto que comprometa la neutralidad del Estado o infringiere las disposiciones publicadas por el Gobierno para mantenerla. Por su parte, el art. 592.1 CP establece que serán castigados los que, con el fin de perjudicar la autoridad del Estado o comprometer la dignidad o los intereses vitales de España, mantuvieran inteligencia o relación de cualquier género con Gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos, Organismos o Asociaciones internacionales o extranjeras.

⁶⁸ Sentencia 23/2015 de la AN, de 30 de septiembre de 2015 (ROJ 3086/2015).

⁶⁹ Cfr. FJ 2.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Cfr. FJ 3.

⁷² Cfr. FJ 1.

considerarse a los miembros de estas organizaciones como combatientes, o fuerzas armadas en un conflicto armado, pues, haciendo suyas las observaciones de la Sentencia de 11 de febrero de 2015 dictada por la Audiencia de Amberes, no cumplían los requisitos de ser reconocibles a distancia, llevar armas abiertamente y, en particular, respetar las leyes y usos de la guerra⁷³.

5. LOS «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS» COMO FUNDAMENTO PARA UNA NUEVA EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA: ¿AMPLIACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA O GUERRA GLOBAL Y PREVENTIVA CONTRA EL TERRORISMO?

Otro ámbito de incidencia de la Resolución 2178 (2014) se refiere al recurrente y controvertido tema de la «guerra global contra el terrorismo», en particular respecto a los denominados «conflictos híbridos» o conflictos *internos internacionalizados*⁷⁴ como es el caso del conflicto multidimensional que transcurre en Iraq y, particularmente, en Siria con la irrupción del EIIL. A tal efecto, esta resolución, junto con la Resolución 2249 (2015), han generado un destacado debate acerca de la virtualidad jurídica de nuevas excepciones a la prohibición del uso de la fuerza que mutarían el esquema tradicional de la legítima defensa o derivarían en controvertidos supuestos de intervenciones armadas *presuntamente* compatibles con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas⁷⁵.

En primer lugar y al igual que ocurriera con los acontecimientos bélicos tras las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001), se ha proyectado la mirada hacia la alternativa jurisprudencial que plantearon algunos jueces en el asunto consultivo sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004) y, en particular, en el asunto contencioso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda, 2009)*, y que exigía del Tribunal de La Haya un análisis jurídico más completo de las singularidades y complejidades de

⁷³ Cfr. *ibid.*

⁷⁴ Cfr. el Informe del CICR de 2011 relativo al *Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 31IC/11/5.1.2, Ginebra, 2011, pp. 10-13. Véase asimismo JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Conflictos internos (internacionalizados) y legítima defensa conforme al Derecho internacional», *El Conflicto Colombiano en las Relaciones Internacionales: Factores y Caracteres*, Madrid, Cuadernos de la Escuela Diplomática, 2013, núm. 47, pp. 89-109.

⁷⁵ Véase RODRIGO HERNÁNDEZ, A., «Between old rules and new practices: Spanish practice on the use of force (1990-2015)» 19 *SYBIL* (2015), pp. 329-345; SCHALLER, Ch., «Using Force Against Terrorists “Outside Areas of Active Hostilities” - The Obama Approach and the Bin Laden Raid Revisited», *Journal of Conflict and Security Law*, 2015-2, pp. 195-227; VAN STEENBERGHE, R., «State practice and the evolution of the law of self-defence: clarifying the methodological debate», *Journal on the Use of Force and International Law*, 2015-1, pp. 81-96; HENRIKSEN, A., «Jus ad bellum and American Targeted Use of Force to Fight Terrorism Around the World», *Journal of Conflict and Security Law*, 2014-2, pp. 211-250; HENDERSON, Ch., «The Use of Force and Islamic State», *Journal on the Use of Force and International Law*, 2014-2, pp. 209-222.

los actuales conflictos armados y de sus consecuencias jurídicas respecto a la invocación de la legítima defensa frente a grupos armados no estatales⁷⁶. Según esta tendencia, ante supuestos de falta de control efectivo por parte del Estado desde donde se producen los ataques armados por parte de grupos irregulares o terroristas, se podrá invocar el derecho *inmanente* de legítima defensa del art. 51 de la Carta cuando por sus dimensiones y efectos puedan ser calificados como agresión si tales ataques hubieran sido realizados por fuerzas armadas regulares. Respecto a estas situaciones, no se entendería razonable negar al Estado agredido tal derecho por el solo hecho de que no haya Estado agresor cuando, además, tal condición no es exigida por la Carta de las Naciones Unidas.

Tales requisitos serían cumplidos en atención a la situación de control efectivo y «para-gobernabilidad» del Daesh, por lo que se podría admitir la invocación del derecho de legítima defensa tanto por parte de Iraq como de Siria o aquellos Estados que sufrieran, en las mismas condiciones, ataques armados contra su integridad territorial o independencia política⁷⁷. Además, en virtud de este derecho, cabría también invocar la legítima defensa colectiva en el caso de la existencia de una solicitud previa y expresa de ayuda. Este argumento vendría avalado de forma indirecta por la decididamente ambigua, y complaciente para las distintas partes implicadas, Resolución 2249 (2015)⁷⁸ en la que, sin referencia al Capítulo VII de la Carta ni al derecho a la legítima defensa y tomando nota de las cartas de fecha 25 de junio de 2014 y 20 de septiembre de 2014 de las autoridades iraquíes, se *exhorta a los Estados miembros que tengan capacidad para hacerlo a que adopten todas las medidas necesarias* sobre el territorio que se encuentra bajo el control del EIIL en Siria e Iraq, redoblen y coordinen sus esfuerzos para prevenir y reprimir los actos terroristas cometidos y *erradiquen el cobijo* establecido en estos Estados⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. las opiniones de los Jueces R. Higgins (párr. 33) y Kooijmans (párr. 35) en la Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, y las opiniones de los Jueces Kooijmans (párrs. 26-35) y Simma (párrs. 4-15) respecto a la Sentencia de 19 de diciembre de 2009.

⁷⁷ En el informe del Secretario General de 2016 se hace mención a grupos terroristas vinculados al EIIL que operan en Derna (Libia), en Túnez, en Pakistán y en Filipinas, aun cuando matiza que en ese momento solo sus asociados en Libia y Afganistán tienen territorios de importancia bajo control (S/2016/92, p. 3). Respecto a Boko Haram, se ha indicado que en marzo de 2015 se declaró leal al EIIL y, posteriormente, cambió su propio nombre por el de «Provincia del Estado Islámico en África Occidental», aun cuando se desconoce el alcance total del apoyo material prestado por el EIIL (S/2015/975, párr. 49).

⁷⁸ Véase el debate suscitado en el blog *EJIL Talk!* por AKANDE, D. y MILANOVIC, M., «The constructive ambiguity of the Security Council's ISIS resolution», y WELLWE, M., «Permanent imminence of armed attacks: Resolution 2249 (2015) and the right to self defence against designated terrorist groups». Asimismo, HILPOLD, P., «The evolving right of counter-terrorism: An analysis of SC Resolution 2249 (2015) in view of some basic contributions in International Law literature», *Questions of International Law, Zoom-out*, 24 (2016), pp. 15-34.

⁷⁹ Fuera también del marco del Capítulo VII, resulta de interés la Resolución 2259 (2015) sobre Libia en cuya parte expositiva el Consejo de Seguridad reafirma la necesidad de combatir *por todos los medios* las amenazas para la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas, incluidos los cometidos por los grupos que proclaman su adhesión al EIIL en Libia. Esta expresión aparece en las resoluciones previas adoptadas en 2015: Resoluciones 2213, 2214 y 2238. En la Resolución 2214 se *reafirma* «su determinación de combatir por todos los medios, de conformidad con la Carta de las

Esta *legítima defensa ampliada* ha sido invocada por distintos Estados. La participación española en la *Coalición para la lucha contra el Daesh* ha sido justificada en la solicitud de ayuda del gobierno iraquí dirigida al Secretario General de la ONU mediante carta de 25 de junio de 2014 y reiterada en la Conferencia de París de 15 de septiembre⁸⁰; en las Resoluciones 2169 (2014) y 2170 (2014) adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta; así como en el *llamamiento del presidente de los Estados Unidos (sic)* para liderar una amplia coalición internacional de lucha contra el ISIL⁸¹. Similares argumentos han sido esgrimidos por otros Estados⁸², incluido los Estados Unidos cuyo representante en el Consejo de Seguridad avaló la expresión «todas las medidas necesarias» de la Resolución 2249 (2015), insistiendo en que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho inherente a la legítima defensa individual y colectiva, están adoptando las medidas militares necesarias y proporcionales para privar de refugio seguro al ISIS⁸³.

Por otra parte, Rusia ha invocado «la solicitud del Presidente de la República Árabe Siria, Basahr al-Asad» y ha reivindicado, para este caso, la necesidad de adoptar enfoques verdaderamente colectivos, basados en las normas y principios de Derecho internacional y las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, que reúnan a todas y cada una de las fuerzas comprometidas contra el terrorismo⁸⁴. Respecto a la Resolución 2249 (2015) pre-

Naciones Unidas y el Derecho internacional, las amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por los actos terroristas, incluidos los cometidos por el Estado Islámico del Iraq y el Levante (EIL, también conocido como Daesh), en todas partes, e instando a todos los Estados miembros a cooperar activamente a ese respecto».

⁸⁰ En la carta de 20 de septiembre de 2014 dirigida a la presidenta del Consejo de Seguridad (S/2014/691), Iraq centra su petición en las conclusiones de la Conferencia de París de 15 de septiembre de 2014. En tal sentido, acoge con beneplácito el compromiso asumido entonces por 26 Estados de prestar al nuevo Gobierno del Iraq todo el apoyo que sea necesario en esta guerra contra el EIL, lo que incluye asistencia militar adecuada mediante el suministro de cobertura aérea en coordinación con las fuerzas armadas iraquíes y de conformidad con el Derecho internacional, sin poner en riesgo la seguridad de civiles y velando para que no se ataquen zonas pobladas y se respete la soberanía del Iraq.

⁸¹ Cfr. el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita la autorización de las Cortes, *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 540, de 17 de octubre de 2014, pp. 24-26. El ministro de Defensa, alegando la Resolución 2170, predecesora de la Resolución 2178, defendió en sede parlamentaria que en ella «se realiza un llamamiento para que bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas que, como saben, autoriza el uso de la fuerza ante agresiones y amenazas a la paz, se tomen todas las medidas para frenar, primero, y erradicar, después, las atrocidades cometidas por el Estado Islámico en Irak y en Siria», *BOCG*, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 22 de octubre de 2014, núm. 233, p. 37. La autorización del Congreso de los Diputados fue adoptada por 314 votos a favor, 11 en contra y cuatro abstenciones. Acerca de la posición española, véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «The question of the use of force in Spanish practice (2012-2015): a legal perspective», 19 *SYBIL* (2015), p. 3235.

⁸² Cfr. Estados Unidos mediante carta de 23 de septiembre de 2014 (S/2014/695); Australia en su carta de 9 de septiembre de 2015 (S/2015/693) y Dinamarca mediante carta de 11 de enero de 2016 (S/2016/34).

⁸³ S/PV.7565, p. 4.

⁸⁴ S/2015/792. El 14 de octubre de 2015, el representante sirio remitía cartas idénticas al Secretario General y al presidente del Consejo de Seguridad en las que reconocía que las medidas adoptadas por la Federación Rusa obedecían a la solicitud presentada por el Gobierno de la República Árabe Siria (A/70/429-S/2015/789). En contra de tal intervención, véase la carta de la Coalición Nacional de las

cisó que «la resolución de Francia es un llamamiento político más que una petición de cambiar los principios jurídicos en los que se basa la lucha contra el terrorismo»⁸⁵. A su vez Turquía, que mantiene un contencioso cuasi-bélico con Rusia⁸⁶, ha invocado el derecho inmanente a la legítima defensa, así como las Resoluciones 2170 (2014) y 2178 (2014) para proteger a sus ciudadanos y sus fronteras de forma proporcional frente al «fuego dimanante del territorio sirio». Si bien reconoce que *no existe vinculación con el Daesh*, también ha alegado tal derecho para justificar sus incursiones militares contra los grupos kurdos en Siria (PYD/YPG) al vincularlos con el PKK y el régimen sirio⁸⁷.

No obstante, el principal debate no se plantea acerca de este hipotético supuesto de legítima defensa colectiva. No, los Estados que han intervenido militarmente en la zona defienden otros argumentos que no encajan en esta modalidad, sino que se orientaran más bien a la reformulación (*¿uti singuli otra vez?*) de la «guerra global y preventiva contra este tipo de terrorismo». Su principal argumentación no es que estén actuando frente a un ataque armado en curso contra la integridad territorial o política del Estado agredido, sino que actúan para conjurar el *estado de inseguridad global* que provoca la *amenaza terrorista que representa el Daesh* en virtud de los crímenes terroristas cometidos fuera del escenario bélico de Iraq y Siria. Se trata de amalgamar en torno al supuesto del terrorismo del ISIS distintas justificaciones pretendidamente compatibles con los propósitos de las Naciones Unidas, a pesar de no contar con el marchamo explícito de la ONU ni cabida en la jurisprudencia de la CIJ⁸⁸.

En este sentido se han manifestado algunos Estados⁸⁹ y, particularmente, el gobierno francés. Para justificar la participación de su fuerza aérea, Fran-

Fuerzas de la Revolución y la Oposición Sirias de 16 de noviembre, transmitida por parte de Lituania (S/2015/882).

⁸⁵ S/PV.7565, p. 5.

⁸⁶ Véanse los siguientes documentos remitidos por Siria y Rusia, incluyendo las acusaciones de violaciones del espacio aéreo: por parte de Turquía (S/2016/148 y S/2016/126); por parte de Rusia (S/2016/143 y S/2016/94).

⁸⁷ Cfr. S/2015/563 de 24 de junio y S/2016/163 de 19 de febrero. En contra de las intervenciones turcas, se presentaron cartas idénticas de 16 de febrero por parte de Siria al Consejo de Seguridad y al Secretario General (S/2016/149).

⁸⁸ Acerca de las intervenciones indirectas en Libia y Siria, Sánchez Legido ha destacado que aquellos que han proclamado su interés en armar a grupos rebeldes, han tratado en primer lugar de encontrar la cobertura del Consejo de Seguridad o del consentimiento del gobierno en cuyo territorio operan y cuando ello no ha sido posible, «no han faltado los intentos por forzar las reglas establecidas, sea "reconociendo" a los rebeldes, sea apelando a interpretaciones como poco dudosas de la legítima defensa, sea en fin tratando de extraer de la noción de Responsabilidad de Proteger unas consecuencias que en modo alguno gozan de aceptación generalizada en la Comunidad Internacional» en «¿Podemos armar a los rebeldes? La legalidad internacional del envío de armas a grupos armados no estatales a la luz de los conflictos libio y sirio», 29 *REEL*, 2015, p. 42.

⁸⁹ El Reino Unido, mediante carta de 7 de septiembre de 2015 (S/2015/688), calificó como ejercicio necesario y proporcionado de la legítima defensa individual el ataque aéreo realizado por sus fuerzas armadas contra un vehículo en el que «viajaba un objetivo del que se sabía que estaba participando en la planificación y dirección de ataques armados inminentes contra el Reino Unido». Tales argumentos, más la Resolución 2249, fueron reiterados en la carta de 3 de diciembre de 2015 (S/2015/928) y en el Memorándum de noviembre presentado por David Cameron ante el Parlamento británico. Razones

cia remitió el 8 de septiembre de 2015 cartas idénticas al Secretario General y al Consejo de Seguridad en las que invocaba las Resoluciones 2170 (2014), 2178 (2014) y 2199 (2015) en la medida en que describen los actos terroristas cometidos por el Daesh como una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales así como una *amenaza directa y grave contra Francia*⁹⁰. Tras los atentados terroristas de 13 de noviembre de 2015, el presidente francés en su discurso ante el Parlamento declaró que «*France est en guerre*» y que intensificaría sus operaciones militares en Siria⁹¹. A tal efecto proclamó que se trataba de una guerra frente a un adversario nuevo como es el Daesh y ante actos bélicos que fueron decididos y planificados en Siria, organizados en Bélgica y perpetrados en Francia con complicidades francesas. En su discurso, el Presidente francés, François Hollande, hizo un recorrido por los distintos Estados en los que el Daesh había cometido atentados (Dinamarca, Túnez, Egipto, Líbano, Kuwait, Arabia Saudita, Turquía y Libia), así como por las diferentes operaciones militares francesas contra este terrorismo (Mali, en el Sahel frente al grupo terrorista Boko Haram, Iraq y Siria), para resaltar que la necesidad de destruir el Daesh constituía un objetivo que concierne a toda la comunidad internacional. A tal fin, destacó que había solicitado al Consejo de Seguridad una reunión para adoptar una resolución que marque esta voluntad común⁹² y convocado a los ministros de defensa de los Estados miembros de la UE en virtud de la cláusula de asistencia mutua del art. 42.7 del TUE⁹³.

Frente a este conjunto de alegaciones y justificaciones, el gobierno de Siria, que también defiende su derecho a la legítima defensa frente al terroris-

similares se arguyeron por Canadá en su carta de 31 de marzo de 2015 (S/2015/221) y Alemania quien en su carta de 10 de diciembre de 2015 (S/2015/946) precisaba que estaba justificado que, con arreglo al art. 51 de la Carta, los Estados que han sufrido ataques armados del EIIL *originados en esta parte del territorio sirio* adopten las medidas necesarias de legítima defensa, aun sin el consentimiento del Gobierno sirio.

⁹⁰ S/2015/745.

⁹¹ <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-devant-le-parlement-reuni-en-congres-3/>.

⁹² Con motivo de la adopción de la Resolución 2249, el representante francés, Sr. Delattre, afirmó que *los atentados del 13 de noviembre constituyeron un acto de agresión armada contra Francia*, por lo que las medidas militares que se habían comunicado al Consejo de Seguridad desde el principio, justificadas como medidas de legítima defensa colectiva, pueden en adelante fundamentarse igualmente como *legítima defensa individual* (S/PV7565, p. 2). Para un análisis crítico, véase LATTY, F., «Le brouillage des repères du jus contra bellum. A propos de l'usage de la force par la France contre Daesch», *RGDIP*, 2016-1, pp. 11-39.

⁹³ Junto a esta cláusula, el art. 222 TFUE regula la no invocada *cláusula de solidaridad* prevista para hacer frente a los *ataques terroristas* contra los Estados miembros de la UE. En la Sesión 3426 celebrada el 17 de noviembre de 2015, los ministros de Defensa manifestaron *unánimemente su pleno apoyo a Francia* y su disposición a prestar toda la ayuda y asistencia necesarias. Por otra parte y en atención a lo indicado por la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Sra. Mogherini, las propuestas pueden consistir en asistencia y ayuda sobre los diferentes teatros de operaciones en los que está presente Francia decididas por los distintos Estados, pues la puesta en práctica del art. 42.7 TUE no requiere ninguna decisión o conclusión formal por parte del Consejo. No se tratarían, pues, de operaciones PSDC sino más bien de supuestos de ayuda y de asistencia entre Estados miembros (Consejo de la Unión Europea, <http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/fac/2015/11/16-17/>). Acerca de la solicitud francesa, véase GOUTTEFARDE, F., «L'invocation de l'article 42.7 TUE ou la solidarité militaire européenne à l'épreuve de la guerre contre le terrorisme», *RGDIP*, 2016-1, pp. 41-67.

mo⁹⁴, ha declarado que la legítima defensa invocada constituye una lectura distorsionada de la intención del art. 51 y es abiertamente incompatible con la Carta y las Resoluciones 2170 (2014), 2178 (2014) y 2199 (2015) del Consejo de Seguridad que exigen el respeto de la unidad, la soberanía y la integridad territorial de Siria. Entre las razones que expone para justificar dicha incompatibilidad señala que su gobierno no ha formulado ninguna solicitud a estos Estados, por lo que cualquier presencia de los mismos en el territorio sirio sin tal consentimiento, ya sea en su espacio terrestre o aéreo o en sus aguas territoriales, supondrá una violación de su soberanía. Otra interpretación de la Carta supone correr el riesgo de provocar el caos y la guerra en todo el mundo⁹⁵. Asimismo precisó que el art. 51 de la Carta exige que se esté produciendo efectivamente un acto de agresión por parte de una fuerza armada contra un Estado, que la respuesta debe ser temporal y que se debe respetar la autoridad y la responsabilidad del Consejo de Seguridad⁹⁶. También ha rechazado de pleno la invocación de la Resolución 2499 pues,

«no se aprobó en virtud del Capítulo VII de la Carta y no faculta a los Estados miembros a emplear la fuerza militar ni les solicita que la empleen. Más bien se limita a pedir medidas de conformidad con la Carta y el Derecho internacional, teniendo en cuenta que ambos defienden la soberanía y la igualdad de los Estados y prohíben la amenaza o el uso de la fuerza. ¿Podría darse el caso de que el representante de un Estado que lleva siendo miembro permanente del Consejo de Seguridad durante siete decenios ignore esos hechos?»⁹⁷.

6. CONCLUSIONES: MÁS INCERTIDUMBRES QUE CERTEZAS

El terrorismo del Daesh constituye, sin ninguna duda, un reto ineludible para la comunidad internacional que ha de afrontarse desde distintas perspectivas que sean capaces de concitar el necesario consenso internacional y una efectiva respuesta que anule las perversas y cruentas consecuencias de su existencia. No obstante, el entramado normativo generado en torno a la expresión «combatientes terroristas extranjeros», compleja simbiosis entre categorías ampliamente conocidas por el Derecho internacional pero que representan realidades divergentes, derechos aplicables diferentes y evocan figuras que se entendían superadas por contrarias a Derecho (*combatiente enemigo ilegal/guerra global y preventiva contra el terrorismo*), plantea más incertidumbres que certezas.

La velocidad de los acontecimientos, la conmoción social y la inminencia en la respuesta no suelen ser buenos aliados en los ámbitos jurídicos, en particular cuando afectan a temas tan cruciales como los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario o el *ius ad bellum*. Si bien es verdad que

⁹⁴ Cartas idénticas de fecha 30 de marzo de 2016 (S/2016/294).

⁹⁵ Carta de 17 de septiembre de 2015 (S/2015/719) referida a las intervenciones de Australia, Reino Unido y Francia.

⁹⁶ Carta de 29 de diciembre de 2015, A/70/673/-S/2015/1048, punto 4.

⁹⁷ *Ibid.*, punto 5. Véanse también las cartas idénticas de fecha 23 de febrero de 2016 (S/2016/174).

se ha generado una relevante práctica en la materia, cabría preguntarse si la misma ha ido acompañada de la necesaria *opinio iuris generalis* compartida por los distintos integrantes de la comunidad internacional más allá de los Estados directamente implicados. Quizá los distintos mecanismos que ya ofrece el Derecho internacional hubiesen resultado suficientes para luchar contra este terrorismo, quizá nos falta una apuesta más decidida de confianza en ellos y otorgarles una mayor efectividad.

RESUMEN

«COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS» Y CONFLICTOS ARMADOS: UTILITARISMO INMEDIATO ANTE FENÓMENOS NO RESUELTOS Y NORMAS NO CONSENSUADAS

La adopción de la Resolución 2178 (2014) y la expresión «combatientes terroristas extranjeros» vinculada a los conflictos armados, han suscitado numerosos interrogantes. Frente a la unanimidad en la adopción de la resolución, se han planteado distintas cuestiones que afectan a la elección del Derecho aplicable, a la creación de categorías jurídicas y su compatibilidad con los principios del Estado de Derecho y, finalmente, al debate sobre la posibilidad de reconocer nuevas excepciones a la prohibición del uso de la fuerza (legítima defensa ampliada/guerra global y preventiva contra el terrorismo) ante actores no estatales.

Palabras clave: combatientes terroristas extranjeros, Resolución 2178 (2014), terrorismo, Derecho internacional humanitario, legítima defensa, guerra global contra el terrorismo.

ABSTRACT

«FOREIGN TERRORIST FIGHTERS» AND ARMED CONFLICTS: IMMEDIATE UTILITARIANISM TO UNSOLVED PHENOMENA AND NON-AGREED NORMS

The adoption of Resolution 2178 (2014) and the expression «foreign terrorist fighters» linked to armed conflict, have generated many questions. Despite the unanimity in the adoption of this resolution, different issues have been raised which affect the choice of the applicable law, the creation of legal categories and their compatibility with the principles of the rule of law. Finally, another controversy is the possibility to recognize new exceptions to the prohibition of the use of force (expanded self-defense/global and preventive war on terrorism) against non-state actors.

Keywords: foreign terrorist fighters, Resolution 2178 (2014), terrorism, international humanitarian law, self-defense, global war on terrorism.