

¿DAÑOS JURÍDICOS COLATERALES? LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 42.7 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL

COLLATERAL LEGAL DAMAGE? INVOKING ARTICLE 42(7) OF THE TREATY ON THE EUROPEAN UNION AND THE FIGHT AGAINST INTERNATIONAL TERRORISM

Luis N. González Alonso*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 42.7 TUE EN SU CONTEXTO. III. ENTRE EL VOLUNTARISMO JURÍDICO Y LA REALIDAD POLÍTICA: UNA LECTURA EN CLAVE INTERNA DEL ART. 42.7 TUE. IV. ¿ACELERANDO LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA MATERIA? A PROPÓSITO DEL IMPACTO *AD EXTRA* DE LA INVOCACIÓN DEL ART. 42.7 TUE. V. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: Tras los atentados terroristas de París del 13 de noviembre de 2015, el gobierno francés decidió invocar por primera vez la cláusula de asistencia mutua prevista en el artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea; tan sólo una semana después, conseguía igualmente la aprobación por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de la controvertida resolución 2249 (2015). Partiendo de la relación existente entre ambas iniciativas, y una vez superado ya el impacto inicial de lo que sin duda fue una reacción inesperada, con el presente estudio se pretende profundizar en la identificación, análisis y valoración de sus consecuencias o implicaciones jurídicas tanto para la propia UE, y más concretamente para el modesto entramado de compromisos sobre los que se sustenta su política de seguridad y defensa, como desde la óptica de la tensión a la que viene viéndose sometida la regulación de la legítima defensa como consecuencia de las nuevas formas bajo las que se manifiesta el fenómeno del terrorismo internacional.

Fecha de recepción del original: 1 de septiembre de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de octubre de 2016.

* Profesor titular (acreditado Catedrático) de Derecho Internacional Público, Universidad de Salamanca. Correo electrónico: luno@usal.es. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación DER2015-70082-P (MINECO-FEDER), que lleva por título “Control democrático y acción exterior de la Unión Europea” y del que el autor es investigador principal. Todas las referencias a sitios web que aparecen a lo largo del estudio fueron contrastadas por última vez el 1 de agosto de 2016.

ABSTRACT: After the terrorist attacks in Paris on 13 November 2015, the French Government decided to invoke for the mutual assistance clause laid down in Article 42(7) of the Treaty on the European Union for the first time. Just one week later it would also obtain adoption by the Security Council of the contentious Resolution 2249(2015). On the basis of the existing relationship between both initiatives and having overcome the initial impact of this unexpected reaction, this article aims to deepen in the identification, analysis and evaluation of legal consequences both vis-à-vis the EU – and the modest set of commitments on which its Security and Defence policies are based – as well as regarding the tensions surrounding the legal framework of self-defence as a consequence of the new forms under which international terrorism operates.

PALABRAS CLAVE: Actores no estatales, ataque armado, cláusula de defensa mutua UE, legítima defensa, terrorismo internacional

KEY WORDS: Non-State actors, armed attack, EU mutual defence clause, self-defence, international terrorism

I. INTRODUCCIÓN

Si en algo se distinguen los atentados terroristas de París del 13 de noviembre de 2015 de otros de similar magnitud, al margen quizá del simbolismo de alguno de los lugares concretos o de la propia ciudad en los que se produjeron, es por la relevancia jurídico-política en el plano internacional de la reacción que provocaron. En el breve espacio de una semana se sucedieron, en efecto, iniciativas de esa naturaleza que habría sido difícil anticipar y cuya virtualidad trasciende sin duda el marco temporal de la respuesta directa a los dramáticos acontecimientos que estuvieron en su origen.

Recordemos que, tras calificar el gobierno francés los atentados como un “acto de guerra” ya en las horas inmediatamente posteriores a su ejecución, el Presidente de la República aprovechó su intervención ante las dos cámaras del Parlamento reunidas solemnemente en Versalles el 16 de noviembre para anunciar su intención de, entre otras muchas medidas, invocar formalmente la cláusula de asistencia o defensa mutua contenida en el apartado 7 del artículo 42 del Tratado de la Unión Europea (TUE)¹. Esta invocación se hizo efectiva al día siguiente con motivo de una reunión del Consejo de Asuntos Exteriores de la Unión que ya estaba convocada y en la que estaba prevista también la participación de los ministros de defensa de los Estados miembros². En paralelo, Francia redobló sus esfuerzos diplomáticos en el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas hasta conseguir, exactamente una semana después de los

¹ El texto del discurso pronunciado por François Hollande ante el *Congrès* reunido en Versalles el 16 de noviembre de 2015 puede consultarse en <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-devant-le-parlement-reuni-en-congres-3/>.

² Los ministros de Defensa de los Estados miembros suelen incorporarse, al menos, dos veces al año a las reuniones ordinarias del Consejo de Asuntos Exteriores de la Unión. Tal y como hizo constar la Alta Representante, a la sazón presidenta de esta formación del Consejo, en la rueda de prensa conjunta que ofreció al término de aquella reunión con el ministro de Defensa francés, Jean-Yves Le Drian, el orden del día de la misma fue modificado sobre la marcha para poder abordar en primer término la reacción de la UE frente a los atentados de París (http://eeas.europa.eu/statements-eeas/2015/151117_01_fr.htm).

atentados, la aprobación por unanimidad de la resolución 2249 mediante la que, como es bien sabido, se “insta” a los miembros de la Organización “que tengan capacidad para hacerlo a que *adopten todas las medidas necesarias*, de conformidad con el derecho internacional,... sobre el territorio que se encuentra bajo el control del EIL, también conocido como Daesh, en Siria e Iraq... para prevenir y reprimir los actos terroristas cometidos” por éste y otros grupos³.

Ni que decir tiene que ambas iniciativas, amén de compartir el rasgo de su excepcionalidad, están íntimamente relacionadas entre sí en su planteamiento y se refuerzan mutuamente en cuanto a su eficacia jurídico-política. Si la invocación del art. 42.7 TUE puso de manifiesto, no sólo ante el resto de Estados miembros de la UE sino ante la Comunidad Internacional en su conjunto, la voluntad inequívoca del gobierno francés de liderar una respuesta contundente frente a lo que consideraba una “agresión armada”⁴, la aprobación de la resolución 2249 contribuyó definitivamente a facilitar la adhesión de socios clave dentro de la Unión - Alemania y Reino Unido, sobre todo- a esa calificación jurídica de los atentados y a la consiguiente respuesta militar colectiva como ejercicio de legítima defensa.

Partiendo de esta constatación, y superado ya el impacto inicial de lo que sin duda fue una reacción inesperada, con el presente estudio se pretende profundizar en la identificación, análisis y valoración de sus consecuencias o implicaciones jurídicas tanto para la propia Unión Europea, y más concretamente para el modesto entramado de compromisos sobre los que se sustenta su política de seguridad y defensa, como desde la óptica de la regulación internacional de una materia particularmente delicada y sometida a notables tensiones como consecuencia de las nuevas formas bajo las que se manifiesta el fenómeno del terrorismo internacional. Estos son los dos ejes en torno a los cuales se articula el contenido de este trabajo, en el que no obstante, y con carácter previo, convendrá perfilar también con cierto detenimiento el contexto jurídico-político en el que se gestó la decisión del gobierno francés.

II. LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 42.7 TUE EN SU CONTEXTO

No es infrecuente en la práctica internacional que los Estados traten de justificar la legalidad del recurso a la fuerza armada al amparo de su “derecho inmanente de legítima defensa”⁵. Tampoco lo es que actúen de este modo sin haber sido ellos mismos víctimas directas de la agresión o ataque armado que constituye la condición

³ Resolución 2249 (2015) de 20 de noviembre de 2015, apartado 5 (cursiva añadida).

⁴ Estos son los términos que emplea el apartado 7 del art. 42 TUE para referirse al presupuesto que activa la obligación de “ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance” del resto de Estados miembros de la Unión, que al actuar así no harán más que acogerse al derecho contemplado en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. En este precepto se utiliza, no obstante, el concepto de “ataque armado” para aludir al presupuesto que ha de encontrarse siempre en la base del ejercicio de la legítima defensa.

⁵ Conforme a la expresión recogida en el mencionado artículo 51 de la Carta.

insoslayable para el ejercicio de tal derecho⁶; es decir, acudiendo en ayuda del Estado que ha sufrido o está sufriendo tal situación, como sin ir más lejos viene ocurriendo en el marco del conflicto con el autodenominado Estado Islámico en Iraq y Siria desde 2014. Lo que sí resulta casi insólito es que un Estado decida reaccionar en un contexto de este tipo mediante la activación formal de la cláusula de asistencia mutua inserta en un tratado multilateral del que es parte a fin de regular con vocación de permanencia y con un cierto grado de institucionalización ese ejercicio colectivo de la legítima defensa. Recuérdesse que, ni siquiera en el caso de los atentados terroristas perpetrados en Nueva York y Washington el 11 de septiembre de 2001, la reacción de los Estados Unidos de América y de sus aliados en el seno de la OTAN se atuvo en rigor a ese patrón de comportamiento: fue el Consejo Atlántico por iniciativa propia, y sin mediar por tanto petición alguna por parte del gobierno estadounidense, quien calificó los hechos como un ataque armado y decidió consecuentemente activar, por primera vez en la historia de la Organización, el mecanismo del artículo 5 del Tratado de Washington⁷.

Aun siendo muy relevante, no es éste, sin embargo, el único aspecto que determina la excepcionalidad de la *démarche* francesa consistente en invocar el apartado 7 del artículo 42 TUE. Al menos otras dos circunstancias resultan igualmente significativas a este respecto. En primer término, el hecho de decantarse por esta disposición, de muy escaso recorrido e incluida en un instrumento convencional de enorme trascendencia pero cuya virtualidad fundamental dista mucho de ser la constitución de una alianza militar⁸, frente al ya mencionado compromiso jurídico sobre el que viene fundándose desde hace casi siete décadas la Alianza Atlántica y, por ende, la arquitectura occidental de seguridad. En segundo lugar, haber optado por una reacción que otros Estados miembros, confrontados a acontecimientos de naturaleza similar y de una gravedad equiparable, ni siquiera juzgaron oportuno tomar en consideración. Sin ir más lejos, y salvando las distancias entre ambos escenarios que sin duda son notables, la solidaridad del resto de Estados miembros de la Unión con España tras los atentados del 11 de marzo de 2004 se expresó formalmente mediante una activación simbólica, puesto que todavía no estaba en vigor en aquel momento, de la “cláusula de solidaridad” (hoy recogida en el art. 222 TFUE) y no de la cláusula de defensa mutua, ya entonces

⁶ Para un repaso de la práctica reciente, y entre la abundante bibliografía a este respecto, véase la obra de referencia de RUYSS, T., *“Armed Attack” and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, 2013; igualmente, pueden consultarse los trabajos de carácter general de CORTEN, O., *Le droit contre la guerre*, Pedone, Paris, 2ª ed., 2014, pp. 654 ss.; COUSTON, M., *Droit de la sécurité internationale*, Larcier, Bruxelles, 2016, pp. 240 ss.

⁷ Sobre los detalles de este episodio, véanse los comentarios de E. BUCKLEY (“Invoking Article 5”) y S. L. v. GORKA (“Invocation in context”) en el número de *NATO Review* publicado en 2006 bajo el título “Invocation of article 5: five years on” (disponible en <http://www.nato.int/docu/review/2006/Invokation-Article-5/EN/index.htm>). A esas circunstancias alude también, entre otros, ARTEAGA, F., “La solidaridad española con Francia y el artículo 42.7 del Tratado de la UE”, *ARI 69/2015* del Real Instituto Elcano, pp. 2-3. Muy similar fue, por lo demás, la reacción en el seno de la Organización de Estados Americanos, tal y como recuerda con detalle COUSTON, M., *op. cit.*, p. 263.

⁸ Como es bien sabido, esta previsión fue incorporada al TUE en el marco de las nuevas disposiciones sobre la política común de seguridad y defensa con motivo de la reforma operada por el Tratado de Lisboa, resultando aplicable por tanto desde el 1 de diciembre de 2009. Sobre los debates que ha suscitado su interpretación desde entonces volveremos más adelante.

incluida en el Proyecto de Tratado Constitucional en los mismos términos del actual art. 42.7 TUE⁹.

La de Francia fue pues, y ante todo, una decisión de profundo calado y naturaleza esencialmente política, pero que viene a irrumpir en un contexto jurídico internacional caracterizado, como veremos a continuación, por la incertidumbre en torno al alcance o a la virtualidad de la legítima defensa como fundamento de la respuesta coercitiva que haya de darse a la “amenaza sin precedentes” que representan las nuevas formas de terrorismo internacional¹⁰.

Aproximándonos primero con algo más de detalle a ese trasfondo político, conviene recordar que, tras sumarse desde un principio a la coalición internacional formada en agosto de 2014 para asistir a Iraq en la lucha contra la expansión de *Daesh* en su territorio, el gobierno francés había decidido ya en septiembre de 2015 pasar de un recurso a la fuerza circunscrito a ese apoyo colectivo a un Estado, Iraq, que lo había solicitado y que sin lugar a dudas estaba siendo objeto de una agresión o ataque armado dentro de sus fronteras, a la invocación de su propio derecho a golpear militarmente mediante operaciones autónomas realizadas en legítima defensa las posiciones de la mencionada organización terrorista en Siria¹¹. De este modo, Francia se distanciaba incluso de aquellos otros miembros de la coalición que ya venían desplegando ese tipo de actuaciones en territorio sirio como prolongación de la asistencia a Iraq, es decir, ejerciendo la legítima defensa colectiva¹².

⁹ A propósito de aquella iniciativa, véase., entre otros, GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “¿Obligación jurídica o mero compromiso político? La cláusula de solidaridad en el Tratado Constitucional”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12, 2007, p. 2. A éste y otros precedentes, valorando la reacción del gobierno francés tras los atentados del 13 de noviembre de 2015, también alude SAUL, B., “Paris Attacks: France and the World Should Answer Terror with Liberty”, *Chatham House Expert Comment*, 20 November 2015. Un análisis comparado de la virtualidad de ambas cláusulas en el contexto de la reacción francesa tras los atentados de París puede encontrarse en URREA CORRES, M., “Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad tras los atentados de París: la respuesta europea frente al terrorismo internacional”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 57, 2016, pp. 13-34.

¹⁰ En efecto, en el preámbulo de su Resolución 2249 el Consejo de Seguridad constata que “el Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIIL, también conocido como *Daesh*) constituye una *amenaza mundial sin precedentes para la paz y la seguridad internacionales*” (cursiva añadida).

¹¹ Este cambio de estrategia se inició con el anuncio oficial por parte del Presidente de la República, el 7 de septiembre, de la puesta en marcha de una operación de observación aérea sobre territorio sirio con la finalidad de identificar objetivos de *Daesh* que pudieran ser posteriormente atacados (*Sixième conférence de presse du mandat*, texto disponible en <http://www.elysee.fr/conferences-de-presse/article/6e-conference-de-presse-du-president-de-la-republique/>). Aunque no se mencionó entonces de forma explícita el derecho de legítima defensa, sí se señalaba directamente a Siria como el origen de los ataques terroristas sufridos por Francia y otros muchos Estados. En todo caso, tan sólo un día después el gobierno francés comunicaba formalmente al Secretario General de Naciones Unidas y al Presidente del Consejo de Seguridad que tales operaciones militares se realizaban al amparo del artículo 51 de la Carta (*Identical letters dated 8 September 2015 from the Permanent Representative of France to the United Nations*, S/2015/745). Un comentario sobre la evolución de la posición francesa a este respecto puede encontrarse en MARTIN, J.Ch., “Les frappes de la France contre l’EIIL en Syrie, à la lumière de la résolution 2249(2015) du Conseil de Sécurité”, *Questions of International Law* 24 (2016), pp. 3-14 (www.qil-qdi.org).

¹² Véase por ejemplo, en este sentido, la carta dirigida por la Representante Permanente de los Estados Unidos de América ante NU al Secretario General el 23 de septiembre de 2014 (S/2014/695). Obsérvese,

Aunque en un primer momento las autoridades francesas mantuvieron una cierta ambigüedad en torno al sentido exacto de su invocación del derecho de legítima defensa para recurrir a la fuerza en Siria¹³, cualquier duda a este respecto quedó disipada por la declaración formal que el Presidente de la República realizó el 27 de septiembre en la sede de la Asamblea General de NU. En efecto, pocas horas después de que la aviación francesa bombardease un campo de entrenamiento de *Daesh* en territorio sirio, François Hollande evocó para justificarlo la amenaza directa que esta organización representaba para la seguridad de su país y la consiguiente pertinencia de esas medidas de fuerza a fin de “protéger notre territoire, prévenir des actions terroristes, agir en légitime défense”¹⁴. Los mismos argumentos que su ministro de asuntos exteriores, Laurent Fabius, expondría un par de días después en el Consejo de Seguridad con motivo de un debate abierto sobre terrorismo, subrayando explícitamente en este caso la completa autonomía con la que Francia ejecutaba esas operaciones militares¹⁵.

Con independencia, pues, de que los atentados del 13 de noviembre de 2015 no constituyesen más que la dramática confirmación de una amenaza –materializada previamente a través de otros ataques terroristas de similar naturaleza aunque de menor intensidad- a la que el gobierno francés entendía estar respondiendo ya en legítima defensa desde un par de meses antes, lo cierto es que la invocación del art. 42.7 TUE vino a producirse además en un contexto de enorme incertidumbre jurídica en torno a los límites del ejercicio de ese derecho en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional. Incertidumbre acrecentada en última instancia por una manifestación tan singular de este fenómeno como la consolidación del autodenominado Estado Islámico en Iraq y Siria, y la consiguiente reacción de un buen número de Estados directa o indirectamente afectados por acciones imputables a esa “organización” terrorista.

Piénsese simplemente en la disparidad de posiciones mantenidas a ese respecto por los integrantes del núcleo duro, y a priori más homogéneo en términos jurídicos, de la coalición internacional. Así, mientras que para el gobierno francés no parecía necesario

no obstante, que, tras invocar su derecho a asistir a las autoridades de Iraq en legítima defensa frente a la amenaza de *Daesh*, el gobierno estadounidense aprovecha el último inciso de su comunicación para referirse igualmente al inicio de “military actions in Syria against al-Qaida elements in Syria known as the Khorasan Group to address terrorist threats that they pose to the United States and our partners and allies”.

¹³ De hecho, en la mencionada comunicación oficial al Secretario General de NU y al Presidente del Consejo de Seguridad, el gobierno francés se limita a afirmar que la iniciativa militar que emprende, de conformidad con el artículo 51 de la Carta, constituye una respuesta “to attacks carried out by ISIL from the territory of the Syrian Arab Republic” (S/2015/745). No especifica sin embargo, pese a evocar en el párrafo anterior la solicitud de ayuda internacional realizada por Iraq un año antes, si al actuar así considera estar respondiendo a la agresión perpetrada contra este Estado por *Daesh* o a los ataques terroristas que la propia Francia había sufrido ya en su territorio y que podían seguir produciéndose en el futuro.

¹⁴ Déclaration du président de la République à l’Assemblée Générale des Nations Unies, New York, le 27 septembre 2015 (disponible en: <http://www.elysee.fr/declarations/article/declaration-du-president-de-la-republique-a-l-assemblee-generale-des-nations-unies/>).

¹⁵ No en vano comenzó su intervención afirmando sin paliativos que « [L]a France est une puissance indépendante » (disponible en: <http://www.franceonu.org/Vaincre-le-terrorisme-sera-une-action-de-long-terme>).

desde septiembre de 2015 precisar en modo alguno el alcance de su derecho a responder a título individual mediante el uso de la fuerza en territorio sirio a la amenaza de *Daesh*, los Estados Unidos se habían sentido obligados a matizar en su comunicación oficial al Consejo de Seguridad en 2014 que las acciones militares que emprendían en Siria, a fin de apoyar al gobierno de Iraq en sus esfuerzos por repeler la agresión de la que estaba siendo objeto (legítima defensa colectiva), sólo estaban justificadas en la medida en que “the government of the State where the threat is located is *unwilling or unable* to prevent the use of its territory for such attacks”¹⁶. Al Parlamento británico, por su parte, las dudas acerca de la legalidad de la mera invocación de la legítima defensa colectiva en un contexto como éste le impidieron autorizar el recurso a la fuerza contra posiciones de *Daesh* en Siria hasta que fue aprobada la resolución 2249 en noviembre de 2015¹⁷. Canadá en fin, tras meses de campaña tanto en Iraq como en Siria, acababa de decidir en ese momento cesar los bombardeos en ambos territorios, entre otros motivos, por la fragilidad del fundamento jurídico internacional (legítima defensa individual y colectiva) al amparo del cual habían venido realizándose¹⁸.

Todo ello, claro está, sin entrar en el debate de fondo acerca de la legalidad misma y, en su caso, las condiciones concretas bajo las cuales un Estado puede esgrimir su derecho a la legítima defensa para responder por la fuerza fuera de su territorio a acciones terroristas reales –y que por su magnitud entiende calificar entonces como un “ataque armado”- o inminentes, de las que son responsables actores no estatales y que no pueden atribuirse, ni directa ni indirectamente, al Estado desde cuyo territorio operan estos grupos. Es bien sabido que la divergencia entre la práctica internacional, sobre todo la de los Estados más activos en este terreno, y la evolución formal del Derecho a este respecto no ha dejado de acentuarse a lo largo de las dos últimas décadas, con los

¹⁶ S/2014/695 de 23 de septiembre de 2014 (cursiva añadida). Criterio aplicable conforme a la práctica de los Estados Unidos y de algunos otros Estados, que buena parte de la doctrina estadounidense considera plenamente aceptado, a la hora de determinar en qué situaciones cabe recurrir en legítima defensa a la fuerza armada contra actores no estatales ubicados en el territorio de otro Estado. Para un análisis detallado del mismo desde esa óptica véase el conocido estudio de DEEKS, A. S., ““Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, n° 3, 2012, pp. 483-550. En contra de la consolidación de este criterio en la práctica general, véase el no menos interesante trabajo de CORTEN, O., “The “Unwilling or Unable” Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?”, *Leiden Journal of International Law* (2016) DOI: 10.1017/S0922156516000315, Published online: 22 June 2016, pp. 1-23 (en particular, pp. 4 ss.). El “unwilling or unable test” fue mencionado también por la representante de los Estados Unidos en la explicación de su voto en el Consejo de Seguridad con motivo de la aprobación de la resolución 2249 (S/PV.765 de 20.11.2015, P. 4).

¹⁷ En efecto, hasta ese momento el gobierno británico se había limitado a realizar vuelos de reconocimiento y ataques selectivos con drones en territorio sirio. Véase a este respecto, entre otros, BOEGLIN, N., “Arguments based on UN resolution 2249 in Prime Minister’s report n airstrikes in Syria: some clarifications needed”, *Human Rights Investigations*, 4 December 2014 (disponible en <https://humanrightsinvestigations.org/2015/12/04/arguments-based-on-un-resolution-2249-in-prime-ministers-report-on-airstrikes-in-syria-some-clarifications-needed/>)

¹⁸ La decisión fue anunciada por el nuevo Primer Ministro a finales de octubre de 2015. Un análisis de la actuación de Canadá desde esta óptica puede encontrarse en LESPÉRANCE, R. J., “Canada’s Military Operations against ISIS in Iraq and Syria and the Law of Armed Conflict”, *Canadian International Lawyer*, vol. 10, n° 2, 2015, pp. 51-63.

riesgos evidentes que ello comporta en el seno de un ordenamiento jurídico tan permeable a la formación de nuevas normas por vía consuetudinaria¹⁹.

Esta tensión, que como es lógico viene manifestándose insistentemente en la doctrina desde comienzos de siglo²⁰, se ha trasladado incluso a las deliberaciones de la Corte Internacional de Justicia en diversos asuntos durante este mismo período, bien es cierto que sin dejar impronta todavía en los pronunciamientos pertinentes²¹, y está propiciando por lo demás que se formulen propuestas, más o menos articuladas e imbuidas todas de parecidas dosis de voluntarismo, tendentes a perfilar las hipotéticas condiciones a las que debería ajustarse en estas nuevas circunstancias el ejercicio de la legítima defensa²².

¹⁹ Riesgos sobre los que alerta por ejemplo, desde una perspectiva ciertamente muy marcada por la práctica de ese tipo de Estados, BETHLEHEM, D., “Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, *The American Journal of International Law*, vol. 106, 2012, pp. 773-774. Para constatar las discrepancias sobre esa pretendida evolución de la legítima defensa, basta con repasar las reacciones que en ese mismo número del *AJIL* suscitó la contribución de este autor.

²⁰ En un debate de sobra conocido, que no arranca pero sí se intensifica claramente a raíz de la reacción internacional a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, y del supuesto aval que para una interpretación más amplia del derecho de legítima defensa en ese tipo de situaciones resultaría de las referencias al mismo en el preámbulo de las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad. Conviene recordar, no obstante, que en aquel momento casi nadie parecía discutir todavía la necesidad de atribuir, de un modo u otro, la responsabilidad del “ataque armado” al régimen talibán de Afganistán, y no simplemente al grupo terrorista implicado. Entre otros muchos, sigue manteniendo su vigencia a este respecto el certero análisis de GONZÁLEZ VEGA, J., “Los atentados del 11 de Septiembre, la operación “Libertad Duradera” y el derecho de legítima defensa”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII (2001), pp. 247-271. Una excelente presentación sintética de la evolución posterior de ese debate es la que, por ejemplo, realiza TSAGOURIAS, N., “Self-Defence against Non-state Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Rule and Self-Defence as a Secondary Rule”, *Leiden Journal of International Law* (2016), DOI: 10.1017/S0922156516000327, Published online: 22 June 2016.

²¹ Me refiero lógicamente a las posiciones mantenidas sobre este punto mediante opiniones separadas por diversos miembros de la Institución en los asuntos relativos a la construcción del Muro en el territorio palestino ocupado y a las actividades armadas en el territorio del Congo (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136 –opiniones separadas de los Jueces Higgins y Kooijmans, y declaración del Juez Buergenthal-; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168 –opiniones separadas de los Jueces Kooijmans y Simma, principalmente-). Mientras que en el primero de estos asuntos la Corte recuerda taxativamente que el artículo 51 de la Carta reconoce la existencia de un derecho inmanente de legítima defensa sólo en caso de ataque armado “de un Estado contra otro” (párr. 139), en el segundo, aun manteniendo la exigencia de atribuir la conducta que provoca la reacción en legítima defensa a otro Estado, no rechaza una eventual evolución normativa en la materia, limitándose a concluir para el caso concreto que “the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces” (párr. 147).

²² Son bien conocidas, en este sentido, las iniciativas patrocinadas por *Chatham House* (“Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence”, *ILP WP 05/01*, disponible en <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>) o, con un carácter mucho más amplio, por el *Grotius Centre for International Legal Studies* de la Universidad de Leiden (“Leiden Policy Recommendations on Counter-terrorism and International Law”, 1 April 2010, en especial su *Part II*; <http://www.grotiuscentre.org/resources/1/Leiden%20Policy%20Recommendations%201%20April%202010.pdf>), así como los “Principles Relevant to the Scope of a State’s Right of Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, avanzados a título individual por D.

Este es, someramente presentado, el contexto jurídico y político en el que se produce la invocación por parte de Francia del art. 42.7 TUE. Pasemos ahora a analizar y a tratar de valorar su impacto tanto en clave interna, es decir para la propia UE, como desde la óptica de la incierta evolución del Derecho internacional en la materia.

III. ENTRE EL VOLUNTARISMO JURÍDICO Y LA REALIDAD POLÍTICA: UNA LECTURA EN CLAVE INTERNA DE LA INVOCACIÓN DEL ART. 42.7 TUE

Como casi siempre en la vida, el vaso puede verse “medio lleno o medio vacío”. Sin duda aliviada por la reacción del resto de Estados miembros a la que acababa de asistir en el seno del Consejo, F. Mogherini se apresuró a subrayar en su comparecencia ante la prensa el 17 de noviembre de 2015 que la demanda de solidaridad planteada por Francia había recibido una respuesta europea, “pour une fois, effective”²³. Un par de meses después, todavía cerraba su intervención sobre la gestión de las consecuencias de los atentados de París ante el Pleno del Parlamento Europeo reivindicando: “We often complain about our divisions, let us also be proud of our unity and strength”²⁴. En este mismo tono positivo, aunque matizando mucho más el análisis, se ha destacado entre la doctrina el valor simbólico que la acogida dispensada a la iniciativa francesa comportaba para una UE acuciada por fracturas internas de todo tipo²⁵, o la oportunidad que tal vez podría representar a medio plazo para el relanzamiento y la consolidación definitiva de su política de seguridad y defensa²⁶.

Ahora bien, ninguna de estas valoraciones genéricas puede ocultar el enorme baño de realismo que esta primera activación de la cláusula de asistencia mutua ha supuesto para la Unión y, más concretamente, para sus renovados, al menos sobre el papel, compromisos y estructuras de seguridad común. Aunque en apariencia el mecanismo ha

BETHLEHEM en la contribución antes mencionada (*loc. cit.*, p. 775-777). Una reciente iniciativa en sentido contrario es la lanzada en 2016 por un grupo de académicos europeos y auspiciada por el *Centre de Droit International de l'Université Libre de Bruxelles* (<http://cdi.ulb.ac.be/contre-invocation-abusive-de-legitime-defense-faire-face-defi-terrorisme/>); para una explicación de la misma, CORTEN, O., “A Plea Against the Abusive Invocation of Self-Defence as a Response to Terrorism”, *EJIL: Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law*, published on July 14, 2016 (www.ejiltalk.org).

²³ *Remarques introductives de la Haute Représentante et Vice-Présidente Federica Mogherini lors de la conférence de presse avec Jean Yves Le Drian, Ministre de la Défense Français*, Bruxelles, 17/11/2015, 151117_01_fr (EEAS).

²⁴ “Our solidarity with France after the Paris attacks”, Speech at the European Parliament, 20 January 2016 (disponible en <http://www.federicamogherini.net/article-427-ep-plenary/?lang=en>).

²⁵ “La sécurité de l’UE: une urgence politique”, *Tribune des membres de la Task Force de l’Institut Jacques Delors sur l’action extérieure de l’UE*, 1^{er} Mars 2016 (<http://www.institutdelors.eu/>), pp. 3-4 ; HILLION, Ch. & BLOCKMANS, S., “Europe’s self-defence: Tous pour un et un pour tous?”, *CEPS Commentary*, 20 November 2015 (www.ceps.eu), p. 4.

²⁶ FALEG, G., “European Security after the Paris Attacks”, *CEPS Commentary*, 24 November 2015 (www.ceps.eu); MENON, A. & WITNEY, N., “After Paris: What Price European Defence?”, *ECFR/150*, November 2015 (www.ecfr.eu), pp. 5 ss. En sentido claramente contrario, por ejemplo, CIMIOTTA, E., “Le implicazioni del primo ricorso alla C.D. “Cláusula di mutua assistenza” del Trattato sull’Unione Europea”, *European Forum (European Papers)*, 16 April 2016 (www.europeanpapers.eu).

funcionado y se ha podido salvar el envite resultante de la decisión adoptada por el gobierno francés, que desde luego colocaba al resto de socios en una posición delicada²⁷, la falta de consistencia de la respuesta arbitrada y de los procedimientos aplicados para su ejecución ha dejado en el aire multitud de interrogantes, así como un cierto sentimiento de resignación e incluso decepción por el modo en el que se han desarrollado los acontecimientos. Repasemos con más detalle las enseñanzas que en clave interna cabe extraer de los mismos.

1. La naturaleza predominantemente política de un compromiso jurídico...

Ya desde su incorporación al fallido Tratado Constitucional, la interpretación del significado y alcance jurídicos de la nueva cláusula de defensa mutua había sido objeto de controversia²⁸. Era evidente, por un lado, que su redacción comportaba elementos novedosos respecto de las previsiones similares de otros tratados internacionales de los que un buen número de Estados miembros de la UE era también parte: mayor contundencia en la formulación de la obligación de asistir a la parte atacada que, por ejemplo, el art. 5 del Tratado de Washington²⁹; o, una delimitación más generosa del ámbito territorial cubierto por el compromiso de asistencia mutua, no sólo en relación con este último sino también con el Tratado de Bruselas modificado, aspecto éste de enorme relevancia para España al no limitarse ya tal cobertura al “territorio de los Estados miembros en Europa”³⁰. Por otro lado, sin embargo, resultaba igualmente

²⁷ En efecto, cualquier fisura en la respuesta solidaria del resto de Estados miembros, con independencia de que después ésta se concretase con mayor o menor contundencia, habría sido demoledora para la credibilidad de la UE. Algún autor ha ido incluso más allá, afirmando que en las circunstancias concretas del caso, “the EU Member States should stand together and provide “aid and assistance by all means in their power” without any hesitation. A failure to meet this obligation could cause lasting damage to the European Union” (REHRL, J., “Invoking the EU’s Mutual Assistance Clause. What it says, what it means”, *Egmont Commentaries*, 20.11.2015; disponible en www.egmontinstitute.be).

²⁸ Recuérdese que la redacción del entonces art. I-41.7 del Tratado Constitucional coincide exactamente con la del actual art. 42.7 TUE, aunque el marco jurídico global en el que se inserta este precepto no sea obviamente el mismo. A propósito de aquel debate en su planteamiento inicial, GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “Unidos en la diversidad: hacia una configuración flexible de la Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 7, mayo 2005, en particular pp. 18-23.

²⁹ En efecto, como es bien sabido, este precepto establece la obligación de asistir a la Parte atacada mediante la adopción de las medidas que cada Estado “juzgue necesarias” y que podrían incluir “el empleo de la fuerza armada”. El art. 42.7 TUE, por su parte, impone formalmente a los Estados miembros una obligación de “ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance”, como ya hacía para sus diez Estados parte el Tratado de Bruselas modificado (Unión Europea Occidental), aunque añadiendo “militares y otros”.

³⁰ Tal y como establecía en su art. V el Tratado de Bruselas modificado. Sobre esta circunstancia, que supuestamente remediaba la falta de cobertura por una cláusula de defensa mutua de las plazas de soberanía española en el norte de África –tampoco cubiertas por el Tratado de Washington– llamó la atención en su momento la doctrina española. Además de la ya citada, y entre otros muchos trabajos, ALDECOA LUZÁRRAGA, F.; GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene. El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, pp. 232-233; BERMEJO GARCÍA, R., “La cláusula de defensa mutua: ¿un paso adelante hacia una auténtica política de seguridad y defensa?”, en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *La política de seguridad y defensa en el Tratado Constitucional*, Tirant, Valencia, 2005, pp. 88-89. Conviene recordar, en todo caso, que los Estados parte del Tratado de Bruselas modificado decidieron en marzo de 2010 darlo por terminado, justificando tal decisión en la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consiguiente incorporación al Tratado de la UE de la cláusula de defensa mutua prevista en su art. 42.7

notorio, a la luz tanto del tenor literal del nuevo precepto como del contexto general en el que había sido negociado, que con su incorporación al Derecho originario de la Unión los Estados miembros no entendían en el fondo estar reforzando de forma demasiado significativa sus obligaciones jurídicas en esta materia, sino más bien revistiéndolas de una renovada dimensión política al vincularlas al sistema de la integración europea³¹. Recuérdese, en este sentido, que todo el régimen jurídico de la denominada “política común de seguridad y defensa” está impregnado en el TUE por la lógica de la flexibilidad y que, desde el punto de vista de una eventual exigibilidad de las casi inexistentes obligaciones jurídicas concretas que alberga en su seno, constituye el reducto más intergubernamental dentro de la ya de por sí intergubernamental regulación de la PESC.

No debe sorprender pues que, aun sin cuestionar el indudable carácter jurídico de la previsión contenida en el art. 42.7 TUE, la mayor parte de actores implicados, comenzando por el propio gobierno francés³², haya considerado que su invocación constituía un acto fundamentalmente político, que activaba una obligación de ayuda o asistencia por parte del resto de Estados miembros que bien podría limitarse, llegado el caso, a una mera manifestación de solidaridad en el plano diplomático acompañada de alguna otra medida de alcance prácticamente testimonial³³. Incluso la Alta Representante, defensora a ultranza durante todo el proceso del valor y de los efectos jurídicos precisos de la cláusula de defensa mutua, terminaría reconociendo que la determinación de los medios concretos a través de los cuales cada Estado miembro

(Statement of the Presidency of the Permanent Council of the WEU on behalf of the High Contracting Parties to the Modified Brussels Treaty, Brussels, 31 March 2010; disponible en <http://www.weu.int/>). Por lo que se refiere a España, la Denuncia –realizada mediante Nota Verbal de 15 de octubre de 2010– surtió efecto el 18 de octubre de 2011 (BOE núm. 39 de 15.2.2011 pág. 16335).

³¹ Así lo demuestra la flexibilidad de la formulación elegida, tratando de dar satisfacción simultáneamente a los Estados miembros que ya se encontraban vinculados por el Tratado de Bruselas modificado, a los Estados miembros tradicionalmente considerados “neutrales” y a aquellos otros cuya principal preocupación consistía en evitar cualquier afectación o debilitamiento del vínculo transatlántico (QUILLES, G., “The Lisbon Treaty and its implications for CFSP/ESDP”, *Briefing Paper*, February 2008, Policy Department External Policy, European Parliament, pp. 7-8; GONZÁLEZ ALONSO, L.N., “Unidos en la diversidad...”, *loc. cit.*, pp. 18 ss.).

³² En efecto, interpelado por la prensa sobre el sentido de la invocación del art. 42.7 TUE tras la reunión del Consejo en la que ésta se produjo, el ministro francés de defensa constató: “C’est un acte politique d’abord, qui se matérialise pour la première fois. Je tiens à le faire remarquer” (EEAS, 151117_01_fr, Bruxelles, 17/11/2015; disponible en http://eeas.europa.eu/statements-eeas/2015/151117_01_fr.htm)

³³ En este mismo sentido, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 21 de enero de 2016 sobre la cláusula de defensa mutua (P8_TA-PROV(2016)0019, apartado 5), considera que la invocación de este precepto “es, ante todo, una cuestión política”. En idéntica línea, A. MISSIROLI propone el calificativo de “enabling provision (that) first requires political will to be activated and then operational capacity to be effectively implemented” (“After Paris: why (now) the Lisbon Treaty”, *ISSUE Alert* n° 50, November 2015, European Union Institute for Security Studies, p. 2). Por su parte, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, evocando al Tribunal Constitucional alemán, se refiere a esta cláusula como “a political obligation” más que “a genuine obligation of legal nature” (“The question of the use of *forcé* in Spanish practice (2012-2015): a legal perspective”, *Spanish Yearbook of International Law*, 19 (2015), p. 325).

decide honrar la obligación de ayuda y asistencia que le incumbe en virtud de la misma queda a su entera discrecionalidad³⁴.

No es difícil imaginar el debate que a este respecto debió tener lugar en la sesión del Consejo de 17 de noviembre de 2015, con un buen número de ministros de defensa exigiendo garantías, antes de aceptar cerrar filas políticamente en torno a la demanda de solidaridad planteada por Francia, en cuanto al grado de implicación y al nivel de los compromisos concretos que de sus respectivos Estados se esperaba como consecuencia de la primera activación de la cláusula de asistencia mutua³⁵. Sólo garantizando que nadie se vería obligado a asumir cargas no deseadas y que todo el proceso de desarrollaría en clave estrictamente bilateral³⁶, es probable que consiguiera salvarse la aparente unidad de acción de la UE en la respuesta frente a unos hechos que, sin perjuicio de su gravedad, más de un gobierno nacional no contemplaba sin duda como la “agresión armada” que, conforme a los artículos 42.7 TUE y 51 de la Carta, justifica el recurso a la fuerza en legítima defensa. La mejor prueba de ello es el modesto balance de compromisos efectivamente asumidos en términos militares, o al menos de apoyo logístico, por el conjunto de los Estados miembros en las semanas posteriores a los atentados³⁷. Ciertamente es que algunos de ellos ni siquiera fueron objeto de demandas específicas por parte del gobierno francés; pero no lo es menos que otros, cuyas contribuciones sí fueron reclamadas y se consideraban relevantes, prefirieron permanecer al margen o implicarse sólo de forma tangencial³⁸.

³⁴ No sin antes insistir en el hecho de que, a su juicio, “[t]he article expresses a high-level of commitment”, F. Mogherini aceptaba ante el PE, como no podía ser de otro modo, que “[i]t is up to each Member State to determine the exact nature of aid and assistance it will ultimately provide...” (“Our solidarity with France after the Paris attacks”, Speech at the European Parliament, 20 January 2016; disponible en <http://www.federicamogherini.net/article-427-ep-plenary/?lang=en>).

³⁵ Son sintomáticas, en este sentido, las palabras pronunciadas por el ministro Le Drian en su ya mencionada comparecencia ante la prensa, junto a la Alta Representante, inmediatamente después de la reunión del Consejo el 17 de noviembre de 2015: “J’ai aussi beaucoup apprécié le fait que la quasi totalité, la totalité des membres, a souhaité dire qu’au-delà de la France c’était l’Europe qui était touchée...” (*supra* nota nº 32). Véase igualmente al respecto el análisis del EUROPEAN COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS, “Article 42.7: An explainer”, *ECFR Commentary*, 19 November 2015, pp. 3-4 (disponible en http://www.ecfr.eu/article/commentary_article_427_an_explainer5019).

³⁶ Sobre este aspecto volveremos en el próximo epígrafe.

³⁷ Entre ellos destacan claramente los de Alemania y Reino Unido, aunque este último Estado miembro no vinculó su reacción a la activación del art. 42.7. Paradójicamente, otro de los Estados miembros que con mayor celeridad siguió esta línea fue Dinamarca, que como es bien sabido no participa en el desarrollo de la política de seguridad y defensa de la UE; de hecho, al justificar su intervención militar en Siria al amparo del art. 51 de la Carta, el gobierno danés se refiere al ejercicio de la legítima defensa colectiva en relación con Iraq (Letter dated 11 January 2016 from the Permanent Representative of Denmark to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2016/34). El balance completo de la respuesta inicial del conjunto de los Estados miembros de la Unión aparece reflejado de forma muy precisa en el cuadro anejo al documento, “Activation of Article 42(7) TEU. France’s request for assistance and Member State’s responses”, *EPRS Briefing*, December 2015, European Parliamentary Research Service.

³⁸ En la primera de estas situaciones se encontró una decena de Estados miembros. Entre los que sí fueron objeto de contactos concretos y no reaccionaron o lo hicieron de modo sumamente tibio, cabe citar los casos de Italia, Polonia o España; en relación con este último Estado miembro, la proximidad en el tiempo de un proceso electoral y el posterior mantenimiento durante meses del gobierno “en funciones” permitió eludir de un modo menos engorroso la situación.

Tampoco queda en buen lugar la supuesta consistencia jurídica de la cláusula de defensa mutua si nos atenemos a la disparidad de percepciones que su invocación suscitó entre los Estados miembros cuya movilización Francia perseguía con mayor ahínco. Así, mientras que del debate parlamentario que precedió a la aprobación de la respuesta alemana se desprende claramente la convicción de estar jurídicamente obligados a actuar en virtud el art. 42.7 TUE³⁹, en el caso del Reino Unido esta disposición ni siquiera fue evocada por el gobierno ante la Cámara de los Comunes⁴⁰; la novedad y el factor determinante para conseguir la autorización de la extensión de los ataques aéreos británicos a Siria era la resolución 2249 y no el hecho de que Francia hubiese activado el ejercicio colectivo de la legítima defensa en el marco de la UE. Del mismo modo, ninguno de los Estados miembros que, al margen de Francia, formaba parte del Consejo de Seguridad de NU en noviembre de 2015 consideró oportuno aludir a aquel precepto, ni a la situación creada como consecuencia de su invocación en el seno de la UE, en sus respectivas explicaciones de voto en el momento de la aprobación de la mencionada resolución⁴¹.

No parece, en definitiva, que este primer supuesto de aplicación de la cláusula de defensa mutua haya servido para disipar la incertidumbre en torno al alcance jurídico de un precepto complejo y controvertido. Más bien al contrario, el hecho de que su activación se haya producido en respuesta a ataques terroristas perpetrados por actores no estatales, y no para hacer frente a una poco verosímil agresión armada en sentido clásico⁴², constituye un factor adicional de inseguridad que sin duda ha mediatizado la reacción de algunos Estados miembros. En todo caso, tanto o más llamativa que esta falta de consistencia del compromiso jurídico contenido en el art. 42.7 TUE, ha resultado la constatación de la manifiesta debilidad, por no decir inexistencia, de mecanismos mínimamente institucionalizados para su ejecución en el marco de lo que el propio Tratado denomina una política común de seguridad y defensa.

³⁹ Véanse, en este sentido, los comentarios de PETERS, A., “German Parliament decides to send troops to combat ISIS – based on collective self-defense “in conjunction with” SC Res. 2249”, *EJIL: Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law*, published on December 8, 2015 (www.ejiltalk.org).

⁴⁰ Tal y como recuerda TARDY, Th., “Mutual defence – one month on”, *ISSUE Alert* 55, December 2015, European Union Institute for Security Studies, p. 2. La posición del gobierno británico a este respecto puede consultarse con mayor detalle en, “Memorandum to the Foreign Affairs Select Committee. Prime Minister’s Response to the Foreign Affairs Select Committee’s Second Report of Session 2015-16: the Extension of Offensive British Military Operations to Syria”, November 2015 (disponible en <https://www.parliament.uk/documents/commons-committees/foreign-affairs/PM-Response-to-FAC-Report-Extension-of-Offensive-British-Military-Operations-to-Syria.pdf>).

⁴¹ Además de Francia y del Reino Unido, miembros permanentes, en aquel momento formaban parte del Consejo de Seguridad España y Lituania. El representante francés no sólo mencionó la invocación de la cláusula en su intervención, sino que reclamó una respuesta comprometida del resto de Estados miembros de la UE (“We expect Europe to actively engage with us on behalf of our shared security and that of the neighboring countries of Syria”). Los de los otros tres Estados miembros omitieron cualquier referencia al respecto, si bien el representante británico aludió al hecho de que su país, como otros, ya se había implicado previamente en la lucha contra *Daesh* en ejercicio de la legítima defensa “individual y colectiva” (Security Council, 7565th meeting, 20 November 2015, S/PV.7565, pp. 3 y 9).

⁴² R. BERMEJO GARCÍA (*loc. cit.*, p. 93) ya había adelantado esta posibilidad como algo más verosímil en el momento de la aprobación del Tratado Constitucional.

2. ...desprovisto de pautas o procedimientos articulados para su ejecución

En efecto, sin perjuicio de todo lo anterior, no cabe duda de que el aspecto más sorprendente a ojos del observador externo de esta primera invocación de la cláusula de asistencia mutua ha sido la casi completa ausencia de participación de las instituciones y órganos de la Unión en la gestión de su ejecución. Desde luego el Tratado guarda deliberadamente silencio a este respecto⁴³, identificando a los Estados miembros como únicos destinatarios de la obligación de “ayuda y asistencia”, en un contexto normativo además, no lo olvidemos, caracterizado por un enfoque estrictamente intergubernamental. Ahora bien, el art. 42.7 no es una disposición aislada en el seno del TUE sino que constituye uno de los pilares básicos de la política común de seguridad y defensa, cuyo desarrollo a lo largo de las dos últimas décadas ha venido acompañado por un notable fortalecimiento de las estructuras institucionales de la Unión en este campo. No parecería descabellado pensar, pues, que éstas hubieran podido desempeñar un cierto papel, aunque sólo fuera “facilitador”, en la articulación de la respuesta a la demanda de solidaridad planteada por el gobierno francés.

No ha sido evidentemente el caso, al margen de la ya mencionada y hasta cierto punto improvisada intervención inicial del Consejo de Asuntos Exteriores⁴⁴, o del posterior recurso al Comité Político y de Seguridad a fin de que simplemente pudiera constatar la transmisión por parte de Francia de sus requerimientos operativos concretos al resto de socios⁴⁵. Ni la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que se ofreció para coordinar el desarrollo del proceso⁴⁶, ni las denominadas “estructuras de gestión de crisis” que, como es bien sabido, forman parte del Servicio Europeo de Acción Exterior⁴⁷, han intervenido en modo alguno en la aplicación de la cláusula de defensa mutua. Su ejecución se ha verificado conforme a un enfoque estrictamente bilateral, con el gobierno francés dirigiéndose de forma individual y por separado a cada uno de los Estados miembros de los que estaba interesado en conseguir apoyo o asistencia, bien para reforzar sus operaciones militares en curso tanto en Irak como en Siria, bien con el objetivo de poder liberar capacidades propias comprometidas en el marco de otras misiones en el Sahel u Oriente Próximo. Algo que, sin ir más lejos, el PE ha lamentado deplorando que haya debido recurrirse “a medidas *ad hoc*, a una gestión *ad hoc* y a una cooperación *ad hoc*”, por no existir “análisis ni orientación algunos” en el momento en el que se produjo la invocación de la cláusula⁴⁸.

⁴³ A diferencia, por ejemplo, del art. 222 TFUE en relación con la cláusula de solidaridad; conforme a su apartado 3, “[l]as modalidades de aplicación *por la Unión* de la presente cláusula de solidaridad serán definidas mediante decisión adoptada por el Consejo, a propuesta conjunta de la Comisión y del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad” (cursiva añadida).

⁴⁴ Supra nota nº 2.

⁴⁵ En la reunión de este órgano que tuvo lugar el 24 de noviembre de 2015 (“Activation of Article 42(7) TEU. France’s request...”, *loc. cit.*, p. 2).

⁴⁶ “Our solidarity with France...”, *loc. cit.* nota nº 24.

⁴⁷ Me refiero, lógicamente, al Comité Militar y al Estado Mayor de la UE, así como al resto de estructuras de coordinación para la gestión de crisis creadas con posterioridad en el seno del SEAE, una vez que este comenzó a funcionar en 2011.

⁴⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2016, sobre la cláusula de defensa mutua (artículo 42, apartado 7, del TUE), P8_TA-PROV(2016)0019, apartado 7.

A todo ello se ha sumado, y éste tal vez sea el déficit institucional más criticado sobre todo por parte de la doctrina, la falta de implicación del Consejo Europeo en un escenario o situación absolutamente excepcionales, en los que si algo cabía esperar era precisamente orientación e impulso políticos. Como elocuentemente se preguntaba A. MATTELAER ante la Subcomisión de Seguridad y Defensa del PE, “if Article 42(7) is really about mutual defence –about the EU going to war- then it would surely be a matter for the European Council to decide, because if declaring war is not about defining the general political direction of the Union, then what is?”⁴⁹. La explicación es, a mi juicio, sencilla: ni Francia quería verse sometida al escrutinio que podría representar la intervención del Consejo Europeo, ni probablemente el resto de Estados miembros estaban dispuestos a tener que pronunciarse formalmente a ese nivel sobre una iniciativa tan delicada y, hasta cierto punto, controvertida.

Ese interés del gobierno francés por eludir cualquier tipo de “trámite” u obstáculo procesal que pudiera poner en entredicho o limitar la eficacia inmediata de su decisión es el que también explica, entre otras razones, que descartase la activación simultánea o alternativamente del art. 5 del Tratado de Washington o de la propia cláusula de solidaridad recogida en el art. 222 TFUE. Con independencia de que esta última no se adaptase a las circunstancias del caso⁵⁰, conviene recordar que su ejecución está sometida a un procedimiento reglado, al menos en lo que atañe a las medidas que la UE en cuanto tal, por supuesto a través de su estructura institucional, debe adoptar en respuesta al requerimiento de uno de sus Estados miembros⁵¹. Por lo que se refiere al compromiso de asistencia mutua sobre el que se funda la Alianza Atlántica, es obvio que Francia no disfruta en su seno de la misma preponderancia ni liderazgo político que dentro de la UE, en particular en asuntos de seguridad y defensa, y que acogiéndose al mismo podría por tanto haberse visto confrontada a complicaciones innecesarias a la luz de los objetivos perseguidos⁵².

Lo cierto es, en definitiva, que el patrón seguido para hacer efectiva por primera vez la obligación de asistencia mutua contemplada en el art. 42.7 TUE, aun siendo fiel reflejo del enfoque estrictamente intergubernamental con el que los Estados miembros afrontan

⁴⁹ En la comparecencia que tuvo lugar el 1 de diciembre de 2015; la cita aparece recogida en “Activation of Article 42(7) TEU. France’s request...”, *loc. cit.*, p. 3. En este mismo sentido, a propósito de la ausencia de intervención del Consejo Europeo, véanse los comentarios de URREA CORRES, M., “Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad tras los atentados de París...”, *loc. cit.*, p.24.

⁵⁰ Como es bien sabido, la invocación de este precepto activaría la solidaridad tanto de la propia UE como de sus Estados miembros en caso de que alguno de ellos solicitase asistencia para prevenir o contrarrestar los efectos de un ataque terrorista (o de una catástrofe natural o de origen humano), pero únicamente mediante medidas de apoyo que habrían de ser ejecutadas en el territorio del Estado miembro afectado. Obviamente, no era éste el tipo de solidaridad que reclamaba el gobierno francés.

⁵¹ Esta vertiente de la aplicación del art. 222 TFUE fue regulada mediante Decisión del Consejo, de 24 de junio de 2014, relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad, *DO L* 192/53 de 1.7.2014. Como se precisa de inmediato en su exposición de motivos (primer considerando), este procedimiento no afecta a la ejecución de la cláusula por los Estados miembros que podrán “elegir el medio más adecuado para cumplir su obligación de solidaridad para con otro Estado miembro”.

⁵² HILLION, Ch.; BLOCKMANS, S., “Europe’s self-defence...”, *loc. cit.*, p. 2; LEGRAND, J., “Will CSDP enjoy “collateral gains” from France’s invocation of the EU’s mutual defence clause”, *In-Depth Analysis*, Directorate-General for External Policies, European Parliament, December 2015, p. 7.

el desarrollo de la política común de seguridad y defensa, parece haber defraudado muchas expectativas. En este sentido, la Alta Representante se apresuró a descartar que éste sea el único modelo de ejecución posible: “France opted for a bilateral approach. Other circumstances and other actors may require other paths of response”⁵³. Y, en una de las primeras ocasiones que ha tenido para ello, ha sugerido, junto a la Comisión, la conveniencia de examinar la viabilidad de mecanismos, bajo la forma de un “protocolo operativo común” por ejemplo, que llegado el caso pudieran facilitar la adopción de decisiones estratégicas en este tipo de circunstancias⁵⁴. Ni que decir tiene que la activación individual de una cláusula de defensa mutua, como la realizada por el gobierno francés en noviembre de 2015, obedecerá siempre a la percepción subjetiva de quien se considera atacado; pero ello no es incompatible, y mucho menos en el marco de una organización como la UE, con la definición de pautas o procedimientos comunes que permitan articular la reacción solidaria del resto de socios del modo más eficaz posible.

IV. ¿ACELERANDO LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA MATERIA? A PROPÓSITO DEL IMPACTO *AD EXTRA* DE LA INVOCACIÓN DEL ART. 42.7 TUE

Al activar por primera vez la cláusula de defensa mutua prevista en el Tratado de la UE, el gobierno francés no sólo adoptaba una decisión de profundo calado político y con importantes consecuencias para esta última y para sus Estados miembros; acometía también la realización de un hecho jurídicamente muy relevante desde el punto de vista de la evolución del que probablemente sea en estos momentos uno de los sectores normativos más inestables y sometido a mayores tensiones dentro del Derecho internacional⁵⁵.

La iniciativa ya habría merecido tal calificación simplemente por formalizar, al amparo de un marco convencional tan significativo como el de la Unión, lo que hasta entonces había sido un ejercicio individual de legítima defensa –como tantos otros, en circunstancias cuando menos controvertidas-, obligando así a casi una treintena de Estados europeos a tomar posición, por acción o por omisión, al respecto y a enriquecer en consecuencia la práctica internacional en la materia. Pero es que además, como ya apuntamos al inicio de este trabajo, la decisión de Francia no puede desvincularse de su

⁵³ “Our solidarity with France...”, *loc. cit.* nota nº 24.

⁵⁴ *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la lucha contra las amenazas híbridas. Una respuesta de la Unión Europea*, JOIN (2016) 18 final de 6.4.2016, en particular pp. 19-20. La adopción de esta Comunicación dio lugar a la aprobación de una primera toma de posición muy genérica por parte del Consejo el 19 de abril de 2016 (*Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra las amenazas híbridas*, Comunicado de prensa 196/16).

⁵⁵ En palabras de M. HMOUD, miembro de la Comisión de Derecho Internacional de NU, se trata en efecto de “one of the most contentious issues facing the international community today, namely, the legal response to imminent or actual terrorist attacks by nonstate actors” (“Are New Principles Really Needed? The Potential of the Established Distinction Between Responsibility for Attacks by Nonstate Actors and the Law of Self-Defense”, *The American Journal of International Law*, vol. 107, 2013, p. 576).

ofensiva en el seno del Consejo de Seguridad de NU para conseguir la aprobación de la resolución 2249. Con ella entendía, en efecto, despejar cualquier sombra de duda acerca de la legalidad, “in accordance with Article 51 of the Charter”, de la ofensiva militar que había emprendido en Siria, al tiempo que otorgaba al contenido de esta “historical resolution of the Security Council” la virtud de ofrecerle la plataforma que necesitaba para redoblar sus esfuerzos “to mobilize the entire international community to defeat our common enemy”, comenzando por sus socios europeos a los que acababa de dirigirse en ese sentido por medio del art. 42.7 TUE y de los que esperaba una respuesta inmediata⁵⁶.

De este modo, y sin perjuicio de que otros miembros del Consejo de Seguridad no compartiesen – al menos en su primera vertiente- esta interpretación⁵⁷, lo cierto es que la Unión y sus Estados miembros se ven abocados a asumir un protagonismo, probablemente no deseado por la mayor parte de ellos, en una estrategia jurídico-política de la que sin duda resultan consecuencias relevantes en cuanto a la evolución de la práctica internacional, y por lo tanto eventualmente también del derecho aplicable, en materia de uso de la fuerza y lucha contra el terrorismo. Porque, más allá del incuestionable valor del consenso que la avala y del diagnóstico común que refleja acerca de la gravedad de la situación⁵⁸, la resolución 2249 acentúa la incertidumbre en torno a la legalidad y, en su caso, a las condiciones bajo las cuales cabe recurrir a la legítima defensa frente a este tipo de actores no estatales, complicando aún más el análisis jurídico de la materia.

Es notorio, desde luego, que en el texto de la resolución no se alude en ningún momento al ejercicio del derecho de legítima defensa, a diferencia de lo ocurrido en 2001 con las célebres referencias “preambulares” de las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) tras los atentados en Nueva York y Washington⁵⁹. Ahora bien, sería ingenuo, por no decir absurdo, desconocer que lo que el Consejo de Seguridad claramente persigue a través de esta “extraordinary manoeuvre”⁶⁰ es facilitar “political comfort”⁶¹ a los Estados que, como vimos anteriormente, ya venían recurriendo a la fuerza armada tanto en Irak como en Siria invocando la legítima defensa, ya fuera a título individual o colectivo. Y todo ello tratando de mantener, puesto que de otro modo la resolución no habría salido adelante por unanimidad, una supuesta neutralidad en relación con la controversia

⁵⁶ Este fue el tenor y el hilo argumental de la intervención del Embajador Delattre, representante permanente de Francia ante NU, en el Consejo de Seguridad tras la votación de la resolución 2249 (Security Council, 7565th meeting, 20 November 2015, UN Doc. S/PV.7565, pp. 2-3).

⁵⁷ Como resulta evidente a la luz de las intervenciones de los representantes de la mayoría de ellos en el Consejo de Seguridad (UN Doc. S/PV.7565, pp. 3-9).

⁵⁸ Virtudes destacadas por autores como 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* 24 (2016), pp. 15-34 (en particular p. 19; www.qil-qdi.org).

⁵⁹ Véase *supra* nota nº 20.

⁶⁰ Así califica M. WELLER, por ejemplo, el contenido de la resolución 2249 (“Permanent Imminence of Armed Attacks: Resolution 2249 (2015) and the Right to Self Defence Against Terrorist Groups”, *EJIL: Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law*, published on November 25, 2015; www.ejiltalk.org).

⁶¹ En expresión afortunada de MOYNIHAN, H., “Assessing the Legal Basis for UK Military Action in Syria”, *Chatham House Expert Comment*, 26 November 2015.

jurídica en torno a la pretendida evolución del derecho de legítima defensa en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional⁶².

El problema es que tal neutralidad en el fondo no es más que aparente puesto que una resolución del Consejo de Seguridad de estas características, adoptada además por unanimidad, constituye en sí misma un elemento extremadamente relevante de la práctica internacional⁶³, amén de haber estimulado o servido de coartada para evoluciones no menos significativas en la posición individual de determinados Estados, en particular algunos de los miembros de la UE⁶⁴.

Nadie parece dudar, en efecto, de que la resolución 2249 no ofrece una base jurídica autónoma para el recurso a la fuerza armada contra *Daesh* en Siria⁶⁵, pese a exhortar sin ambages a la adopción por parte de los Estados que tengan capacidad para ello de “todas las medidas necesarias..., sobre el territorio que se encuentra bajo el control del EIL... en Siria y el Iraq, para prevenir y reprimir los actos terroristas cometidos específicamente por el EIL...” y erradicar en último término “el cobijo que han establecido en partes importantes” de ambos Estados tanto éste como otros grupos terroristas⁶⁶. Al hacerlo, el Consejo de Seguridad ni actúa en virtud del Capítulo VII de la Carta, ni autoriza o decide nada de manera específica; simplemente exhorta, con la

⁶² Como constataban D. AKANDE y M. MILANOVIC en su conocido análisis de la resolución 2249 inmediatamente después de su adopción, “[t]he creative ambiguity in this resolution lies not only in the fact that it does not legally endorse military action, while appearing to give Council support to action being taken, but also that it allows for continuing disagreement as to the legality of those actions” (“The Constructive Ambiguity of the Security Council’s ISIS Resolution”, *EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law*, published on November 21, 2015 (www.ejiltalk.org). Una excelente presentación de las posiciones fundamentales que animan esa controversia jurídica puede encontrarse en TSAGOURIAS, N., “Self-Defence against Non-state Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Rule and Self-Defence as a Secondary Rule”, *Leiden Journal of International Law* (2016), DOI: 10.1017/S0922156516000327, Published online: 22 June 2016.

⁶³ Como recuerda, por ejemplo, SCAHRE, M., “How the War Against ISIS Changed International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law* 48 (2016), p. 51 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=2741256>). Este autor lleva su argumentación hasta el extremo de considerar que la aprobación de la resolución 2249, junto al resto de elementos que conforman la reacción internacional contra el autodenominado Estado Islámico, “triggered a “Grotian Moment”: a fundamental paradigm shift that will have broad implications for international law”.

⁶⁴ Me refiero lógicamente a aquellos que, tras la adopción de la resolución, decidieron implicarse militarmente en las operaciones contra *Daesh* en territorio sirio; al margen de Francia, que como hemos visto ya venía haciéndolo, Reino Unido, Alemania, Dinamarca, Países Bajos y, posteriormente y remplazando a este último Estado miembro desde el 1º de julio de 2016 en el marco de los arreglos bilaterales entre ambos, Bélgica. Para todos ellos, como apuntamos anteriormente, la aprobación de la resolución 2249 resultó determinante. Conviene recordar en este sentido que, si por algo se caracterizaba la posición tradicional de la inmensa mayoría de los Estados miembros de la UE en esta materia, era por “contrarrestar” hasta cierto punto las visiones más expansivas de los Estados Unidos de América y algunos otros Estados afines (expresión utilizada por ejemplo, refiriéndose al caso sirio no demasiado antes de la adopción de aquella resolución, por SÁNCHEZ LEGIDO, A., “¿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”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 29 (2015), pp. 19-20).

⁶⁵ En esto coinciden prácticamente todos los análisis de la misma, como puede comprobarse a través de las referencias doctrinales citadas en el presente epígrafe.

⁶⁶ Apartado 5 de la resolución 2249 (2015).

cautela expresa además de que cualquier medida que se lleve a cabo deberá estar lógicamente en “conformidad con el derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario”⁶⁷. Al mismo tiempo, sin embargo, y por si este planteamiento no fuese ya suficientemente excepcional, el Consejo de Seguridad introduce otros elementos en su discurso que abundan en esa línea de excepcionalidad y que, sin forzar demasiado la argumentación, bien podrían vincularse con la pretendida evolución del derecho de legítima defensa en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional. Me refiero, por un lado, a la calificación de la situación creada por la expansión del autodenominado Estado Islámico y la sucesión de gravísimos atentados perpetrados en su nombre como “una amenaza mundial sin precedentes para la paz y la seguridad internacionales”⁶⁸; y, por otro, a la constatación formal de que esta organización terrorista “tiene la capacidad y la intención de realizar nuevos ataques”, circunstancia a la que el Consejo de Seguridad parece otorgar gran relevancia y que es inevitable relacionar con la interpretación de los requisitos clásicos de la legítima defensa, en especial la “existencia” o, en su caso, “inminencia” del ataque armado que justifica la licitud de la consiguiente reacción mediante el recurso a la fuerza⁶⁹.

Lo cierto es que esta especie de “microcosmos jurídico”⁷⁰ creado por la resolución 2249 no sólo ha facilitado políticamente, en combinación con la activación de la cláusula de defensa mutua del TUE, la implicación militar en Siria de un cierto número de Estados miembros de la Unión, sino que ha propiciado también que a la hora de hacerlo no se hayan mostrado excesivamente escrupulosos en cuanto al análisis de la concurrencia de los requisitos que en buena lógica, y más allá del marco general del art. 51 de la Carta, deberían condicionar el ejercicio de la legítima defensa en caso de resultar aplicable frente a actores no estatales. Así por ejemplo, y a diferencia de otros Estados ajenos a la UE, ninguno de ellos –salvo quizá indirectamente Alemania⁷¹– ha considerado necesario justificar su intervención armada en Siria a la luz de criterios adicionales, como el polémico “unwilling or unable test”⁷². Si bien ello puede interpretarse como una

⁶⁷ Así lo hace no sólo en el ya mencionado apartado 5 de la resolución, al que corresponde la cita, sino también en el noveno párrafo del preámbulo de la misma.

⁶⁸ En la medida en que “afecta a todas las regiones y Estados miembros, incluso a los que están alejados de las zonas de conflicto” (quinto párrafo del preámbulo de la resolución).

⁶⁹ M. WELLER, como ya hemos visto, habla a este respecto de “Permanent Imminence of Armed Attacks” (*loc. cit.*).

⁷⁰ ELGEBEILY, S. A., “A legal analysis of UN Security Council resolution 2249”, *Current Affairs* webpage of the *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 27 February 2016 (<http://cjl.org.uk/2016/02/27/a-legal-analysis-of-un-security-council-resolution-2249/>).

⁷¹ Aunque en su comunicación al Consejo de Seguridad el gobierno alemán no menciona el denominado “unwilling and unable test”, sí matiza que las acciones militares que se propone emprender “are directed against ISIL, not against the Syrian Arab Republic” y que, por lo tanto, se desarrollarán en partes del territorio de este Estado “over which the Government... does not at this time exercise effective control” (Letter dated 10 December 2015 from the Chargé d’affaires a.i. of the Permanent Mission of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2015946, 10.12.2015).

⁷² Al que ya nos referimos *supra* en nota nº 16. Un análisis detallado de las posiciones de los distintos Estados, europeos o no, a este respecto puede encontrarse en CORTEN, O., “The “Unwilling or Unable” Test...”, *loc. cit.*, pp. 4 ss.

precaución para evitar contribuir a la consolidación de este controvertido principio en la práctica internacional, esa ausencia de matizaciones no deja de evidenciar una sorprendente laxitud por parte de aquellos Estados miembros de la Unión en cuanto al alcance de su derecho a utilizar la fuerza armada en legítima defensa contra *Daesh* en territorio sirio.

En fin, al margen de este aspecto concreto, tampoco puede perderse de vista el hecho de que, como consecuencia de la invocación por parte de Francia del art. 42.7 TUE, todos los Estados miembros, y hasta cierto punto la propia Unión Europea en cuanto tal⁷³, han pasado con su comportamiento a engrosar la práctica internacional que, explícita o implícitamente, reconoce la licitud del recurso a la fuerza en legítima defensa para responder a ataques terroristas perpetrados por actores no estatales⁷⁴. Ninguno de los Estados miembros ni los máximos responsables de las instituciones de la Unión han cuestionado, al menos públicamente, la calificación realizada por el gobierno francés de los atentados de París del 13 de noviembre de 2015 como un ataque o agresión armada en el sentido del art. 42.7 TUE y, por tanto, también del art. 51 de la Carta de las NU. Además, su conducta no ha consistido sólo en un mero silencio frente a la actuación de otro sujeto que pudiera interpretarse como aquiescencia, sino que ha comportado una cierta manifestación de solidaridad activa con el “socio atacado” a través de un foro formal e institucionalizado como el Consejo de la Unión. Otra cosa es que, atendiendo a la tibieza de los compromisos concretos en los que se ha traducido después esa solidaridad política, pueda argumentarse que algunos Estados miembros se vieron “arrastrados” a actuar así por las circunstancias del momento⁷⁵.

Ello explicaría por otro lado que, aun tras los dramáticos acontecimientos vividos y los desarrollos jurídicos a los que hemos asistido desde finales de 2015, no pueda afirmarse que la UE haya asumido como propia aquella posición de principio en relación con el uso de la fuerza en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional. Así lo atestigua, sin ir más lejos, su nueva *Estrategia Global* en materia de política exterior y de seguridad que pasa absolutamente de puntillas sobre esta cuestión, pese a identificar

⁷³ Recuérdense no sólo las tomas de posición explícitas a este respecto de la Alta Representante de la Unión para asuntos exteriores y política de seguridad, a las que hemos aludido reiteradamente en epígrafes anteriores, sino también por ejemplo la *Declaración conjunta de los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE y de los dirigentes de las instituciones de la UE sobre los atentados terroristas de París*, calificándolos –bien es cierto que en términos políticamente genéricos– como “un ataque contra todos nosotros” (825/15, 14.11.2015).

⁷⁴ Coetáneamente otros muchos Estados han mostrado su rechazo frente a tal evolución normativa. Así por ejemplo, y por no mencionar más que un caso especialmente significativo, en su intervención ante el Consejo de Seguridad exponiendo la posición al respecto del Grupo de los Países No Alineados, el representante de la República Islámica de Irán afirmaba taxativamente: “...consistent with the practice of the United Nations and international law, as pronounced by the International Court of Justice, Article 51 of the Charter is restrictive and should not be rewritten or reinterpreted” (UN Doc. S/PV.7621, 15.2.2016, pp. 33-34).

⁷⁵ El propio ministro francés de Defensa, J. Y. Le Drian, reconocía tras la reunión del Consejo de la UE en la que procedió a invocar formalmente el art. 42.7 TUE que una de las razones para ello era el hecho de que “l’émotion était à son comble” (*Remarques introductives de la Haute Représentante et Vice-Présidente Federica Mogherini lors de la conférence de presse avec Jean Yves Le Drian, Ministre de la Défense Français*, Bruxelles, 17/11/2015, 151117_01_fr, EEAS).

lógicamente al terrorismo como una de las principales amenazas para la seguridad de la Unión. De hecho, en el apartado dedicado a la preservación de esta última en tanto que prioridad fundamental de la *Estrategia*, sólo encontramos una tímida exhortación a traducir “our commitments to mutual assistance and solidarity into action”, junto al desglose bajo la rúbrica “Counter-terrorism” de un amplio catálogo de medidas de otra índole muy distinta⁷⁶. Esta circunstancia contrasta, por ejemplo, con la clara toma de posición de la UE en el mismo documento sobre otro aspecto relativo al funcionamiento del sistema de seguridad colectiva de la Carta, igualmente controvertido y sensible pero a propósito del cual existe un consenso muy sólido entre sus Estados miembros: la iniciativa, originalmente patrocinada por Francia en relación con la responsabilidad de proteger, tendente a promover entre los miembros del Consejo de Seguridad el compromiso político “not to vote against credible draft resolutions on timely and decisive action to prevent or end mass atrocities”⁷⁷. Salvando las distancias con la cuestión que nos ocupa, que sin duda son muchas, aquí sí se percibe la emergencia de una auténtica doctrina de la Unión.

V. REFLEXIONES FINALES

En un contexto como el generado por los atentados terroristas de París, y otros muchos que tuvieron lugar con anterioridad o se han venido sucediendo desde entonces, resulta difícil resistirse a la tentación de forzar el Derecho para amoldarlo a las circunstancias y prioridades políticas del momento; mucho más aún lo es, por razones obvias, si nos situamos exclusivamente en el plano del ordenamiento jurídico internacional.

Francia, como el resto de Estados golpeados de una forma más directa y dramática por esta nueva versión del terrorismo internacional, tiene derecho a reclamar y a obtener el apoyo solidario de sus socios más próximos, así como a promover una reacción lo más contundente posible de la Comunidad Internacional en su conjunto frente a lo que sin duda constituye una gravísima amenaza para la seguridad global. No es menos cierto, sin embargo, que el enfoque con el que su gobierno decidió hacerlo en noviembre de 2015 “is testing the boundaries of international law”⁷⁸; y ello por lo que se refiere, no sólo al alcance de las normas generales que en el marco de este ordenamiento regulan el

⁷⁶ *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe. A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy*, presentada por la Alta Representante al Consejo Europeo en junio de 2016 (pp. 19 y 21, respectivamente; disponible en <https://europa.eu/globalstrategy/en>).

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 39-49. En relación con la propuesta francesa de 2013 sobre la adopción de un código de conducta a este respecto, véanse los comentarios de GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Responsabilidad de proteger y el derecho de veto en el Consejo de Seguridad: algunos ejemplos recientes”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 3/2014, pp. 12 ss. Como es bien sabido, en la estela de la propuesta francesa, los miembros del Grupo ACT (por sus siglas en inglés, *Responsabilidad, Coherencia y Transparencia*) presentaron en 2015 un borrador de *Código de Conducta de la acción del Consejo de Seguridad contra el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra*, que ha recibido el apoyo explícito de un número muy relevante de Estados miembros de NU (texto disponible en [http://www.responsibilitytoprotect.org/Spanish%20FINAL%20Code%20of%20Conduct\(1\).pdf](http://www.responsibilitytoprotect.org/Spanish%20FINAL%20Code%20of%20Conduct(1).pdf)).

⁷⁸ Con esta afirmación comenzaba el prof. B. SAUL su breve análisis “Paris Attacks: France and the World...”, publicado el mismo 20 de noviembre de 2015 (*loc. cit.*).

uso de la fuerza, sino también, aunque quizá en menor medida, al del propio régimen jurídico del que la UE se ha dotado a este respecto con su incipiente política de seguridad y defensa.

No es que la invocación por parte de Francia del art. 42.7 TUE haya venido a alterar la naturaleza de este último, que ya sabíamos fundado en compromisos de escasa consistencia jurídica o, recurriendo a la terminología clásica del Derecho de la Unión, de carácter esencialmente intergubernamental. Pero es evidente que activar por primera vez la cláusula de defensa mutua en respuesta a atentados terroristas ha contribuido de forma determinante a diluir políticamente el núcleo jurídico de la obligación de solidaridad que comporta esa disposición. Del mismo modo, el planteamiento político de fondo que ha presidido todo el proceso tampoco ha facilitado que pudiera dotarse de una mínima articulación institucional a la reacción formalmente común de la UE frente a los dramáticos acontecimientos que estaba viviendo uno de sus Estados miembros.

Con sus luces y sus sombras, será imposible escapar en el futuro al valor como precedente interno de la decisión adoptada por el gobierno francés. Nadie volverá a mirar, desde luego, al art. 42.7 TUE como un mero reflejo simbólico en el ámbito de la seguridad del principio de solidaridad que se supone impregna el proceso de integración europea. Ahora bien, que ello pueda generar una dinámica positiva que redunde en el perfeccionamiento de los débiles mecanismos de la política de defensa de la Unión, o que, por el contrario, conduzca a una actitud de retraimiento en relación con aquel precepto que pudiera terminar convirtiéndolo incluso en una especie de reliquia o “cláusula tabú” a la que no vuelva a recurrirse, resulta igualmente imposible de predecir.

Desde la óptica más amplia de su eventual impacto en la evolución del Derecho internacional, el valor como precedente de la iniciativa analizada es incluso más significativo en la medida en que interactúa, como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo del presente estudio, con un instrumento jurídico tan singular como la resolución 2249. No cabe desvincular, en efecto, la práctica desencadenada por el gobierno francés entre el resto de Estados miembros de la Unión, del abrigo jurídico-político que a todos ellos les ha proporcionado aquella decisión del Consejo de Seguridad. Sin llegar a ser en absoluto determinante, al menos a mi juicio, en la pretendida transformación del alcance de la legítima defensa en Derecho internacional, es indudable que este episodio en el que los europeos hemos asumido un claro protagonismo contribuye a alimentar de forma muy relevante la práctica en la materia; probablemente no tanto por lo que se refiere a los criterios concretos que, en su caso, deberían regir el ejercicio de ese derecho frente a actores no estatales, como al principio mismo de la licitud del recurso a la fuerza armada en estas circunstancias.

No creo que sea esto, sin embargo, lo más preocupante de la creatividad de la que el Consejo de Seguridad hizo gala al aprobar la resolución 2249; mucho más trascendente es el salto cualitativo que representa en el proceso de “desregulación” del uso de la fuerza al que venimos asistiendo en las últimas décadas en el marco del ordenamiento jurídico internacional. Organizar –por decirlo de algún modo- o encauzar así, a través de

un conjunto de respuestas militares unilaterales fundadas en distintas apreciaciones subjetivas e incluso contradictorias entre sí del derecho a la legítima defensa, la reacción colectiva que sin duda requería el desafío planteado por la expansión del autodenominado Estado Islámico en Siria dista mucho de ser una solución jurídicamente satisfactoria, amén de acrecentar la incertidumbre imperante en un sector normativo tan sensible y sometido a tantas tensiones. Y eso que, al menos en este caso y por buscar algún aspecto positivo, el consenso finalmente fuera posible en el seno del Consejo de Seguridad, y en el trasfondo de su actuación tal vez pueda incluso percibirse un cierto atisbo de abandono de la lógica de la “War on terror” para ir reconduciendo el recurso a la fuerza armada en la lucha contra el terrorismo internacional hacia los parámetros del “*ius ad bellum*”⁷⁹.

En fin, a la luz del análisis realizado en las páginas precedentes, parece razonable concluir que “efectos jurídicos colaterales” desde luego ha habido y que la invocación del art. 42.7 TUE por parte de Francia ha sido, por tanto y desde este punto de vista, cualquier cosa menos inocua.

⁷⁹ O del “*ius contra bellum*”, como prefriere denominarlo O. CORTEN (*op. cit.* nota nº 6). En relación con esta última idea, pueden resultar muy interesantes las reflexiones de TAMS, Ch. J., “The Use of Force against Terrorists”, *European Journal of International Law* 20 (2009) pp. 359-397, en particular 375 y ss.