

11/2018

24 de julio de 2018

María José Cervell Hortal

La defensa contra sistemas aéreos no tripulados (C-UAS): una reflexión jurídica preliminar desde el punto de vista del uso de la fuerza

La defensa contra sistemas aéreos no tripulados (C-UAS): una reflexión jurídica preliminar desde el punto de vista del uso de la fuerza¹

Resumen

Se abordan en este documento la validez jurídica de las diferentes respuestas que podrían darse ante una amenaza o ataque de un sistema aéreo no tripulado (dron) desde el punto de vista del uso de la fuerza. La posibilidad de alegar el derecho de legítima defensa para justificar las acciones contra esos sistemas aéreos se analiza con especial detalle.

Palabras clave

Sistemas aéreos no tripulados, C-UAS, drones, uso de la fuerza, legítima defensa.

The defense against unmanned aircraft systems (C-UAS): a preliminary legal reflection from the use of force perspective

¹ Este documento es una mera aproximación a las normas sobre el uso de la fuerza en derecho internacional que podrían resultar de aplicación a los sistemas aéreos no tripulados. No incide, por tanto, de manera exhaustiva en todos los aspectos planteados.

Este trabajo se enmarca en el proyecto «El derecho internacional ante los retos tecnológicos: en busca de un marco jurídico realista sobre las nuevas formas de uso de la fuerza», Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad, Plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación 2013-2017 (Convocatoria 2017), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Ref: DER2017-82368-R, cuya IP es María José Cervell Hortal.

Abstract

This document analyzes, from the perspective of the use of force, the legality of the different responses against an unmanned aircraft vehicle (drone) threatening or attacking a State territory. It also studies the possibility to claim the right of self defense to justify the actions against those aircraft systems.

Keywords

Unmanned aircraft vehicles, C-UAS, drones, self-defense.

Informe y análisis jurídico de la cuestión

Los sistemas aéreos no tripulados: una breve introducción

En los últimos años el empleo de sistemas aéreos controlados a distancia con el objetivo de destruir determinados objetivos (humanos o materiales) se ha incrementado notablemente. Un número hasta ahora limitado de Estados han justificado su empleo en territorio de otros como parte esencial de su estrategia contra el terrorismo², pero existe un interés creciente generalizado por esta tecnología, que se concibe ya como un elemento esencial en las concepciones estatales de seguridad y defensa.

La terminología que se emplea para denominar a estos artefactos, comúnmente conocidos como drones, es variada: el término UAV (*Unmanned Aerial Vehicles*) se refiere a vehículos, reutilizables o recuperables, sin operador humano a bordo, con un sistema de propulsión propio y que pueden volar por control remoto o de forma más o menos autónoma; el vocablo UAS (*Unmanned Aircraft Systems*) incluye también un sistema de comunicaciones, de lanzamiento y recuperación³. Hay quien defiende que resulta más correcto, en términos jurídicos, referirse a RPAS (*Remotely Piloted Aircraft System*), pues de esta denominación se excluyen las armas autónomas, en las que no existe control humano. En este documento se empleará preferentemente el término UAS, aunque en ocasiones se recurrirá también, por ser el más extendido, al término dron.

No han sido los Estados los únicos en valorar las capacidades y cualidades estratégicas de los drones. En los últimos años también se ha advertido una creciente tendencia de determinados grupos no estatales (en particular, movimientos terroristas) a emplearlos. Sus ventajas son de sobra conocidas: fácil penetración en territorio bajo la jurisdicción de otro Estado, mínimo riesgo de bajas humanas o difícil detección son

² En general, sobre la cuestión, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J. «Sistemas de armas autónomas, drones y derecho internacional». *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 2. 2013, pp. 132-160.

³ Sobre los diferentes términos es mucha la bibliografía existente, pero puede consultarse, por ejemplo, ALBERSTADT, R. «Drones under International Law». *Open Journal of Political Science*, 4. 2014, pp. 222-232 p. 222). MENDES DE LEON, P. y SCOTT, B. I. «An analysis of unmanned aircraft systems under Air Law», en Završnik, A. (ed.). *Drones and unamanned aerial systems. Legal and social implications for security and surveillance*. Springer, Heidelberg New York Dordrecht London 2016, pp. 185-216 (pp. 186-187) o el documento *Joint Doctrine Publication 0-30.2, Unmanned Aircraft systems, Joint Doctrine Publication (JDP 0-30.2)*. United Kingdom: Ministry of Defense, August 2017, p. 11.

sólo algunas de ellas. El reto actual para los Estados es, en definitiva, no sólo desarrollar sus programas de drones, sino también los mecanismos para poder contrarrestarlos y hacer frente a ataques que, con origen en otros Estados o movimientos terroristas, pudieran sufrir. Son, en suma, cada vez más los Estados, entre ellos España, que han comenzado a plantearse sistemas de defensa frente a esta amenaza⁴.

El empleo de los UAS plantea diferentes problemas. Los Estados defienden su empleo en legítima defensa, en particular y sobre todo (aunque no exclusivamente) para atacar a terroristas que se encuentran en territorio de otros Estados y que planean ataques armados. En este caso, junto a los dilemas tradicionales (existencia de ataque armado, actores implicados, requisitos...) emergen otros, como el de determinar si ese ataque contra un actor no estatal se ha llevado o no a cabo con el permiso del Estado en el que se produce y aclarar hasta qué punto puede considerarse ataque armado la mera planificación, en ciernes aún, de un ataque contra un Estado por un integrante de una red terrorista. Por otro lado, en el marco de un conflicto armado, el empleo de los UAS deberá ajustarse a las normas del derecho internacional humanitario y, en especial los principios de distinción y proporcionalidad, los que deberán regir su empleo. Las normas de los derechos humanos, aplicables en tiempos de paz, son también un marco jurídico inexcusable en el empleo de los UAS. Sea como fuere, lo cierto es que los drones no dejan de ser armas⁵ y como tales tendrán que ajustarse a las reglas del juego vigentes.

Será necesario, por tanto, ajustarse a unas líneas rojas infranqueables, por muy grave que fuera la amenaza estatal o terrorista que el empleo del UAS (y, por ende, del sistema contra UAS) implique. La Asamblea General, por ejemplo, aprobaba el 18 de diciembre de 2013, por consenso, la resolución 68/178, instando a los Estados a que

⁴ No sólo Estados Unidos, Reino Unido o Rusia integran el listado, sino que en él también se incluyen otros, como Argentina o Canadá (www.infodron.es, 28 de diciembre de 2017). Son más de treinta los Estados que han adquirido drones y se espera un crecimiento exponencial de esa cifra.

⁵ Como afirmara el Relator Alston en su informe de 2010 [Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Addendum: study on targeted killings, doc. A/HRC/14/24/Add 6 (28 May 2010), párr. 79]: «un misil disparado desde un dron no es diferente de otras armas comúnmente empleadas, incluyendo un arma disparada por un soldado». El dron es simplemente «otro sistema de armamento» (HENRIKSEN, A. «Jus ad bellum and American targeted use of force to fight terrorism around the world». *Journal of Conflict and Security Law*. 2014, pp. 1-40, p. 7).

«se aseguren, al adoptar cualquier medida o utilizar cualquier medio contra el terrorismo, incluido el uso de aeronaves teledirigidas, de cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular la Carta de Naciones Unidas, el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, incluidos los principios de distinción y proporcionalidad» (párrafo 6, inciso s). También el relator especial Christof Heyns, en su informe de 2014 sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, abogó por un mayor consenso respecto de la regulación internacional de los drones, y petición similar fue la del relator Emmerson en el informe de ese mismo año sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo⁶. Incluso organismos como el Parlamento de la Unión Europea y la Asamblea del Consejo de Europa han insistido en la necesidad de aclarar el marco jurídico aplicable a la cuestión⁷.

Mi análisis se centrará no en la legalidad del empleo de UAS en sí (debate que lleva ya años entre la doctrina), sino en el marco jurídico que debe regir el empleo de «sistemas contra UAS» (C-UAS) concebidos para detectarlos, neutralizarlos y/o destruirlos. En particular, se valorarán las normas que regulan el uso de la fuerza, en un intento de determinar cuándo una acción concreta del UAS puede originar una respuesta, de qué tipo debería ser y qué cobertura jurídica tendría esa respuesta. Otras cuestiones (la aplicación de las normas de derecho internacional humanitario y las que rigen la responsabilidad internacional por la comisión de hechos ilícitos) son analizadas por los otros dos investigadores en sendos documentos de investigación publicados por el IEES (Cesáreo Gutiérrez Espada: «El desarrollo de un concepto conjunto de defensa contra sistemas aéreos no tripulados [C-UAS] a la luz del derecho internacional de la responsabilidad [Una aproximación preliminar]»); Eugenia López-Jacoíste Díaz: «Drones armados y el derecho internacional humanitario»).

El empleo de UAS se ha convertido en un arma de doble filo para los Estados: si fueron ellos quienes empezaron a utilizarlos en la lucha contra el terrorismo, en la

⁶ Doc. A/HRC/26/36, 1 de abril de 2014, párrs. 118 y ss. y doc. A/HRC/2j5/59, 11 de marzo de 2014, párr. 75, respectivamente.

⁷ Resolución del Parlamento Europeo de 27 de febrero de 2014 sobre el uso de drones armados (2014/2567 [RSP]) y resolución 2051 (2015) de la Asamblea del Consejo de Europa (Drones and targeted killings: the need to uphold human rights and international law).

actualidad pueden convertirse en los protagonistas pasivos de ataques de esta naturaleza, perpetrado por otro Estado e, incluso, por actores no estatales. Es, de hecho, la posibilidad de que un grupo terrorista emplee un UAS la que mayores temores despierta en la actualidad; no en vano, en los últimos años, existe constancia de que grupos como Hezbolá, el Daesh o Hamas cuentan con este tipo de tecnología⁸. Ya ha habido, de hecho, algún Estado que lo ha sufrido en la práctica: en enero de 2018, por ejemplo, Rusia respondía a un ataque perpetrado con un enjambre de drones contra una base aérea en el noroeste de Siria y una estación naval en el Mediterráneo⁹.

Un dron resulta más fácil y barato de diseñar y construir que otros artefactos aéreos de mayor complejidad y, aunque sus efectos son *a priori* limitados, sus consecuencias podrían resultar igualmente nocivas, sobre todo si se emplean en «enjambre» o si se conciben para transportar y dejar caer material explosivo (convencional e, incluso, de naturaleza nuclear, química o biológica).

Ante estas nuevas perspectivas, el debate próximo y las discusiones jurídicas deberían centrarse en analizar la legalidad de respuesta de esos Estados que son atacados por un UAS que proviene de otro Estado o, lo que cada vez parece ser más probable, de movimientos terroristas. La situación es, de hecho, compleja, porque ese UAS podría llevar a cabo un amplio abanico de conductas: mientras que algunas serían constitutivas de una amenaza o ataque directo contra el Estado (ataque contra una base o instalación militar, contra una infraestructura militar o civil de carácter esencial, contra un buque...), otras podrían limitarse a actividades de obtención de datos y/o reconocimiento de terreno. En uno u otro caso, la reacción frente al UAS

⁸ En la reconquista de Mosul se descubrió un sistema de construcciones de drones del ISIS. Tanto Irak como la Coalición Internacional contra el Daesh destruían varios drones de esa organización terrorista (<https://www.c4isrnet.com/c2-comms/2017/04/27/us-coalition-battles-isis-with-ew-counter-drone-ops/>). Véase también *The Guardian*, 19 enero de 2018. Un Boletín del Departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos (9 de noviembre de 2017, www.dhs.gov/advisories) alertaba de que algunos grupos terroristas estaban recurriendo cada vez más a nuevas tecnologías, en especial a sistemas aéreos no tripulados. Sobre la cuestión, véase también MARÍN DELGADO, J. «El uso de drones comerciales como vectores terroristas». *Documento Marco IEES*, 3/18, 29 de enero de 2018, pp. 6-7 (http://www.ieeee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2018/DIEEEM03-2018_DronesComerciales-VectoresTerroristas_JAMarinDelgado.pdf).

⁹ Algunos fueron destruidos por misiles aéreos y otros interceptados. También Ucrania ha hecho público el derribo de drones rusos en su territorio (*The Guardian*, 21 de mayo de 2015).

deberá ser diferente porque diferente es también el marco jurídico en el que su empleo ha tenido lugar.

Este documento, como se adelantó, se centrará en la legalidad de la respuesta, desde el ámbito del uso de la fuerza conforme al derecho internacional. Se analizarán, por tanto, distintas situaciones que pueden darse cuando en territorio del Estado español (o, en su caso, cuando sus tropas y personal se encuentran operando en una base en el extranjero o en el marco de alguna misión en el ámbito de una organización internacional) se intercepta un dron del que se sospecha que está llevando a cabo actividades ilícitas y cuyo origen parece estar en otro Estado o en algún grupo no estatal. Quedarían, por tanto, fuera de este estudio las situaciones en las que ese dron sea de los calificados como de uso civil y que pertenezca a personas físicas o jurídicas dentro del territorio español, en cuyo caso no existiría el elemento «internacional» y su regulación y control quedaría bajo la normativa interna existente al respecto¹⁰.

El uso de drones no es *per se* ilegal conforme al derecho internacional, pero debe someterse, claro está, al marco normativo general de las normas que regulan el uso de la fuerza¹¹. Si un UAS penetra en el territorio de un Estado sin su consentimiento, se estaría produciendo una violación de su soberanía que podría originar determinadas respuestas estatales. Si el objetivo concreto de ese dron fuera ejercer de alguna manera la fuerza contra ese Estado cuyo territorio penetra, este estaría legitimado para llevar a cabo acciones de mayor entidad e, incluso, emplear la fuerza, bajo el paraguas de la legítima defensa.

Tampoco la tenencia de sistemas contra UAS para hacer frente a la amenaza de drones es, *a priori*, ilegal desde el punto de vista del derecho internacional. Ninguna obligación internacional asumida por España lo impide. Como ocurre con cualquier sistema defensivo, la cuestión que, en su caso, planteará problemas de carácter jurídico será la relacionada con cómo se emplea.

¹⁰ Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto (BOE de 29 de diciembre de 2017).

¹¹ Así como a las del derecho internacional humanitario y a las de protección de los derechos humanos. Así lo recoge el informe del relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, de 21 de febrero de 2017, doc. A/HRC/34/61, párrafo 25.

Cuando el UAS no se emplea como arma: respuestas posibles

Los mayores problemas que un UAS podría plantear serían aquellos en los que este portara algún tipo de carga explosiva que pudiera derivar en un uso de la fuerza contra un Estado en concreto, de manera que a ellos se dedicará con mayor extensión el apartado 3. Pero puede darse también la posibilidad de que un UAS, de origen desconocido, sobrevuele territorio español (o zonas que pueden calificarse como tal, como una base en el extranjero, un buque militar o incluso la sede de una representación permanente del Estado español) pero limitándose a actividades de reconocimiento o recopilación de datos.

El sistema C-UAS será el encargado de proceder, en primer lugar, a la detección e identificación de tal artefacto para determinar si puede considerarse o no una amenaza.

En todo caso, si no se ha autorizado que el UAS sobrevuele territorio español (o territorio en el extranjero bajo jurisdicción española), se estaría produciendo una incursión en la soberanía y, por tanto, una violación del principio de inviolabilidad.

Son dos los supuestos que se podrían contemplar y a ellos se dedican los dos apartados siguientes.

Primer supuesto: el sistema contra UAS desactiva o inhabilita el artefacto

En el caso de que la incursión en territorio bajo soberanía española fuera atribuible a un Estado, este estaría cometiendo un hecho ilícito internacional y la respuesta debería ajustarse a los parámetros establecidos a tal efecto por el derecho internacional.

Aunque existe un elenco de reacciones habituales cuando un Estado decide reaccionar frente a conductas ilícitas o, al menos, poco amigables de otros Estados (*ad. ex.*, ruptura de relaciones diplomáticas, restricciones y/o sanciones a ese país...), la acción lógica en este caso será hacer frente a una amenaza que resulta inminente y proceder a paralizar de manera inmediata la actividad del UAS, desactivando su funcionamiento e impidiendo así que regrese a su punto de origen con la información que hubiera podido recopilar. Así, la respuesta natural sería su desactivación para obligarlo así a bajar a tierra y proceder a su inspección y/o destrucción y, en su caso, restituirlo al Estado de origen.

Son, con todo, estas, cuestiones de responsabilidad cuyo análisis corresponde a otro de los investigadores ya mencionados (Cesáreo Gutiérrez Espada) y a su contribución me remito.

Segundo supuesto: el sistema contra UAS reacciona empleando la fuerza

Las acciones frente al UAS que no impliquen uso de la fuerza (desactivación) resultarían más ajustadas a derecho, pero mayores problemas presentaría la posibilidad de que el sistema contra UAS procediera a su destrucción (llevara a cabo, por tanto, un uso de la fuerza incluso aunque fuera de carácter limitado). La valoración jurídica sería, sin embargo, un tanto diferente dependiendo del origen, estatal o no, del UAS. Y es que si la destrucción de un artefacto de esta naturaleza que tenga origen en un actor no estatal (movimiento terrorista) no implica problemas graves desde el punto de vista jurídico internacional, alguna precisión debe hacerse si es un Estado el que lo envía.

Sabido es que el derecho internacional y, en concreto, el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales («Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los Propósitos de Naciones Unidas»). Así lo confirma también la resolución 2625 (1970) de la Asamblea General, al establecer esta (principio 1) la obligación de abstención de los Estados de actos de represalias que «impliquen el uso de la fuerza», y lo ratifica la «Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados», anexa a la resolución 26/103 de 9 de diciembre de 1981 (principio II, apartado c). La destrucción del UAS (que, debe insistirse, no hubiera llevado a cabo uso de la fuerza previo alguno) sería, *a priori*, una conducta prohibida por el derecho internacional que, por tanto, merecería la calificación de hecho ilícito internacional y generaría las consecuencias pertinentes.

Más allá de que este tipo de conductas (reacciones armadas de carácter limitado frente a posibles acciones hostiles) resultan en la práctica relativamente frecuentes y no generan incidentes de elevado nivel, cabría en todo caso hacer una valoración jurídica estricta y determinar si, aun habiendo el Estado que activa el C-UAS empleado

la fuerza para destruir el artefacto que, digámoslo así, lleva a cabo labores de espionaje, sería posible eludir la responsabilidad. Dicho de otro modo, ¿podría existir alguna circunstancia que convirtiera en lícita la conducta que, pese a que se llevó a cabo para responder a un acto hostil de otro Estado, era ilícita?

El derecho internacional, tal y como se refleja en el artículo 22 del Proyecto definitivo sobre responsabilidad de los Estados por la comisión de hechos ilícitos internacionales, aprobado en 2001 por la Comisión de Derecho internacional¹², y cuyo contenido es considerado en buena medida derecho consuetudinario, permite, en efecto, que conductas *a priori* ilícitas de un Estado se conviertan en lícitas al entender que hay razones que así lo justifican. En concreto, es lo que se conoce como «contramedidas», concebidas como circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho internacional de un Estado. ¿Podría el derribo y destrucción de un UAS (que se haya limitado a labores de inspección o reconocimiento) calificarse como contramedida ante el hecho ilícito previo del Estado que lo envió e invadió territorio de otro Estado? Es decir, ¿podría la acción de ese UAS, que no implica un uso de la fuerza armada, ser contestada con un uso de la fuerza incluso de carácter limitado, quedando a salvo la responsabilidad del Estado que responde?

La respuesta debe ser negativa, y no sólo por las estrictas condiciones que se exige a la aplicación de las contramedidas¹³, sino sobre todo porque el artículo 50 (apartado a) establece de manera «específica» que no afectarán a «la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de Naciones Unidas»¹⁴. En efecto, como la propia CDI reconocía, la prohibición de las represalias armadas es la «posición doctrinal predominante» y la tendencia contraria

¹² Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 53.º periodo de sesiones, (23 de abril a 1 de junio de 2001 y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2). *Anuario de la CDI*, vol. II, 2.ª parte. 2001, pp. 20-153.

¹³ En primer lugar, las contramedidas deben tener por fin que el culpable del primer incumplimiento cumpla su deber, así que deberían cesar cuando así sea (son medidas temporales). En segundo lugar, las contramedidas deben ser reversibles. En tercer lugar, deben someterse a requisitos formales (dirigirse sólo contra el autor del hecho ilícito y haber instado a este, con anterioridad, a reconducir su conducta). En cuarto lugar, las contramedidas no deben ser desproporcionadas en relación tanto con la gravedad del hecho internacionalmente ilícito como de sus efectos sobre el Estado lesionado.

¹⁴ De hecho, la Comisión dejó claro que la prohibición de las represalias armadas era la «posición doctrinal predominante», mientras que la tendencia contraria «no tiene justificación jurídica plausible y es considerada inaceptable». *Anuario de la CDI*, 1995, vol. II, 2ª parte, doc. A/CN.4/SER.a/1995/add. 1 (Part 2), pp. 68-69.

«no tiene justificación jurídica plausible y es considerada inaceptable»¹⁵. A nivel internacional, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) lo tiene también claro: las contramedidas no pueden ser de carácter armado¹⁶. Dicho de otro modo, la reacción del sistema contra UAS no deberá implicar nunca un uso de la fuerza si lo que se pretende es justificar la respuesta como contramedida (otra cosa es que pudiéramos calificar la respuesta dentro de la figura de la legítima defensa, véase apartado 3.2). Es cierto que los Estados han demostrado, pese a todo, cierta inclinación (no mayoritaria) a poner en práctica contramedidas de carácter armado, encontrando en muchos casos ninguna o mínima reacción internacional de repulsa. Es cierto también que parte de la doctrina e, incluso, algún juez de la CIJ¹⁷ han defendido un derecho «limitado» a ejercer represalias (contramedidas) armadas cuando un Estado sea víctima de un acto hostil pero no de la entidad suficiente como para ser calificado de ataque armado, en el entendido de que no puede negársele el derecho a reaccionar ante este tipo de situaciones, siempre y cuando lo haga de manera proporcionada. En suma, ante una incursión de un UAS enviado por un Estado que llevara a cabo acciones que no impliquen el empleo de la fuerza, es recomendable que el Estado afectado reaccione a su vez con medidas que tampoco lleven aparejado un uso de la fuerza. En principio, el uso de la fuerza (destrucción total del apartado haciéndolo explotar) llevado a cabo contra un UAS que se haya limitado a acciones de vigilancia o reconocimiento no es conforme al derecho internacional. Ahora bien, a salvo quedaría el supuesto en que esas acciones fueran, de manera clara y sin lugar a

¹⁵ *Anuario de la CDI*, 1995, vol. II, 2.^a parte, doc. A/CN.4/SER.a/1995/add. 1 (Part 2), pp. 68-69.

¹⁶ Asunto sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, *ICJ Reports 1996*, párr. 46; asunto sobre las plataformas petrolíferas, *ICJ Reports, 2003*, párr. 125 y asunto arbitral sobre la delimitación de la frontera marítima entre Guyana y Surinam, *Arbitral Tribunal constituted pursuant to article 287, and in accordance with Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the matter of an arbitration between Guyana and Suriname*, resolución de 17 de septiembre de 2007, p. 417, párr. 446 (disponible en <http://www.pca-cpa.org/>).

¹⁷ El juez SIMMA, en el asunto de las plataformas petrolíferas (*Irán c. EE.UU.*) (*ICJ Reports 2003*, p. 161), aludiendo al asunto Nicaragua, se refirió a las contramedidas como «acciones militares defensivas por debajo de la legítima defensa en sentido completo». Para el juez, permitir esas acciones defensivas contra ataques «menores» (que no constituyan agresión armada) resultaría justificado y legítimo. Defiende, incluso, distinguir entre legítima defensa (a escala total) contra un ataque armado y acciones hostiles, por ejemplo, contra barcos individuales como en el asunto que se estaba tratando, pero de carácter más limitado que las tomadas en legítima defensa, que fueran medidas defensivas de la víctima proporcionadas (*Opinión Separada del juez Simma, ICJ Reports 1993*, pp. 331-332, párr. 12). La CDI incluye una extensa lista de autores que defienden posturas a favor y en contra de las contramedidas (*Anuario de la CDI*, 1995, vol. II, 2.^a parte, doc. A/CN.4/SER.a/1995/add. 1 [Part 2], pp. 68-69).

dudas, preparatorias de un ataque posterior de mayor escala (*vid infra* apartado 3.2) o el caso en que no fuera posible determinar con antelación suficiente si ese UAS pretende causar daños a gran escala. Aunque la respuesta más ajustada a derecho sería la de limitarse a neutralizar el UAS, si no fuera posible hacerlo, parece excesivo pedir a un Estado, en particular en casos como los mencionados, que no proceda a su destrucción.

Cuando el UAS lleva a cabo acciones armadas: la prohibición del uso de la fuerza y la legítima defensa

El empleo de la fuerza llevado a cabo por un UAS contra un Estado (ya sea directamente en su territorio o en otros lugares donde ejerza su soberanía) es una acción prohibida por el derecho internacional y que, como tal, podría originar respuestas. Si el ataque del UAS fuera de tal entidad que pudiera calificarse de ataque armado, el Estado que lo ha sufrido estaría, a su vez, legitimado para usar la fuerza contra ese Estado en virtud del ejercicio del derecho de legítima defensa.

En principio, no hay diferencia alguna entre el empleo de la fuerza que se lleve a cabo mediante un UAS o mediante un artefacto o medio de otra naturaleza. La acción del UAS sería una conducta prohibida por el artículo 2.4 de la Carta que, como ya se señaló, es el que prohíbe el uso o la amenaza de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. El uso de la fuerza, por otro lado, exige una fuerza «física» o «armada»¹⁸. De esta manera, y como se adelantó en el apartado anterior, un UAS que llevara a cabo acciones de mero reconocimiento o recopilación de datos no estaría, *a priori*, violando el principio que prohíbe el uso de la fuerza.

Debe, con todo, recordarse que la Carta veta no sólo el uso de la fuerza sino también su «amenaza». Aunque pudiera pensarse que la amenaza supone un «ataque menor» que el uso de la fuerza en sí mismo¹⁹, la prohibición alcanza por igual a ambos

¹⁸ Otras medidas coercitivas no son «usos de la fuerza» prohibidos por el artículo 2.4, sino que violarán en todo caso, otras prohibiciones como el principio de no intervención (ILA, Johannesburg Conference, 2016. *Use of force, Draft Report on aggression and the use of force*. May 2016, pp. 2-3).

¹⁹ En esa línea, SADURSKA, R. «Threats of force». *American Journal of International Law*, vol. 82. 1988, 2, pp. 239-267 y ROSCINI, M. «Threats of armed force and contemporary International Law». *Netherlands International Law Review*, vol. 54. 2007, pp. 229-277 (sólo la amenaza de un «uso de la fuerza» puede considerarse violación de la norma de *ius cogens*, p. 258). Sobre el concepto de

conceptos. Así lo establece la Carta, pero también la CIJ consideró oportuno reafirmarlo en el «asunto sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares» (1996)²⁰. El grupo de expertos que en 2013 elaboró el *Manual de Tallín sobre el Derecho Internacional aplicable al Ciberespacio* (cuyo contenido se ampliaría en 2017 con el denominado *Manual de Tallín 2.0* y la mayoría de cuyas reflexiones son trasladables al uso de la fuerza en general) parte del mismo argumento en su norma 12 (norma 70 en la segunda edición) sobre definición del uso de la fuerza, detallando además que las amenazas debían ser suficientemente «expresivas» (*communicative*) y que las que no tuvieran esa naturaleza no deberían catalogarse como tales²¹.

Sólo dos excepciones se han previsto para la prohibición de empleo o la amenaza de la fuerza. En primer lugar, es el Consejo de Seguridad el único legitimado para llevarla a cabo, en el marco del sistema de seguridad colectiva del capítulo VII de la Carta, aunque esta también permite que las organizaciones regionales lo hagan, pero siempre bajo su autoridad (artículos 52-54). En segundo lugar, los Estados pueden hacer uso de la fuerza en legítima defensa (artículo 51).

Conforme a esta afirmación, el uso de la fuerza llevado a cabo por un sistema contra UAS sólo podría considerarse ajustado a derecho si existiera una autorización previa del Consejo de Seguridad (mediante una resolución a tal efecto aprobada en el marco del capítulo VII de la Carta) o si se justificara con base en el ejercicio del derecho de legítima defensa del artículo 51 (que la permite, de manera tanto individual como colectiva, «en caso de ataque armado contra un miembro de Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales»).

Por otro lado, el fracaso del sistema de seguridad colectiva y la emergencia de nuevas

amenaza, KRITSIOTIS, D. «Close encounters of a sovereign kind». *European Journal of International Law*, vol. 20. 2009, 2, pp. 299-330.

²⁰ Si el uso de la fuerza que se contempla es ilegal en sí mismo, declararse preparado para usarla constituiría una amenaza prohibida según el artículo 2, párrafo 4. Las nociones de «amenaza» y «uso» de la fuerza bajo el artículo 2 párrafo 4 de la Carta permanecen juntas en el sentido de que si el uso de la fuerza en sí mismo en un caso concreto es ilegal –por cualquier motivo– la amenaza del empleo de esa fuerza también será ilegal («asunto sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares»). Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, *op. cit.*, p. 246, párr. 47.

²¹ *Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations, prepared by the International Group of Experts at the invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*. Cambridge: Cambridge University Press 2017, pp. 338-339.

amenazas, de naturaleza bien distinta a las que existían en 1945, han propiciado que los Estados recurran a la figura de la legítima defensa más de lo previsto y la interpreten de manera extensiva. En los últimos años, ha sido especialmente debatida la posibilidad de ejercer la legítima defensa frente a ataques de actores no estatales (grupos terroristas o irregulares) no controlados o enviados por Estado alguno o frente ante ataques no consumados sino inminentes. Son opciones que la Carta no contempló, pero que el devenir de las circunstancias ha forzado a considerar.

¿En qué supuestos y conforme a qué requisitos podría emplearse la fuerza contra el UAS?, ¿cabría alegar legítima defensa si ese UAS no tuviera carga alguna explosiva y sólo llevara a cabo labores de reconocimiento que, sin embargo, pudieran servir de base de información para un posterior ataque armado?, ¿sería legítimo derribar no sólo el artefacto que se encuentra sobrevolando la zona o estaría también justificado el ataque contra la base o centro de operaciones desde donde el mismo se controla?, ¿sería igualmente alegable la legítima defensa si el origen del UAS no fuera un Estado sino una organización terrorista?, ¿y si esa organización controlara el UAS desde un centro de operaciones en un Estado que no tiene relación alguna con la organización terrorista pero se sabe a ciencia cierta que ese Estado es incapaz (o no quiere) detener este tipo de acciones?

En un intento de responder a estas interrogantes, serán varias las cuestiones que los siguientes apartados abordarán: qué entidad debe tener un ataque para que pueda activar la legítima defensa; en qué medida puede considerarse que un ataque con origen no estatal permite recurrir a la figura de la legítima defensa, hasta qué punto puede la legítima defensa ejercerse de manera preventiva y cuáles son los requisitos a los que debe ajustarse una reacción en legítima defensa.

La exigencia de ataque armado previo: usos mayores y menores de la fuerza

La condición previa para que un Estado actúe en legítima defensa es la existencia de un «ataque armado». Así consta en el artículo 51 de la Carta, pero también lo ha confirmado la CIJ, de manera categórica y en varias ocasiones²². De esta manera, el

²² En el «asunto Nicaragua» (1986) defendió que «el ejercicio del derecho de legítima defensa individual está condicionado al hecho de que el Estado en cuestión haya sido víctima de un ataque armado» (*ICJ Reports 1986*, p. 103, párr. 195); en el «asunto sobre las plataformas petrolíferas» (2003) argumentó que para justificar los actos armados contra objetivos iraníes que Estados Unidos pretendía en la

empleo de un dispositivo C-UAS podría destruir el artefacto (es decir, podría emplear la fuerza contra él) si previamente hubiera sido víctima de un ataque armado. De esta manera, la legalidad de la destrucción de un sistema UAS sólo quedará cubierta por la legítima defensa si el ataque previo fuera de entidad suficiente como para ser considerado ataque armado. Eso implica que un uso menor de la fuerza no justificaría, bajo la legítima defensa, la respuesta armada.

La Carta no especifica qué cantidad de fuerza es necesaria para encontrarnos ante un ataque armado. La resolución 3314 (XXIX), aprobada por consenso por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1974 incluye una definición formal de agresión que es considerada el texto de referencia para determinar qué conductas se consideran ataque armado y pueden, por tanto, justificar una reacción en legítima defensa²³. La propia Asociación de Derecho Internacional (ILA), en fecha reciente, constataba la ausencia de una definición clara de ataque armado, resignándose a señalar simplemente algunos aspectos que podrían ayudarnos a determinar su existencia: su «escala y efectos», la «intención hostil» y la posible «acumulación de sucesos» menores²⁴.

legítima defensa habría que demostrar la existencia previa de ataques armados en el sentido de la expresión del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y tal y como se entienden en el derecho consuetudinario del uso de la fuerza (*ICJ Reports 2003*, pp. 186-187) y afirmaciones similares se hicieron en el «asunto sobre la legalidad del muro de Palestina» (2004) y en el de las «actividades armadas la República Democrática del Congo» (2005) (*ICJ Reports 2004*, p. 194 y *ICJ Reports 2005*, pp. 222-223, respectivamente).

²³ Según el citado artículo 3, deben considerarse como actos de agresión los siguientes:

- a) Invasión o ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar resultante de las mismas, o la anexión mediante el uso de la fuerza del territorio de un Estado o de parte de él.
- b) Bombardeo por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro, el empleo de cualesquiera armas de un Estado contra el territorio de otro.
- c) Bloqueo de puertos o costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro.
- d) Ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas de otro, ya sean navales o aéreas, o contra su flota mercante o aérea.
- e) Utilización de las fuerzas armadas de un Estado que se encuentran en el territorio de otro (con el que así lo ha acordado), violando las condiciones acordadas o prologando su presencia una vez finalizado el acuerdo.
- f) Acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado.
- g) Envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado, siempre que sean equiparables por su gravedad a los actos antes enumerados, o su participación sustancial en esos actos.

²⁴ ILA, *Johannesburg Conference* (2016), *Use of force. Draft Report on Aggression and the use of force* (...). *Op. cit.*, p. 4.

Siendo este el estado de la cuestión, son los Estados los que unilateralmente deciden en primera instancia si existe un comportamiento de otro que consideren ataque armado y contra el que sea necesario reaccionar en legítima defensa. De esta manera, el Estado español es quien debería valorar si la entidad del ataque recibido del dron era calificable como ataque armado que justificara su acción en legítima defensa (la destrucción del mismo e, incluso, actuaciones de otra naturaleza y también de carácter armado).

La CIJ ha tenido algunas oportunidades para pronunciarse al respecto y matizar qué casos pueden considerarse lo suficientemente graves para constituir un ataque armado²⁵, y lo ha hecho siempre de manera restrictiva. Ha aceptado, por ejemplo, en el «asunto sobre las plataformas petrolíferas» (2003), como usos «menores» (no constitutivos, por tanto, de ataque armado) que no permitían la respuesta en legítima defensa, el impacto de una mina contra un buque de pabellón estadounidense y contra otro propiedad de intereses americanos, el lanzamiento de un misil contra un buque mercante de pabellón estadounidense o los disparos desde lanchas iraníes a helicópteros de la Marina estadounidense²⁶.

A la vista de la jurisprudencia restrictiva de la CIJ parece poco probable que, al menos en la mayoría de casos, un uso de la fuerza por parte de un UAS fuera considerado ataque armado, sobre todo si se trata de artefactos ligeros o de reducido tamaño. Ahora bien, otra cuestión sería si esa acción armada se dirigiera contra objetivos de especial importancia (piénsese en una torre de control de aeronaves, en un edificio o

²⁵ Por ejemplo, en el «asunto del canal de Corfú» (sentencia de 9 de abril de 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 6), para juzgar la operación militar del Reino Unido en aguas territoriales albanesas para desminar la zona después de que varios de sus navíos resultaran dañados. Es cierto que la cuestión del uso de la fuerza no fue la principal, sino que el asunto giró más bien en torno a cuestiones de soberanía, pero la CIJ sí declaró que las operaciones de la Marina británica no eran de gravedad suficiente como para entender que suponían un uso de la fuerza (pp. 35 y 36). En el «asunto sobre competencia en materia de pesquerías» entre España y Canadá, nuestro país alegó que Canadá había empleado la fuerza violando el artículo 2.4 en la persecución y detención del Estai (*vid infra* nota 187).

²⁶ «Asunto sobre las plataformas...». *Op. cit.*, párr. 64. Por su parte, la comisión encargada de dirimir la controversia entre Etiopía y Eritrea hacía público un laudo parcial, dedicado a cuestiones de *ius ad bellum*, en el que se adscribía a la corriente de considerar que los ataques transfronterizos a pequeña escala no son ataques armados, mostrándose además particularmente clara: «Los enfrentamientos localizados entre unidades pequeñas de infantería, incluso aquellos que impliquen pérdidas de vidas humanas, no constituyen un ataque armado a los efectos de la Carta» (*Reports of International Arbitral Awards, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: jus ad bellum, Ethiopia Claims 1-8, 19 December 2005*, vol. XXVI, pp. 457-469, párr. 11. Disponible en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/457-469.pdf).

infraestructura militar o civil de carácter esencial²⁷) o que representaran de algún modo intereses vitales del Estado. También podría considerarse ataque armado la actuación en enjambre de varios UAS, pues sus acciones tendrían una envergadura mayor.

Con todo, y debe advertirse, la concepción de que sólo los «usos mayores» permiten respuestas armadas parece perder terreno; o dicho más claramente: esta es la *lex lata*, pero ya hay quien propugna cambios, sobre todo por la evolución experimentada por las amenazas a la seguridad de los Estados. Por ejemplo, el documento sobre *Los Principios de Derecho Internacional sobre el uso de la fuerza por los Estados en legítima defensa* elaborados en 2005 por la institución británica *Chatham House* (*Principios Chatham*), a la pregunta formulada a varios juristas de renombre en la materia de «¿qué es un ataque armado a los efectos del artículo 51?», reflejaba que eran ya varios los partidarios de ampliar el concepto y admitir la legítima defensa ante «cualquier» uso de la fuerza y no sólo ante las categorías tradicionales de ataque armado²⁸. El Instituto de Derecho Internacional (IDI), reunido en 2007 en su sesión de Santiago de Chile²⁹, establecía:

«Un ataque armado que desencadene el derecho de legítima defensa debe tener un cierto nivel de gravedad. Las acciones que impliquen un uso de la fuerza de menor intensidad pueden dar lugar a «contramedidas» conforme al derecho internacional. En caso de ataque de menor intensidad, el Estado

²⁷ Como bien afirma la *Estrategia de Seguridad Nacional española* de 2017 (pp. 71-72), infraestructuras críticas son «aquellas infraestructuras estratégicas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas. Las infraestructuras estratégicas incluyen las instalaciones, redes, sistemas y equipos físicos y de tecnología de la información y de la comunicación sobre las que descansa el funcionamiento de los servicios esenciales. Los servicios esenciales son necesarios para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de los ciudadanos, o el eficaz funcionamiento del sector público. Cualquier interrupción en los servicios proporcionados por estas infraestructuras de sectores estratégicos (Administración, espacio, industria nuclear, industria química, instalaciones de investigación, agua, energía, salud, tecnologías de la información y de comunicaciones, transporte, alimentación y sistema financiero y tributario) podría tener graves consecuencias en los flujos de suministros vitales o en el funcionamiento de los servicios esenciales, además de provocar perturbaciones y disfunciones graves en materia de seguridad. Las amenazas que pueden afectar a estas infraestructuras que revisten mayor gravedad, son aquellas que tienen su origen en actos deliberados, bien realizados mediante una agresión física sobre la propia infraestructura o bien a través de un ciberataque, hoy más probable dado el desarrollo tecnológico».

²⁸ Principles of International Law on the use of force by States in self-defence, ILP WP 05/01 (a cargo de E. Wilmshurst), Chatham House, October 2005. Disponible en: <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>.

²⁹ Resolución de 27 de octubre de 2007 (10^{ème} Commission: Problèmes actuels du recours à la force en Droit International. A. Légitime défense), párr. 5.

contra el que se dirige puede igualmente adoptar las medidas control estrictamente necesarias para responder al ataque».

De esta manera, un uso menor de la fuerza también legitimaría medidas, no necesariamente armadas, de control (en nuestro caso, del dron), que fueran necesarias para responder el ataque. Y aunque la desactivación del artefacto sería la opción menos problemática, nada impediría su destrucción, controlada y limitada, si es que no hubiera otra opción con la que frenar ese ataque en curso.

Obviamente, las especiales características de cada caso serán determinantes para encuadrar la acción concreta, con lo que será la propia realidad la que irá ayudando a perfilar la cuestión. En el caso que nos ocupa, es claro que el ataque del UAS debería tener una entidad suficiente para poder ser considerado ataque armado, así que su capacidad de destrucción debería ser suficiente amplia para admitirlo como tal. Un uso de la fuerza puntual (pensemos, por ejemplo, en un ataque con una carga explosiva de efectos limitados, que causara pocos daños materiales y escasas o ninguna baja personal) será difícilmente aceptable como ataque armado.

El elemento temporal: la inminencia del ataque

Uno de los debates más enconados en los últimos tiempos es el de la legítima defensa con carácter preventivo. ¿Podrían emprenderse acciones armadas contra un UAS aun cuando este no hubiera consumado el ataque a base o territorio alguno o, incluso, en el entendido de que sus acciones en ese momento no constituyeran ataque armado (sino recogida de datos) pero sí sirvieran para preparar uno posterior?

Durante décadas la existencia de un ataque armado *in actu* fue considerado requisito ineludible para el ejercicio de la legítima defensa, pero la irrupción del terrorismo y los atentados del 11 de septiembre de 2001 hicieron tambalear sus cimientos. Estados Unidos abrió la caja de los truenos al abrazar la legítima defensa preventiva y el debate doctrinal brotaba con más fuerza que nunca³⁰. El IDI reconocía en su resolución de 2007 la posibilidad de ejercerla:

³⁰ La doctrina europea se mostró, en general, mayoritariamente contraria a este concepto. Analizando el punto de vista contrario, defendido fundamentalmente en el mundo anglosajón, O'CONNELL, M. «La doctrine américaine et l'intervention en Iraq». *AFDI*, vol. 49. 2003, pp. 3-17. Sobre las distintas concepciones, VAN DE HOLE, L. «Anticipatory self-defence under International Law». *American University International Law Review*, vol. 19, 1. 2003, pp. 69-106, pp. 84 y ss.

«El derecho de legítima defensa del Estado (...) emerge en caso “de ataque armado en curso o manifiestamente inminente”. No puede ejercerse sino cuando no exista alternativa lícita viable para impedir, parar o repeler el ataque armado, hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas efectivas necesarias para mantener o establecer la paz y la seguridad internacionales»³¹.

El *Manual de Tallín sobre ciberguerra* (2013, 2017) también la admite ante este tipo de ataques:

«...un Estado no necesita esperar ociosamente mientras el enemigo se prepara para atacar. En su lugar, un Estado puede defender a sí mismo una vez que el ataque armado sea inminente»³².

La ILA, en su sesión de Johannesburgo (2016) lo acepta también, pese a reconocer que la cuestión sigue siendo objeto de debate:

«Aunque la cuestión permanezca sin resolver, puede haber razones para aceptar que cuando los Estados se enfrenten al peligro claro y actual de un ataque inminente específico, pueden acometer medidas para defenderse y prevenir el ataque».

¿Cuál es, en definitiva, la situación actual de la legítima defensa ante ataques inminentes? Una nueva concepción parece haber sido asumida por gran parte de la doctrina y también por un considerable número de Estados, algunos de ellos, digámoslo así, de no poco peso en la sociedad internacional. Es el caso de Estados Unidos³³, obviamente y como ya se ha señalado, o de Israel, acaso el más firme y

³¹ IDI, 10ª resolución, 27 Octubre 2007, 10ème Commission, Problèmes actuels du recours à la force en droit International, IDI, Session de Santiago, 2007.

³² El grupo de expertos encargado de su redacción acepta esta idea aunque admite que no es exactamente lo que reconoce el artículo 51 de la Carta (*Tallinn Manual... Op. cit.*, p. 63, norma 15, párr. 2; *Tallinn Manual 2.0... Op. cit.*, p. 350, norma 73, párr. 2).

³³ Véase la declaración estadounidense de 7 de abril de 2005 (sobre el seguimiento de los objetivos de la Cumbre del Milenio) al respecto en doc. A/59/PV.87, p. 23: «Anticipatory action is an element of the inherent right of self-defence that remains lawful under the United Nations Charter. As we have indicated previously, today that right of self-defence must be understood and applied in the context of the new threats posed by terrorism and weapons of mass destruction that the Secretary-General highlights in his report». No todos han estado de acuerdo, claro está. Así lo manifestaron en las intervenciones respecto del Informe del secretario general de 2005. Por ejemplo, Pakistán (doc. A/59/PV.86, de 8 de abril de 2005 : the report's analysis and recommendations open the door to the pre-emptive, and even preventive, use of force, p. 5), Argelia, (id., p. 9), Egipto (id., p. 12); Indonesia (doc. A/59/PV.88 , 7 de abril de 2005, p. 26); Cuba (doc. A/59/PV.89, 9 de abril de 2005, p. 14); Vietnam (id., p. 22); Chile (doc.

antiguo defensor de la figura (de hecho, ya sabemos que ambos van incluso más allá)³⁴, pero también otros se han unido a la tendencia después de 2001. Ahora bien, si ha habido un factor clave en el cambio de parecer sobre la legítima defensa ante ataques no consumados, ha sido la amenaza del terrorismo internacional y, en particular en los últimos tiempos, las acciones llevadas a cabo por el Daesh, que parecen haber animado a los Estados a apoyar una concepción más abierta (en lo que a inminencia se refiere) de la legítima defensa³⁵.

De esta forma, si la legalidad de una respuesta puede aún encerrar dudas cuando se trata de responder a ataques aún no consumados con origen en un Estado, si es una organización terrorista el origen del futuro y predecible ataque, parece que la comunidad internacional se muestra más comprensiva a reaccionar en legítima defensa.

En definitiva, y en un intento de responder a la pregunta con la que se abría este apartado, podría afirmarse que, conforme al derecho internacional, parece aceptada

A/59/PV.86, p. 20); Siria (de manera más contenida, doc. A/59/PV.90, 8 de abril de 2005, p. 19); India (a favor de un artículo 51 interpretado restrictivamente, íd., p. 24).

³⁴ A modo de ejemplo: en 2004 Israel aprobó el *Plan Modificado de Retirada (Amended Disengagement Plan)* en el que hacía constar el derecho de Israel de ejercer la legítima defensa «both preventive and reactive, including where necessary the use of force, in respect of threats emanating from the Gaza Strip». Disponible en: <http://www.mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/Peace/MFADocuments/Pages/Revised%20Disengagement%20Plan%206-June-2004.aspx>.

³⁵ Irak invocó en 2014 la legítima defensa colectiva por «la grave amenaza que constituyen las organizaciones terroristas internacionales» (Carta de fecha 25 de junio de 2014 dirigida al secretario general por el representante permanente de Iraq ante las Naciones Unidas, de 25 de junio de 2014). Turquía, en julio de 2015, justificaba en las amenazas de grupos terroristas algunas acciones transfronterizas en Siria (*The New York Times*, 24 de julio de 2015. <http://www.nytimes.com/2015/07/25/world/europe/turkey-isis-syria-airstrikes.html>). Bélgica se comprometía a realizar ataques aéreos también sobre Siria después de los ataques que sufriera en marzo de 2016 (hasta entonces se había limitado a apoyar a la Coalición Internacional). Estados Unidos ha defendido su acción en Siria para eliminar la amenaza del terrorismo del Daesh. Rusia ha aceptado también el argumento Francia, tradicionalmente más cautelosa en lo que a legítima defensa preventiva se refiere, no ha dudado esta vez en ponerla en práctica contra el Daesh. Y otro tanto ha hecho el Reino Unido que, precisamente en un informe sobre «Política del Gobierno sobre el uso de drones para asesinatos selectivos» aceptaba el derecho de legítima defensa ante ataques inminentes (*The Government's policy on the use of drones for targeted killing, Second Report Session 2015-16*, HC 574, HL Paper 2016, p. 43). Incluso el Consejo de Seguridad, en su Resolución 2249 (2015) sobre Siria exhortaba (párr. 5) a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias, de conformidad con el derecho internacional, para «prevenir» y reprimir los actos terroristas del Daesh y otros grupos terroristas en territorio de Siria e Irak, lo que pudiera interpretarse como un visto bueno a la legítima defensa preventiva (al menos, en casos de tal gravedad como los que el Daesh ha planteado). Más recientemente, Turquía defendía el uso de la fuerza llevado a cabo en la región siria (pero bajo influencia kurda) de Afrín, para defenderse de la «amenaza» que suponía la organización terrorista del PKK (doc. S72018/53, de 22 de enero de 2018).

hoy la idea de ejercer la legítima defensa frente a ataques de carácter inminente. De esta manera, cuando se detecte un dron hostil del que existan sospechas de que puede llevar a cabo acciones que supongan ataque armado, su destrucción estaría cubierta por la legítima defensa. Si, además, ese dron fuera controlado por un movimiento terrorista, parece observarse una tendencia incluso más comprensiva a ampliar el concepto de legítima defensa, inminencia y ataque armado. Podría, de este modo, aun a sabiendas de que no es aún un concepto jurídicamente asentado, aceptarse la destrucción un UAS cuando llevara a cabo acciones que no implicaran el uso de la fuerza pero sí de reconocimiento y captación de datos que podrían emplearse en ataques posteriores (*vid supra* apartado 2). No en vano, ese ha sido también el argumento de varios Estados (Estados Unidos, Israel, Reino Unido) a la hora de llevar a cabo asesinatos selectivos de terroristas mediante drones.

El origen del ataque: actores no estatales

El panorama actual para la legítima defensa ante ataques de actores no estatales sigue siendo confuso, si bien es cierto que desde 2001 se observa una tendencia creciente a aceptarla, sobre todo para reaccionar ante ataques de grupos terroristas, tanto entre la doctrina como en la práctica³⁶. Pero también otros indicadores revelan ese cambio de aires:

- En 2005, los *Principios Chatham de Derecho Internacional sobre la legítima defensa* demostraron un amplio sentir entre sus redactores a favor de una interpretación más abierta del artículo 51 de la Carta, aceptando que los ataques armados pudieran tener origen en actores no estatales (se emplea, de hecho, este término, y no el de grupos terroristas), precisando que en todo caso el ataque debía ser de gran escala y únicamente si la fuerza ejercida en legítima defensa era necesaria para evitar o finalizar este³⁷.
- En 2007, el IDI, en su resolución de Santiago de Chile, da por sentada una interpretación más amplia del artículo 51, al aceptar que este, «tal y como ha sido

³⁶ Véase el listado de autores a favor de tal postura en CERVELL HORTAL, M. J. *La legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo (nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, nota 494.

³⁷ *Principles of International Law... Op. cit.*, p. 11. En el Informe se da por hecho que la acción en Afganistán fue una acción de legítima defensa contra Al Qaeda y no contra el régimen talibán.

completado por el derecho internacional consuetudinario» pueda aplicarse en caso de ataque armado de un «actor no estatal», concretando que es factible cuando uno de esos ataques se lance «desde el espacio fuera de la jurisdicción de cualquier Estado»³⁸.

- También el *Manual de Tallin sobre ciberguerra* (2013, 2017) admite la aceptación de la legítima defensa frente a actores no estatales, poniendo como fecha de arranque los ataques de Al Qaeda contra Estados Unidos y las subsiguientes resoluciones del Consejo de Seguridad (1368 y 1373)³⁹, y apoyando su afirmación en el hecho de que ni la letra del artículo 51 ni la práctica lo impiden.
- En 2016, el grupo sobre el uso de la fuerza de la ILA, en su sesión de Johannesburgo, aceptaba (aunque, admite, no hay aún unanimidad), «un creciente reconocimiento, incluida la práctica estatal, de que hay determinadas circunstancias en las que un Estado podría ejercer el derecho de legítima defensa contra actores no estatales que operen fuera de sus fronteras»⁴⁰.

El incremento de la amenaza terrorista y, en particular, la actuación de estos grupos dentro de Estados que no siempre han sido capaces de controlarlos o de prevenir sus acciones ha generado otro debate importante, que también pudiera tener consecuencias para los C-UAS: ¿sería posible reaccionar en legítima defensa y destruir así un UAS con origen en otro Estado pero cuya autoría no puede atribuirse a él sino a un movimiento terrorista que actúa en su territorio sin control o supervisión? Planteémoslo en dos casos concretos que, aunque poco habituales, pudieran darse: si uno de esos sistemas C-UAS está ubicado en las inmediaciones de la frontera del Estado desde la que opera ese movimiento terrorista, ¿sería ajustado a derecho destruirlo cuando aún sobrevuele el territorio de ese otro Estado, a sabiendas de que este hace poco o nada por evitar ese tipo de actuaciones? Porque en realidad, en ese caso, el Estado que opera con el C-UAS podría incluso invadir territorio o espacio aéreo de otro sin su consentimiento.

³⁸ Resolución de 27 de octubre de 2007 (10^{éme} Commission: Problèmes actuels du recours à la force en Droit International. A. Légitime défense), párr. 10.

³⁹ *Tallinn Manual... Op. cit.*, pp. 58-59, párr. 16, norma 13 y *Tallinn Manual 2.0... Op. cit.*, p. 345, párr. 18, norma 18.

⁴⁰ ILA. *Report on Aggression and the Use of Force*. International Law Association, Johannesburg Conference 2016, p. 11.

Es más, si el sistema contra drones no destruye el artefacto, sino que lo intercepta y así localiza la base desde donde la que se ha controlado (que resulta estar en otro Estado), ¿podría atacarse esa base incluso sin el consentimiento del Estado en cuyo territorio se sitúa?⁴¹ Lógicamente, se parte del hecho de que, en este caso, no será ya una labor del C-UAS, sino que otras serán las estrategias que se desarrollarán, pero no se ha querido omitir de este informe esa posibilidad.

Estas interrogantes son las que se sitúan en el trasfondo de la denominada en terminología anglosajona como la teoría *unwilling or unable to act* (teoría del Estado que «no quiere o no puede»), que propugna la posibilidad de que un Estado emplee la fuerza en territorio de otro, sin su consentimiento, por su incapacidad o falta de voluntad de frenar a grupos terroristas que desde allí atacan a otros y que ha sido llevada a la práctica en la lucha contra el Estado islámico y los ataques llevados a cabo en suelo sirio sin el consentimiento de su Gobierno. Es, sin embargo, una teoría que excede los límites de la legalidad, no sólo porque tergiversa la concepción actual de la legítima defensa, sino también porque, al justificar el empleo de la fuerza contra un Estado por no ser capaz de controlar a grupos terroristas en su territorio, termina a la postre haciéndolo responsable de acciones de grupos terroristas que, sí, es incapaz de controlar, pero con los que no existe ninguna vinculación formal. Resulta excesivo, a la luz de la regulación actual, dejar que un Estado se vea obligado a soportar tal carga en contra de su voluntad⁴².

Requisitos generales del ejercicio de la legítima defensa

En concreto, son tres las circunstancias exigibles en el ejercicio del derecho de legítima defensa: inmediatez, necesidad y proporcionalidad, que no figuran en el artículo 51 de la Carta, sino que tienen origen consuetudinario.

- a) La «necesidad» reclama no tanto que la única alternativa posible una vez que todas las respuestas pacíficas se han desechado, sino que las medidas adoptadas fueran

⁴¹ Recordemos que la OTAN describe un UAS como «a system whose components include the unmanned aircraft, the supporting network and all equipment and personnel necessary to control the unmanned aircraft».

⁴² Véase CERVELL HORTAL, M^a. J. «Sobre la doctrina unwilling or unable State (¿podría el fin justificar los medios?)». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, 1. 2018, pp. 77-100 y CORTEN, O. *Le droit contre la guerre. La interdiction du recours à la force en droit international contemporain*. París: Pédone 2014, p. 718.

las más convenientes para repeler el ataque armado previo. Esa parece ser también la opinión aceptada en el Manual de Tallín sobre ciberguerra:

«La necesidad exige que el empleo de la fuerza (...) sea necesario para repeler con éxito al ataque armado inminente o rechazar uno que está teniendo lugar. Esto no significa que la fuerza tenga que ser la única respuesta válida a un ataque armado»⁴³.

Parece lógico que, en el caso de un ataque armado de un UAS, la acción de derribo y destrucción del mismo resultará, en la mayoría de casos, la más conveniente, por ser la más efectiva.

- b) El concepto de «proporcionalidad» es más discutido. Para algunos debe entenderse como un equilibrio entre la agresión sufrida y la respuesta en legítima defensa. Para otros, posiblemente la mayoría, la noción va íntimamente ligada al fin con el que se emplea la fuerza⁴⁴. El Tribunal Internacional de Justicia parece defender que no debe interpretarse en el sentido de devolver el ataque con características similares al que tuvo lugar⁴⁵. Es decir, no debería existir desmesurada desproporción entre el arma con la que se ataca y con la que se defiende. No parece que en el caso de UAS y C-UAS la proporcionalidad plantee graves problemas, pues la respuesta parece podría ajustarse al requisito. Con todo, son cuestiones, como afirmara la CDI en sus comentarios en el *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos* (2001), cuya solución viene dada «por la propia lógica y que deben encontrar su solución en el marco de cada caso particular»⁴⁶.

⁴³ *Tallinn Manual on the International Law applicable to cyberwarfare*. Cambridge: Cambridge University Press 2013 p. 62. Lo mismo se ha defendido en la versión 2.0 de 2017 (*Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations*. Cambridge: Cambridge University Press 2017, pp. 348-349 (norma 72).

⁴⁴ Entre los que defienden la primera postura, DINSTEIN, Y. *War, aggression and self-defence*. 4ª ed. Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 237. Entre los que abogan por la segunda, CORTEN, O. «La nécessité et le Jus ad Bellum». *La nécessité en Droit International. Colloque de Grenoble, Société Française pour le Droit International*. París: Pédone 2007, pp. 127-150, pp. 127-150 y GARDAM, J. *Necessity, proportionality and the use of force by States*. Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 153. Sobre las diferentes concepciones, véase también KRETZMER, D. «The inherent right to self-defence and proportionality in Jus ad bellum». *EJIL*, vol. 24, 1. 2013, pp. 235-282, pp. 237-238.

⁴⁵ Asunto sobre la legalidad de las armas nucleares. *ICJ Reports 1996*, párr. 42.

⁴⁶ Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 31.º periodo de sesiones. *Anuario de la CDI*, 1980, vol. II, 2ª parte, p. 58 (comentario al artículo 34, sobre legítima defensa).

- c) La reacción en legítima defensa debe ser «inmediata» al ataque sufrido; es decir, cuando aún se esté sufriendo la agresión, lo que va en la línea de entender que la legítima defensa solo debe operar como medio para detenerla y no como represalia. El requisito de la inmediatez, con todo, no siempre es fácil de determinar y tiene menos apoyo en la práctica estatal y en la jurisprudencia que los de necesidad y proporcionalidad⁴⁷. Activar una respuesta inmediata no resulta siempre fácil para los Estados, pero no es así en el caso que nos ocupa, en el que la inmediatez es inherente al funcionamiento de un C-UAS.
- d) Del artículo 51 de la Carta se desprende que las medidas adoptadas en legítima defensa «serán comunicadas inmediatamente» al Consejo de Seguridad. La propia CIJ admitió en el asunto Nicaragua que esta exigencia no podía considerarse como derecho consuetudinario⁴⁸, pero también que la falta de tal informe puede ser uno de los factores que indiquen si el Estado en cuestión estaba convencido de actuar en legítima defensa⁴⁹, por más que el juez Schwebel hiciera constar de manera expresa su disconformidad con tal afirmación, y considerara que la notificación era una mera exigencia formal cuyo incumplimiento no debería privar al Estado de su derecho⁵⁰; pero acaso malinterpretara las palabras de la Corte, que sólo pretendía que esa notificación fuera un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar si se había obrado o no en legítima defensa y no un requisito *sine qua non*. En el «asunto sobre la legalidad de las armas nucleares» (1996), la CIJ confirmó que era un elemento que la Carta exigía, además de los de necesidad y proporcionalidad⁵¹, lo que reiteraría en su sentencia sobre las «actividades armadas en territorio del Congo» (2005)⁵². Nada se precisa, por lo demás, acerca de las características o contenido del informe que los Estados deben presentar⁵³, y aunque el Consejo de

⁴⁷ POZO SERRANO, P. «La Carta de las Naciones Unidas y el régimen jurídico del uso de la fuerza: algunos problemas de interpretación actuales». *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 1. 2013, pp. 1-28 (p. 7).

⁴⁸ Véase el párrafo 236 de la sentencia.

⁴⁹ Párrafo 200.

⁵⁰ Párr. 222 de su Opinión Disidente.

⁵¹ *ICJ Reports 1986*, p. 376 y 377 (párrs. 228, 230).

⁵² Párr. 145 de la sentencia.

⁵³ Véase ARAI-TAKAHASHI, Y. «Shifting boundaries of the right of self-defense. Appraising the impact of the September 11 attacks on Jus ad bellum». *The International Lawyer*, vol. 36, 4. 2002, pp. 1081-1102; p 1095 y QUOC DINH, N. «La légitime défense d'après la Charte des Nations Unies». *RGDIP*, vol. 52. 1948, pp. 223-254, p. 239.

Seguridad debería entonces evaluar los hechos, tampoco hay una obligación formal de poner en marcha una investigación.

La ILA, en su sesión de Johannesburgo (2016) asume expresamente la opinión más extendida, afirmando que si bien la inexistencia de ese informe podría ser una prueba de que la acción no fue en legítima defensa, su mera falta no constituye una violación sustancial que invalide el ejercicio del derecho⁵⁴. Parece, en todo caso, la opinión predominante considerar el informe como un requisito meramente procedimental, que en todo caso supondría una violación de una norma de la Carta, pero no la imposibilidad de alegar la legítima defensa⁵⁵.

Lo cierto es que no hay previsiones para el caso de que los Estados no den cuenta de sus acciones al Consejo. Es esta una decisión mediante la cual el Estado manifiesta públicamente la base jurídica por la que actúa y, obviamente, no todos los casos en los que invoque el artículo 51 de la Carta quedarán investidos de legalidad por el mero hecho de su notificación al Consejo, que debiera ser el único que evaluara si el Estado obró conforme a los requisitos exigidos. Comunicar las acciones en legítima defensa es deseable, sí, pero no requisito ineludible ni equiparable a los de necesidad o proporcionalidad.

La notificación sí facilita los pasos siguientes del Consejo, que tendrá que tomar desde ese momento las acciones pertinentes: dar el visto bueno a ese uso de la fuerza, insistir en su fin por no considerarlo pertinente, o actuar él mismo en virtud del capítulo VII. Sus actuaciones en este sentido han sido sin embargo limitadas; en la mayoría de casos, porque su condición de órgano político le ha impedido pronunciarse como debería y ha alentado su reticencia a determinar qué Estado había obrado conforme a la legalidad y qué otro debía tildarse de agresor⁵⁶.

La práctica demuestra, sin embargo, pasividad de los Estados al notificar sus acciones en legítima defensa, así como cierta ambigüedad cuando lo hacen. De todas formas, aunque la ausencia de notificación no invalide la alegación de la legítima defensa, sí

⁵⁴ ILA. *Johannesburg Conference (2016), Use of force. Draft Report on Aggression. Op. cit.*, p. 8.

⁵⁵ También lo han confirmado la Comisión de investigación de hechos establecida para Georgia: «This reporting requirement is procedural» (*Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the conflict of Georgia. Op. cit.*, p. 247) y el Manual de Tallín sobre ciberguerra (*Tallinn Manual. Op. cit.*, norma 17, párr. 2, p. 68 y *Tallinn Manual 2.0... Op. cit.*, norma 75, párr. 2, p. 356).

⁵⁶ DINSTEIN, Y. *War, aggression ... Op. cit.*, pp. 213-214.

resulta conveniente, tanto para dejar traslucir las verdaderas intenciones como para otorgar a las acciones emprendidas respaldo jurídico.

María José Cervell Hortal
Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia

Anexos

Anexo I: Escenarios y respuestas

OPCIÓN 1: UAS NO ARMADO

Calificación de la conducta del UAS: violación del principio de inviolabilidad del territorio

Respuesta A: El C-UAS desactiva el artefacto.

Respuesta B: El C-UAS emplea la fuerza contra el artefacto (lo destruye)

- Si el UAS era de origen no estatal. No genera problemas desde el punto de vista del Derecho Internacional
- Si el UAS era de origen estatal:
 - o El uso de la fuerza está prohibido por el Derecho Internacional. El Estado que lo destruye comete, en principio, un hecho ilícito.
 - o Con todo, una respuesta que implique un uso limitado de la fuerza podría justificarse en ciertos casos.

OPCIÓN 2: UAS ARMADO

Calificación de la conducta del UAS: violación de la prohibición del uso de la fuerza

Respuesta: emplear la fuerza para destruirlo conforme al derecho de legítima defensa

Problemas que plantea la legítima defensa:

Necesidad de calificar el ataque del UAS como “ataque armado”

Debe tener entidad considerable (afectar a intereses vitales, causar un elevado número de bajas...)

En la mayoría de casos, por la propia naturaleza de los UAS sobre los que se ha solicitado el informe (pequeños, de vuelo bajo) no habrá tal “ataque armado”, pero en otros sería posible. Por ejemplo, en casos de ataque de enjambres o si el impacto, aun limitado, tuviera consecuencias considerables (por ejemplo, contra una infraestructura vital para el Estado).

Posibilidad de reaccionar en legítima defensa frente a un ataque no consumado sino inminente

Cada vez más aceptado por la comunidad internacional, sobre todo para hacer frente a la amenaza terrorista ¿También en el caso de un UAS que se limite a acciones de *espionaje*? Aunque su legalidad no está clara, cierta práctica estatal parece aceptarlo si hubiera constancia de que se están recabando datos que pudiera ser vitales para llevar a cabo un ataque armado posterior.

Posibilidad de reaccionar en legítima defensa frente a un ataque que no emane de un Estado, sino de un actor no estatal (organización terrorista)

La Carta de las Naciones Unidas no lo recoge

Pero es una opción cada vez más aceptada. Las reacciones frente al Daesh en las que el argumento principal ha sido la legítima defensa parecen confirmarlo.

Anexo II. Propuestas de acción y mejora

- El Estado español es ya consciente de la necesidad de incrementar los métodos efectivos de control de drones que sobrevuelan nuestro espacio aéreo o que pueden en su caso amenazar a su personal civil o militar en el extranjero. Resulta, de hecho, esencial el incremento de las posibilidades de defensa contra drones o, ante una crisis, España estaría reduciendo las capacidades de repuesta. Sería también conveniente la generalización de este tipo de sistemas entre nuestros aliados o en el marco de organizaciones de las que somos parte.
- El derribo de UAS tiene ventajas añadidas a la militar: no suscita, por ejemplo, reacciones sociales de rechazo, ante la inexistencia de víctimas (véanse los resultados de la encuesta Proliferated drone. Drone proliferation and the use of force. An experimental approach, 3 de marzo de 2017, <http://drones.cnas.org/reports/drone-proliferation-use-force/>). No existe tratado internacional alguno que contemple de manera expresa el empleo de UAS o de sistemas C-UAS. El empleo de estos sistemas debe, en todo caso, respetar las normas actualmente vigentes sobre uso de la fuerza, derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario.
- Sería deseable, a nivel interno, una normativa más clara, como ya han aprobado algunos Estados (ad. ex., Estados Unidos), estableciendo casos concretos que permitan, por ejemplo, a las bases militares derribar UAS que sean considerados una amenaza.
- En concreto, a nivel de la Unión Europea, la normativa es escasa. Una resolución del Parlamento Europeo (resolución del PE, 2017/2567) se limita a abogar por una mayor transparencia en el empleo de drones. No contempla, por tanto, supuestos de respuesta ante posibles ataques.
- Deberían establecerse y/o mejorarse los mecanismos de cooperación con nuestros socios o aliados, fundamentalmente en el seno de organizaciones (OTAN, UE), para así intercambiar conocimiento, experiencias y aunar legislación.
- Iniciativas que, en un futuro, podrían mejorar las capacidades de respuesta ante un UAS:
 - La elaboración de un listado formal oficial de registro o base de datos de UAS, que permitiera su rápida clasificación como amenaza, mejoraría las capacidades de respuesta.
 - Establecimiento de un sistema de control de materias primas para su fabricación, como ya existe para algún tipo de armamento. De hecho, algunos de los componentes de un UAS pueden acogerse a los controles (no obligatorios) establecidos en el Missile technology control regime, del que España forma parte, pero no resulta suficiente porque su diseño y concepción son distintas.