

Mariana Foglia

El Derecho Internacional Humanitario en la lucha contra el Terrorismo post 11-S. Debate y Perspectivas.



CAEI

Centro Argentino de
Estudios Internacionales

INDICE

INTRODUCCION.....	2
PLAN DE TRABAJO.....	7

PARTE I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

MARCO TEÓRICO- JURÍDICO.....	8
-------------------------------------	----------

PARTE II

UMBRALES PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Terrorismo. Debate sobre su definición.....	20
Atentados terroristas del 11-S: ¿acto de guerra?.....	25
Conclusión Parcial.....	32

PARTE III

EL TERRORISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Los actos terroristas en los instrumentos formales del Derecho Internacional humanitario.....	33
Conclusión Parcial.....	40
Dicotomía jurídica.....	41
Conclusión Parcial.....	47

PARTE IV

LA FRONTERA ENTRE LA JURISDICCIÓN INTERNA Y LA INTERNACIONAL

Competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de terrorismo.....	53
Conclusión Parcial.....	55

PARTE V

CASO DE ESTUDIO

Del jus ad bellum y jus in bello.....	56
Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura.....	59
Protecciones de los “combatientes ilegales”.....	66
La comunidad internacional frente a la situación de los prisioneros en Guantánamo.....	71
CONCLUSION FINAL.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	79

INTRODUCCION

La comunidad de naciones se encuentra sumergida en un sistema internacional marcado por su inherente dinamismo. La historia se construye de puntos de inflexión que delinean nuevos desafíos e introducen nuevas reglas de juego para los actores que participan de la complejidad de dicho escenario. El devenir de los eventos históricos se caracterizan generalmente por su imprevisibilidad: la entrada de los bárbaros en Roma, el saqueo de Constantinopla, la toma de la Bastilla, la caída del muro de Berlín... fueron acontecimientos que han marcado bisagras en el tiempo. Los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001 en el corazón de los Estados Unidos de América, no fueron una excepción.

El siglo XXI es testigo de un sistema internacional lejano ya de la lógica bipolar de poder que caracterizó a la “Guerra Fría” entre Estados Unidos y la Unión Soviética. Frente a la evolución del poderío norteamericano, otras entidades estatales como la Unión Europea, Japón, Rusia, China y otros Estados emergentes, avanzan en su consolidación como actores centrales de la dinámica de los asuntos internacionales. Al tope de la actual agenda internacional se hallan las cuestiones referentes a la *seguridad* de los Estados, especialmente luego del viraje histórico que produjeron los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas en el corazón de Nueva York y el Pentágono en Washington, acontecimientos que sacudieron los cimientos de la seguridad internacional e impulsaron el protagonismo de actores no estatales tan difusos como los grupos terroristas.

Ante este escenario, los ataques del 11-S condujeron a una nueva relación de fuerzas no solo en el plano *político internacional*, sino también en torno a las *normas internacionales vigentes*, en particular, respecto de la interacción entre los instrumentos internacionales relativos a la lucha contra el terrorismo y los dos sistemas normativos internacionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, siendo este último cuerpo normativo, el foco de estudio del presente trabajo de investigación.

El derecho internacional de los conflictos armados, que otrora se denominaba “*leyes y usos de la guerra*”, ha evolucionado como reflejo de los acontecimientos que incidieron en el orden jurídico internacional a lo largo de la historia: fruto del primer Convenio de Ginebra de 1864, el derecho internacional humanitario contemporáneo se ha ido desarrollado en respuesta a las crecientes necesidades humanitarias,

ocasionadas por la evolución del armamento y nuevos modos de combate. El DIH versa sobre aspectos concretos de los conflictos, sin tener en cuenta los motivos ni la licitud del recurso a la fuerza y siendo su única finalidad, limitar el sufrimiento causado por la guerra, proporcionando protección y asistencia a las víctimas.

Ante la actual coyuntura internacional, signada por cuestiones de alta política con eje en la *seguridad*, es precisamente el carácter transnacional del terrorismo y su recurso a metodologías de combate originales, lo que ha generado un intenso debate acerca de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los llamados “nuevos conflictos”. Así como los Protocolos adicionales de 1977 surgieron como fruto de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario¹ con el fin de actualizar el derecho de la guerra y adaptarlo a las nuevas formas de conflictos ocurridas desde 1949 - a saber, las guerras de liberación nacional y guerrillas, no contempladas en los Convenios de Ginebra de 1949- cabe cuestionarnos si los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra Estados Unidos y la “*guerra contra el terrorismo*” que se desencadenó a consecuencia, señalarían un nuevo corte histórico para el DIH.

El término “guerra” contra el terrorismo es ampliamente utilizado en un sentido general y políticamente metafórico en ámbitos políticos y académicos en todo el mundo, el cual ha generado un debate legal en torno al uso de la fuerza. ¿Constituye la llamada “*guerra contra el terrorismo*” un verdadero conflicto armado en el sentido que el derecho internacional humanitario entiende el concepto? ¿Se trata de un nuevo tipo de guerra con límites temporales y geográficos indefinidos?²

Mientras la noción de “guerra contra el terrorismo” es un eslogan político, comparable al de “lucha contra la pobreza” o “lucha contra el SIDA”, el ataque a un tercer país transforma tal campaña antiterrorista en un verdadero conflicto armado en el sentido del derecho de la guerra. Es así que numerosos cuestionamientos y debates han surgido en torno al derecho internacional humanitario como régimen legal de aplicación ante la nueva coyuntura contemporánea.

Ni bien sucedidos los atroces ataques de septiembre, el presidente George W. Bush fue categórico al señalar que los mismos, “*más que un acto de terrorismo, han sido un acto de guerra*”. Resulta interesante al respecto analizar si los ataques constituyen, desde el derecho, un acto bélico, toda vez que resulta dificultoso atribuir

¹ Conferencia para el Desarrollo y Reafirmación del Derecho Humanitario aplicable a los conflictos armados que elaboró los protocolos de 1977. Celebrada en Ginebra de 1974 a 1977.

² El Presidente George Bush ha afirmado en su mensaje al Congreso del 20 de Septiembre de 2001: “*La guerra va a ser combatida no solo por soldados, sino también por la policía y fuerzas de inteligencias así como en las instituciones financieras. (...) Nuestra guerra contra el terror empieza con Al Qaeda pero no termina ahí. No va a terminar antes de que cada grupo terrorista de alcance global pueda ser encontrado, frenado y abatido*”.

el delito de manera irrefutable a un Estado. Las normas vigentes del *jus ad bellum* no prevén la posibilidad del empleo de la fuerza por un Estado contra un agresor no estatal e independiente de cualquier Estado. En este sentido, serán abordadas en la presente investigación las nociones jurídicas en relación a la responsabilidad internacional del Estado por el hecho ilícito, es decir, si los atentados del 11-S pueden ser considerados como perpetrados por el estado afgano, y consiguientemente, como “acto de guerra” contra Estados Unidos.

Si bien el DIH³ trata específicamente de actores no estatales como “*partes en un conflicto armado*”, se analizará también si los ataques efectuados el 11-S constituyen un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda, toda vez que la red terrorista no puede identificarse con un territorio en particular al hallarse activa en todo el mundo a través de estructuras indefinidas. La lucha contra tal organización y la tarea que consiste en determinar el marco jurídico aplicable dista de ser sencillo.

Tras los atentados del 11-S, la respuesta “antiterrorista” no se hizo esperar. En el frente nacional la administración Bush obtuvo una resolución conjunta del Congreso que autorizó el uso de la fuerza militar en el ejercicio de su derecho de legítima defensa. Por otra parte, en el orden internacional obtuvo un voto unánime en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante la resolución 1373 (del 28 de septiembre de 2001), adoptada de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, la cual reafirmó que los actos de terrorismo internacional “constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales”. Asimismo, dicha resolución reafirmó “el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva reconocido en la Carta de las Naciones Unidas y confirmado en la resolución 1368 (2001)”, instando a los estados a “luchar con todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, contra las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo”. Por su parte, los miembros de la OTAN invocaron el Artículo V⁴ del Tratado del Atlántico Norte por primera vez en la historia de esta alianza.

³ Derecho Internacional Humanitario. De ahora en adelante, DIH.

⁴ El Artículo V de la Carta de la OTAN dispone que “Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en América del Norte, se considerará como un ataque dirigido contra todas ellas y en consecuencia acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes así atacadas, adoptando seguidamente, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte. Todo ataque armado de esta naturaleza y toda medida adoptada en consecuencia se pondrán inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas cesarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales.”

Las hostilidades iniciadas en Afganistán en octubre del 2001, constituirían la muestra fáctica de que los discursos del presidente Bush contra su nuevo enemigo iban más allá de la mera retórica. Estados Unidos y sus aliados respondieron a los ataques del 11-S invocando su derecho de legítima defensa al atacar a los talibanes y miembros de Al Qaeda en Afganistán, dando lugar a un conflicto armado internacional y activando en consecuencia la aplicación de las normas de derecho internacional humanitario. En otras palabras, la lucha contra el terrorismo, cuando se hace bajo la forma de una operación militar como reacción a un acto terrorista, alcanzando el nivel de un conflicto armado, está regido por las normas del derecho internacional humanitario. Al respecto, la campaña en Afganistán, por haber sido la primera reacción militar a los ataques terroristas, ha planteado numerosas cuestiones relativas a la pertinencia del derecho internacional humanitario en dicha lucha antiterrorista.

En este sentido, el principio de igualdad de los beligerantes, pilar del derecho humanitario, fue reconocido, no sin dificultad, respecto de los combatientes *talibán*, pero se negó totalmente la igualdad de los beligerantes a los miembros de Al Qaeda, oficialmente calificada como organización terrorista. Al respecto, es paradigmático el caso de los prisioneros en la base norteamericana de Guantánamo, donde han sido detenidos presuntos terroristas en el curso de las operaciones militares en Afganistán. El caso es caracterizado por las organizaciones de derechos humanos como un verdadero “limbo legal”, donde se cuestiona el posible trato inhumano de los detenidos, la negación al acceso a una defensa letrada, la imposibilidad de impugnar la legalidad de la detención, la desvirtuación del principio de inocencia, la incomunicación del detenido y las detenciones indefinidas sin juicio ni cargos.

Pese a la igualdad de las partes como principio fundamental del *ius in bello*, y no obstante ser aplicables las normas del derecho internacional humanitario que rigen los conflictos armados, en especial el III Convenio de Ginebra relativo al trato debido de los prisioneros de guerra, los detenidos en la base militar de Bahía de Guantánamo no gozan de tal reconocimiento, lo que les permitiría el amparo de las convenciones internacionales que rigen el tratamiento de combatientes enemigos capturados en conflictos armados. En el presente trabajo se analiza su estatuto jurídico así como las repercusiones que ha tenido el caso en la comunidad internacional.

Por otra parte, si bien el 11-S ha marcado en gran medida el orden legal internacional estimulando un debate cargado de nociones jurídicas, una de las cuestiones más básicas que rodean la temática planteada aún no está resuelta. La contribución de la doctrina internacionalista y las posiciones de los Estados distan de ser contestes para arribar a una definición general sobre que entendemos cuando hablamos de “terrorismo”, cuestión que será abordada en la presente investigación.

Asimismo, es imperioso analizar si el *corpus iuris* vigente en la materia, debe o no ser adaptado a la llamada “guerra contra el terrorismo”. La discusión acerca de si hay que actualizar o no los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales- principales instrumentos formales del DIH y cuya adhesión por parte de los Estados es prácticamente universal- es foco de atención de los especialistas en derecho internacional humanitario. Para algunos académicos y organizaciones no gubernamentales, es hora de aprovechar el debate y “modernizar” dichos tratados a fin de ajustarlos a los nuevos tiempos marcados por originales tipos de conflictos no previstos cuando fueron consensuados. De cara a la actualidad de este debate, será esencial profundizar si la amenaza que constituye el terrorismo justifica verdaderamente un debilitamiento del DIH concebido como un régimen internacional con sus propios principios, normas, reglas, y procedimientos de toma de decisiones, en los que convergen las expectativas de los actores.⁵

En suma, en la presente investigación se pretenden examinar algunas cuestiones jurídicas que plantea la lucha contra el terrorismo en el contexto de un conflicto armado. El eje central del trabajo es analizar el debate doctrinario en torno a la necesidad de actualizar el *corpus iuris* del derecho de la guerra, especialmente tras los atentados del 11-S. ¿Representa la lucha contra el terrorismo - cuando la misma implica un conflicto armado - un nuevo corte histórico para el derecho internacional humanitario?

A fin de dar respuesta a este interrogante, se examinarán las disposiciones del DIH que prohíben los actos terroristas, sosteniendo como hipótesis orientadora a priori que las disposiciones formuladas por la comunidad internacional y plasmadas en la normativa del derecho internacional humanitario vigente, son adecuadas y suficientes para su aplicación en un contexto de conflicto armado en el marco de la lucha contra el terrorismo. Por su parte, cuando esto no ocurre, es decir, cuando no se desencadena un conflicto armado en el marco de la lucha contra el terrorismo, el área de competencia para hacer frente al flagelo son los regímenes legales internos de cada país, los tratados internacionales pertinentes y los sistemas jurídicos de sanción criminal internacionales.

La defensa y seguridad de los Estados enfrenta nuevos desafíos que plantean la imperiosa necesidad de repensar los conceptos y categorías jurídicas tradicionales. La siguiente investigación se encamina en esta dirección.

⁵ KRASNER, S. “Conflicto estructural: el Tercer Mundo contra el Liberalismo Global”. Ed. GEL. Buenos Aires, 1989.

PLAN DE TRABAJO

El siguiente es un trabajo analítico- descriptivo sobre las perspectivas y desafíos que enfrenta el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, de cara al complejo escenario internacional luego de los ataques terroristas del 11-S. En el mismo se utilizan herramientas analíticas propias de la teoría de las relaciones internacionales y la doctrina jurídica.

A tal fin, se ha dividido la investigación en cinco partes, cada una de las cuales presenta una introducción inicial y una conclusión parcial, a fin de dar claridad al trabajo. El plan de trabajo es el que describo a continuación:

En la **Parte I – Consideraciones Preliminares-** se presenta el marco teórico que sustentará el presente trabajo de investigación, tanto desde la perspectiva del derecho internacional como de la teoría de las relaciones internacionales.

En la **Parte II - Umbrales para la aplicación del Derecho Internacional de los Conflictos Armados-**, se introduce en primer lugar el debate actual acerca de la definición de terrorismo, para luego analizar si el Derecho Internacional Humanitario vigente se aplica a los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001.

En la **Parte III - El Terrorismo en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados-** se profundizará si el Derecho Internacional Humanitario vigente prevé de forma efectiva una respuesta a los actos de terrorismo durante un conflicto armado, haciendo repaso de los instrumentos formales de este ordenamiento jurídico. Posteriormente, y dentro de este mismo apartado, se analizarán las diversas posturas a favor y en contra de actualizar el *corpus iuris* del derecho de la guerra

En la **Parte IV - La frontera entre la jurisdicción interna y la internacional-** se analizará la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el “crimen de terrorismo”, considerando la importancia que implica la creación de la CPI en materia de Derecho Internacional Humanitario.

En la **Parte V**, se presenta el caso: el estatuto jurídico de los prisioneros en la base militar norteamericana en Bahía de Guantánamo. A tal fin, se tendrán en consideración las nociones políticas y jurídicas que implica la temática, entre ellas, las diferentes categorías de combatiente, el trato debido a los combatientes en caso de captura a la luz de las doctrinas del *ius ad bellum* y *ius in bello*, así como la reacción de la comunidad internacional frente a la situación de los prisioneros en Guantánamo.

Finalmente, se determinan las conclusiones finales.

PARTE I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

MARCO TEÓRICO

A diferencia del ámbito interno estatal, el sistema internacional es anárquico y descentralizado y el monopolio legítimo del uso de la fuerza no está bajo la tutela de un actor específico o entidad supraestatal que vele por la seguridad y el cumplimiento de las normas. Pese a ello, la inexistencia de una autoridad central que imponga las formas de comportamiento a los actores parte del sistema internacional no implica que el mismo sea, por ello, caótico. En este sentido, los *regímenes internacionales* otorgan elementos de orden a dicha compleja estructura internacional, siendo el Derecho Internacional Público "*un sistema de principios y normas que regula las relaciones de coexistencia y de cooperación, frecuentemente institucionalizada, además de ciertas relaciones de vocación comunitaria, entre Estados dotados de diferentes grados de desarrollo socioeconómico y de poder y culturalmente diversos*"⁶. El derecho internacional público se encuentra en estrecha vinculación con el sistema internacional, pues el D.I.P.⁷ refleja la estructura del mundo, las fuerzas transnacionales y la relación entre las unidades del sistema. Por tanto, su función básica es "organizar la existencia de varias naciones"⁸.

A lo largo del presente trabajo de investigación, se concibe al Derecho Internacional como un conjunto de *regímenes internacionales*, los cuales otorgan ciertos elementos de orden a un sistema internacional anárquico y descentralizado y cuyos cambios se ven reflejados en la evolución del cuerpo normativo internacional. Desde esta perspectiva, el presente trabajo está orientado en los sustentos conceptuales de la **Teoría de los Regímenes Internacionales** ampliamente desarrollada por Stephen Krasner⁹.

La Teoría de los Regímenes Internacionales concibe el surgimiento de normas internacionales cuya aceptación y legitimidad regule la conducta de los Estados y las relaciones dentro del sistema internacional. Asimismo, la teoría señala que bajo

⁶ DIEZ DE VELASCO, Manuel. "Instituciones de Derecho Internacional Público". España, Tecnos, 1973.

⁷ Derecho Internacional Público. De ahora en adelante, D.I.P.

⁸ HOFFMANN, Stanley "Jano y Minerva. Ensayo sobre la guerra y la paz". Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires 1991.

⁹ KRASNER, S. "Conflicto estructural..." . Op. Cit.

algunas condiciones los Estados, y otros actores internacionales, perciben que la obtención de sus propios objetivos se optimiza mediante la coordinación intergubernamental para el establecimiento de normas, reglas y procedimientos formales o informales¹⁰. Como señalan Keohane y Nye “las relaciones de interdependencia a menudo ocurren dentro de -y pueden ser afectadas por- redes de reglas, normas y procedimientos que regulan los comportamientos y controlan los efectos. Nos referimos a los conjuntos de acuerdos gubernamentales que afectan las relaciones de interdependencia conocidos como regímenes internacionales”.¹¹

En este sentido, este trabajo expone una concepción del Derecho Internacional Público como una red de regímenes internacionales específicos, entendido cada uno de ellos como un *conjunto de principios, normas, reglas, y procedimientos de toma de decisiones, implícitos o explícitos, en los que las expectativas de los actores convergen en un área dada de las relaciones internacionales*¹².

Los regímenes internacionales tienen un componente sustantivo (principios, normas y reglas) y un componente procedimental (procedimientos de toma de decisiones): “los *principios* son convicciones de hecho, causalidad y rectitud. Las *normas* son pautas de conducta definidas en términos de derecho y obligaciones. Las *reglas* son prescripciones o proscipciones específicas para la acción, y los *procedimientos decisionales* son las prácticas que prevalecen para hacer e implementar elecciones colectivas”¹³

Estos elementos que configuran un régimen internacional en general, presentan una estrecha correlación con las *fuentes* del derecho internacional público, pues podemos hablar del D.I.P. como un verdadero régimen internacional cuyos procesos válidos de creación son los *tratados, la costumbre y los principios generales del derecho*. Mediante estos procedimientos o medios, el derecho internacional nace, se modifica o extingue.¹⁴

Según el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contenido en la Carta de las Naciones Unidas, las fuentes primarias del Derecho Internacional son tres: las Convenciones Internacionales (inciso 1 a), sean generales o particulares; la Costumbre Internacional (inciso 1b) y los Principios Generales de Derecho (inciso 1c). Por su parte, estas tres fuentes primarias son complementadas por otras tres

¹⁰ ROBLEDO, Marcos. "Tendencias Globales de la Política Internacional como Marco Analítico para los Atentados contra Estados Unidos". 2001
www.asuntospublicos.org

¹¹ KEOHANE, R.O. Y NYE, J.S. "Poder e Interdependencia -La política mundial en transición". Ed. GEL. Buenos Aires, 1988. p. 35.

¹² KRASNER, Stephen. "International Regimes". Cornell University Press, Ithaca, 1986.

¹³ KEOHANE, R. "Después de la Hegemonía". GEL. 1988. Pág. 81.

¹⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel. "Instituciones...". Op. Cit. Pág. 97

fuentes de orden secundario, a saber: las decisiones judiciales (jurisprudencia) y la doctrina. Asimismo, desde un punto de vista doctrinario también las resoluciones de organismos internacionales y los actos unilaterales de los Estados podrían ser considerados como fuentes secundarias.¹⁵

Los *tratados*, sean generales o particulares, constituyen reglas expresamente reconocidas por los sujetos del ordenamiento jurídico con capacidad suficiente para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones a través del acuerdo de voluntades.¹⁶ En efecto, cuando nos referimos a las “**normas**” del DIP concebido como un verdadero régimen internacional, hacemos referencia justamente a los *tratados* internacionales o estándares de comportamiento definidos en términos de derechos y obligaciones. Las reglas son normas específicas que prescriben formas de actuación dentro de un régimen internacional. En este sentido, los tratados son una “manifestación de voluntad común de dos o más sujetos del derecho internacional con capacidad suficiente, tendiente a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional”¹⁷, donde no solo las unidades estatales pueden concluir un tratado, sino otros sujetos del derecho internacional como las organizaciones internacionales, punto sustantivo en nuestra investigación por lo que hace al rol del Comité Internacional de la Cruz Roja en la codificación de normas del derecho internacional de los conflictos armados, como veremos más adelante.

Por su parte, cuando hablamos de “**expectativas**” hacemos referencia a otra de las fuentes del D.I.P., la *Costumbre Internacional*, definida como la “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” (Art. 38, apartado b, del Estatuto del T.I.J). Por tanto, una costumbre internacional es una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por estos como derecho.¹⁸ El derecho consuetudinario es axial en tanto y en cuanto la mayoría de las normas de carácter universal contenidas en los tratados son precisamente costumbres que han sido codificadas o recogidas en los mismos. Asimismo, la costumbre esta formada por dos elementos: uno *material* que hace referencia a la repetición del acto o práctica uniforme de los estados, y un elemento *psicológico*, relacionado con la convicción por parte de los sujetos del derecho internacional de que la práctica que están llevando a cabo los obliga jurídicamente. Por su parte, la existencia de una costumbre puede ser probada por medio del análisis de tratados internacionales, resoluciones de

¹⁵ Ver al respecto: DIEZ DE VELASCO, Manuel. "Instituciones...". Op. Cit. Capítulo IV.

¹⁶ GUTIERREZ POSSE, Hortensia. "Interacción entre tratado y costumbre. Aporte de los protocolos adicionales al desarrollo del derecho internacional humanitario" en "Lecciones y Ensayos. Derecho Internacional Humanitario y Temas de áreas vinculadas". Editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el CICR. 2003

¹⁷ BARBERIS, J. "Formación del Derecho Internacional". Ed. Ábaco. Buenos Aires. 1994.

¹⁸ DIEZ DE VELASCO, Manuel. "Instituciones...". Op. Cit. Pág. 117

organizaciones internacionales, discursos y pronunciamientos oficiales, y hasta por medio de elementos de naturaleza interna del Estado, como por ejemplo leyes, decretos y resoluciones judiciales.

Por su parte, los “**principios**” de todo régimen internacional en general, encuentran su correlato en el caso particular del DIP en los Principios Generales del Derecho, los cuales subyacen y subsidian a las reglas convencionales y a las costumbres. La particularidad de los principios generales del derecho como fuente del DIP, radica en que su ámbito de aplicación es exclusivamente jurisdiccional, subsidiaria de los principios constitucionales y las normas consuetudinarias y convencionales del derecho internacional. En este sentido, los principios generales sirven de supletorios de las normas en el supuesto de laguna o insuficiencia legal.¹⁹ Estos Principios pueden tener dos procedencias: en primer lugar, encontramos aquellos que han sido recogidos de los ordenamientos internos o in *foro domestico*, como por ejemplo la prohibición de abuso del derecho, el de la responsabilidad internacional derivada de hechos ilícitos o la obligación de reparar los daños, por nombrar algunos. En segundo lugar, juntos a los principios procedentes de foro doméstico, existen otros principios de naturaleza propiamente internacional, tales como la primacía del tratado sobre la ley interna, el principio de la continuidad del Estado y la regla del agotamiento previo de los recursos internos antes de acudir a una vía internacional entre varios otros más.

En suma, los Tratados, la Costumbre Internacional y los Principios Generales del Derecho, son los tres pilares fundamentales del DIP concebido como régimen internacional. No obstante, como fuentes secundarias, la *jurisprudencia* y la *doctrina*, constituyen en este ordenamiento un medio auxiliar para determinar las reglas de derecho y no comportan *per se* un proceso autónomo de creación. Sin embargo, esta vía de interpretación del derecho, es de suma importancia para establecer el sentido y/o alcance de una norma jurídica en casos específicos. En tal sentido, el valor de las decisiones judiciales y los precedentes que sientan, son un verdadero medio auxiliar para determinar las reglas de derecho. El énfasis en este punto radica en su importancia para la presente investigación, donde reiteradas veces se hace mención a diversos fallos judiciales para responder a cuestiones claves de la temática en estudio.

Por su parte, todo régimen internacional cuenta con sus propios “**procedimientos**”. Los procedimientos de tomas de decisión son prácticas prevalecientes para la formulación y ejecución de alternativas colectivas²⁰. Los

¹⁹ DIEZ DE VELASCO, Manuel. "Instituciones...". Op. Cit. Pág. 107

²⁰ VELÁZQUEZ, Rafael, "Regímenes internacionales", en Orozco, José Luis y Consuelo Dávila (Comp.), *Breviario político de la globalización*, Fontamara/UNAM, México. 1997, Pág. 439.

procedimientos, que Krasner denomina *decisión-making procedures*, son las prácticas a través de las cuales se toman e implementan decisiones, y que en numerosas oportunidades se materializan en la forma de instituciones u organismos internacionales.²¹ En tal sentido, entre los “canales institucionales” capaces de reglamentar las acciones recíprocas de los sujetos de D.I.P., las organizaciones internacionales tienen un rol importante como productoras y codificadoras de normas internacionales, siendo sujetos de derecho derivado de sus Estados miembros.

Finalmente, los cambios en las reglas y los procedimientos representarán un cambio *al interior* de un régimen, mientras que cambios respecto de los principios y las normas representarán un cambio *de* régimen como un todo.

El Derecho Internacional de los Conflictos Armados como Régimen Internacional

*"Promulgo estas leyes para evitar que
el fuerte oprima al débil."*

Hammurabi,

Rey de Babilonia entre 1792 y 1750 a.C.

Un régimen existe en cada área temática sustancial de las relaciones internacionales donde existe una conducta discerniblemente estructurada.²² En tal sentido, el *derecho internacional de los conflictos armados*²³, al participar de todas las características del D.I.P., constituye como tal un *régimen internacional* con su propia red de reglas, normas, prácticas y procedimientos que intentan someter a los Estados al cumplimiento estricto e incondicional de las reglas adoptadas por la comunidad internacional sobre las leyes y usos de la guerra. En otras palabras, el DIH somete a un régimen jurídico universalmente aceptado el derecho al recurso a la fuerza con el fin de disminuir la violencia y sufrimiento tanto de los combatientes como de la población civil.

²¹ ALARCON DEZA, Benigno. “Desafíos de la Defensa y Seguridad en el siglo XXI: ¿Continuidad y Cambio? Elementos de Régimen de Cooperación para la Defensa Interamericana”. *Security and Defense Studies Review*. 2004

²² PUCHALA, Donald J. and Raymond F. HOPKINS. “International Regimes: Lessons from Inductive Analysis.” In Stephen D. Krasner, ed., *International Regimes*. Ithaca, NY: Cornell University Press. 1983. Pág. 63

²³ Las Naciones Unidas utilizan preferentemente la expresión «derecho de los conflictos armados». A lo largo del trabajo utilizo indistintamente el término Derecho Internacional de los Conflictos Armados (de ahora en adelante D.I.C.A.) o Derecho Internacional Humanitario (DIH).

En primer lugar, es imperioso a los fines de la presente investigación, hacer una breve mención acerca de la evolución de este cuerpo normativo, considerando su ámbito jurídico, su esfera de aplicación y mecanismos de efectividad, para luego considerar sus fuentes jurídicas y principios fundamentales que configuran al *régimen internacional del derecho de la guerra*.

El derecho internacional humanitario *“es un conjunto de normas que, en tiempo de guerra, protege a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo. Su principal objetivo es limitar y evitar el sufrimiento humano en tiempo de conflicto armado.”*²⁴ Por tanto, el DIH es la rama del DIP que se ocupa de proteger los derechos humanos en situaciones de guerra²⁵, o lo que es lo mismo, normas internacionales destinadas a regular los problemas humanitarios que se suscitan en situaciones de conflicto armado, restringiendo los medios y procedimientos de las partes beligerantes.

Respecto a su *ámbito de aplicación*, el DIH está concebido para situaciones bélicas tanto de carácter internacional como de carácter interno. Asimismo, protege a una determinada categoría de personas, como las “fuerzas armadas”, los “heridos y enfermos”, los “heridos, enfermos y náufragos”, los prisioneros de guerra”, los civiles, niños en situación de guerra, etc.

En comparación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (D.I.D.H.), “el fundamento de ambas normativas es el mismo, su naturaleza jurídica análoga y el núcleo fundamental de su esencia idéntico”.²⁶ En este sentido, podemos decir que la raíz última de ambos regímenes son los derechos humanos y la protección jurídica de la persona humana, cuyos derechos fundamentales²⁷ son de carácter imperativo, es decir, de *“ius cogens”*, en tanto que no admiten acuerdo en contrario.

Sin embargo, mientras el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se constituyó como una normativa general para el estado “normal” o de paz, que es el que impera la mayor parte del tiempo en la comunidad internacional, el Derecho Internacional Humanitario se constituyó como una normativa excepcional para el

²⁴ Definición del Comité Internacional de la Cruz Roja. www.icrc.org

²⁵ La guerra era concebida, desde el derecho internacional, como una situación jurídica que se iniciaba formalmente con una declaración de guerra y concluía, también formalmente, con un tratado de paz. Con el posterior desarrollo del DIH., más precisamente con la introducción del Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II de 1977, se modifica la concepción jurídica de la guerra al incorporarse también a los conflictos armados no internacionales en la esfera de aplicación del DIH. Ver en DIEZ DE VELASCO, Manuel. “Instituciones...”. Op. Cit. Pág. 843

²⁶ FERNANDEZ FLORES, José. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: su precisión”. Cruz Roja Española. www.cruzroja.es

²⁷ Se considera como “derechos fundamentales” de la persona humana al núcleo compuesto por el derecho a la vida, la libertad y la seguridad.

estado “anormal” o de guerra. De todas maneras, ambos sistemas normativos se complementan mutuamente y tienen como objetivo último la protección del individuo, aunque en situaciones y mediante procedimientos diferentes.

El derecho internacional humanitario es una de las materias más antiguas del Derecho Internacional Público. A diferencia también del D.I.D.H., su proceso evolutivo procedió del plano internacional para reflejarse luego en los ordenamientos internos de los Estados. El derecho que regulaba los conflictos armados antes del advenimiento del derecho humanitario contemporáneo eran normas no escritas, basadas en la costumbre. Posteriormente, el nacimiento del derecho humanitario estuvo íntimamente ligado al del Movimiento de la Cruz Roja, momento a partir del cual los Estados estarían obligados por un tratado universal, aplicable en todo tiempo y en toda circunstancia.

Fue el Convenio de Ginebra de 1864 - *Convenio para el mejoramiento de los militares heridos en los ejércitos en campaña*- el tratado que sentó las bases del desarrollo del derecho humanitario contemporáneo para los conflictos armados. En dicho comienzo y posterior evolución, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tuvo un papel primordial como promotor del DIH

Vemos que al igual que el derecho internacional público, el derecho internacional humanitario ha evolucionado como reflejo de los acontecimientos del sistema internacional a lo largo de la historia. Fruto del primer Convenio de Ginebra de 1864, el derecho internacional humanitario contemporáneo se ha desarrollado al hilo de las guerras para responder a las crecientes necesidades humanitarias, ocasionadas por la evolución del armamento y por los diversos tipos de conflictos.

Ahora bien, podemos concebir al DIH como un *régimen internacional* con su propia red de normas, principios y expectativas, así como de procedimientos y canales institucionales propios, al ser una rama específica del Derecho Internacional Público concebido también como régimen internacional.

En cuanto a sus **normas**, los instrumentos jurídicos que integran el derecho internacional humanitario están plasmados principalmente en los Convenios de la Haya de 1899 y 1906, así como en los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977:

- ▶ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949.
- ▶ II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12 de agosto de 1949.

▶ III Convenio de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949.

▶ IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra y protocolos adicionales.

▶ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

▶ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

Asimismo, importantes instrumentos formales del DIH son la Convención de 1954 de La Haya sobre la protección de los Bienes Culturales en caso de conflictos armados, la Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas, la Convención de 1980 de las Naciones Unidas sobre ciertas armas convencionales, la Convención de 1993 sobre Armas Químicas, el Tratado de Ottawa de 1997 sobre las Minas Antipersonal, y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados del 2000.

Por su parte, se identifica generalmente dos ramas dentro del derecho humanitario: la de Ginebra y la de La Haya, que dan cuenta de los dos medios principales para limitar la violencia en la guerra:

- En primer lugar, las normas relativas a la *conducción de las hostilidades*, que rigen los medios y métodos de combate y prohíben los ataques indiscriminados, los ataques dirigidos contra no combatientes, las armas que puedan provocar sufrimientos desproporcionados, así como los medios péfidos. Estas normas pertenecen a la rama del derecho humanitario conocida como **Derecho de La Haya** o *derecho de la guerra propiamente dicho* el cual se focaliza en los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones y en limitar los medios de combate.
- Por otra parte, las normas que *protegen a los no combatientes* y a las personas que han sido puestas fuera de combate: militares heridos y enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, miembros del personal sanitario de las fuerzas armadas y poblaciones civiles. Este conjunto de normas se concreta en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, completados con los dos Protocolos adicionales de 1977, o también llamado **Derecho de Ginebra**. Siendo de índole específicamente humanitaria, también se lo concibe como el *derecho*

humanitario propiamente dicho. El derecho de Ginebra encarna el ideal mismo de la Cruz Roja como primordial impulsor de estos acuerdos.

No obstante esta diferenciación que se realiza desde la doctrina, los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra introdujeron materias que hasta entonces pertenecían tradicionalmente al derecho de La Haya, como el comportamiento de los combatientes y la protección de la población civil contra los peligros de la guerra. De esta manera, tiende a desaparecer la distinción entre el movimiento de Ginebra y el de La Haya.

En cuanto a los **principios** que rigen las normas del derecho internacional de los conflictos armados, el principio de distinción y el de proporcionalidad son pilares fundamentales, aunque no los únicos, de este régimen internacional. Ambos están inspirados en el principio básico de este régimen legal, el cual concibe que las necesidades militares deben armonizarse con las consideraciones de la humanidad.

El *principio de distinción*²⁸ hace referencia a la obligación de diferenciar entre combatientes y civiles, así como entre los bienes civiles y los objetivos militares. Los combatientes deben llevar a cabo medidas de precaución para evitar dañar blancos civiles hasta donde sea factible. Estas constituyen normas fundamentales plasmadas en el Protocolo I de 1977 relativo a los conflictos armados internacionales, cuyo Art. 47 sostiene que “a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.”

El *principio de proporcionalidad*, por su parte, establece que las partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto de la ventaja militar perseguida. Debe existir una proporción razonable entre la ventaja militar que resulte de una acción y el daño que eventual o seguramente se le pueda causar a las personas y bienes protegidos. El principio concede que no siempre es factible limitar el daño a los objetivos no militares aún cuando los civiles no están dentro del rango de ataque. En otras palabras, pueden existir los llamados “daños colaterales”. A pesar de ello, el principio insta a los combatientes a tomar medidas de precaución, pues implica una obligación consuetudinaria en la conducción de hostilidades que los ataques contra objetivos sólo son lícitos si las víctimas civiles o los daños causados incidentalmente no son excesivos. En el Protocolo I también se

²⁸ Art. 47, 48, 57 y 58 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 1977.

refrendan y se completan otras normas relativas a los métodos y medios de guerra, tales como la prohibición de armas y métodos de guerra de tal índole que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios.

Otro principio importante es el de *no reciprocidad*, según el cual, las partes deben cumplir con las reglas y principios del DIH sin que sirva de excusa o justificación el hecho de que la otra parte viole en todo o en parte dichas normas

Por otra parte, es importante señalar que muchas disposiciones de los mencionados convenios, sobre todo las reglas para la protección de la población civil de los efectos de la guerra, constituyen actualmente un derecho internacional consuetudinario vigente para todos los Estados, independientemente de que formen parte o no de los instrumentos en cuestión. Podemos hablar en este sentido de **expectativas** que convergen entre los Estados, emanadas de la costumbre internacional, pues el DIH no solo presenta acuerdos, mecanismos e instituciones explícitas convenidas por los Estados respecto del derecho de la guerra, sino también prácticas implícitas que devienen de tales acuerdos o que provienen de prácticas anteriores. Al analizar un régimen internacional debemos observar tanto sus manifestaciones explícitas como sus prácticas implícitas de modo de detectar su dimensión formal y su dimensión material. En tal sentido, el derecho convencional está bien definido ya que consiste en normas escritas vinculantes para los Estados que se adhieren a los instrumentos en cuestión e incluso en los casos de conflicto armado interno, son igualmente de obligado cumplimiento para los grupos armados opositores que actúan sobre el territorio de dichos Estados. Estos convenios, sin embargo, no vinculan a los Estados que no los han ratificado y es precisamente en estos casos cuando importa mucho conocer las normas consuetudinarias que son de aplicación. Especialmente en el actual contexto internacional, donde “la mayoría de los conflictos armados no tienen carácter internacional y por consiguiente se rigen por unos cuantos instrumentos, en número bastante inferior a los que se aplican a los de carácter internacional, aunque van en aumento”²⁹. Aunque la tendencia en los últimos años ha sido de elaborar tratados de derecho internacional humanitario aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los internos, la mayoría de estos instrumentos no han alcanzado aún su ratificación universal, por consiguiente es

²⁹ De hecho sólo unos pocos instrumentos convencionales se aplican a los conflictos armados internos; véase, la Convención sobre ciertas armas convencionales, en su versión enmendada, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales, la Convención sobre armas químicas, la Convención de La Haya sobre protección de bienes culturales (en parte) y su Protocolo II, y por último, aunque de gran relevancia, el Protocolo adicional II y el Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Ver “Normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario”. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Octubre del 2003. www.circ.org

esencial conocer las normas del derecho internacional consuetudinario que son de obligado cumplimiento para los Estados que no son parte en ellos. “El derecho internacional consuetudinario puede, por tanto, cumplir una importante función colmando las lagunas del derecho convencional, que se deben a la falta de ratificación aunque también de cobertura sustantiva.”³⁰

El derecho internacional de los conflictos armados posee entonces sus propias normas y principios. Asimismo, como régimen internacional, configura ciertas expectativas entre los Estados por vía de la costumbre. Asimismo, decíamos con anterioridad que otro de los elementos constitutivos de los regímenes internacionales son los **procedimientos** para la formulación y ejecución de los objetivos de dicho régimen y que generalmente se materializan mediante instituciones u organismos internacionales. Sin duda la institución más importante para la observancia y fomento del DIH es el Comité Internacional de la Cruz Roja³¹, y como tal, es su *canal institucional* por excelencia.

En tal sentido, de conformidad con los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja el cometido del CICR es, en particular, preparar el eventual desarrollo del derecho internacional humanitario. Su meta es “seguir la evolución de los conflictos; organizar consultas con miras a cerciorarse de las posibilidades de llegar a un acuerdo por lo que atañe a nuevas normas y elaborar proyectos, a fin de presentarlos en las conferencias diplomáticas para su aprobación”³². El CICR, se encarga de velar por que los Estados signatarios apliquen los Convenios de Ginebra y está particularmente llamado, precisamente por su neutralidad, para ofrecer sus servicios a los beligerantes en beneficio de las víctimas de los conflictos.³³

³⁰ “Normas consuetudinarias del Derecho...”. Op. Cit

³¹ De ahora en adelante C.I.C.R. (Comité Internacional de la Cruz Roja).

³³ Un punto importante a destacar, es el referente al estatuto jurídico del CICR, pues como señala Gabor Rona, Asesor de la División Jurídica del CICR, muchas veces se confunde si el CICR es una organización no gubernamental (ONG) o una organización internacional o intergubernamental (OI). Las ONG son organizaciones privadas, nacionales o internacionales, que pueden desempeñar un papel importante en la agenda de temas de la comunidad internacional como los son Médicos sin Fronteras, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, etc. en el ámbito de la defensa de los derechos humanos. Sin embargo, no gozan de personería jurídica internacional, sino que su base jurídica está constituida por un acto de derecho interno de los Estados, pudiéndose constituir en ONG transnacionales, formadas por asociaciones, fundaciones, etc., de voluntad privada o mixta sin fines de lucro. Las organizaciones internacionales, por su parte, presuponen una asociación, instituida por varios Gobiernos mediante un tratado, con fines comunes a todos ellos y con sus propios órganos especiales para cumplir funciones específicas. Ahora bien, el CICR no es ni una OI ni una ONG, pues tiene una *naturaleza híbrida*. “Como asociación privada creada a tenor del Código Civil suizo, su existencia propiamente dicha no viene dictada por los Gobiernos. Y sin embargo sus funciones y actividades –proteger y asistir a las víctimas de los conflictos- vienen dictadas

Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I, mencionan y reconocen el desempeño de las actividades humanitarias del Comité y “le reconocen un derecho de iniciativa a prestar su colaboración desinteresada con el consentimiento de las partes en conflicto, que ha sido la clave de su dinamismo en este terreno.”³⁴

El CICR tiene acuerdos de sede con más de 80 países en los que se desarrollan sus actividades, pues su actuación se apoya en las sociedades nacionales de la Cruz Roja que funcionan en cada país y se hallan federalmente en la Liga de la Sociedades de la Cruz Roja, organización internacional no gubernamental. En tal sentido, el CICR insta a la adopción o adaptación de leyes y reglamentos nacionales a fin de que los Estados adquirieran el conjunto de instrumentos judiciales y reglamentarios necesarios y consistentes con los requisitos de los tratados sobre Derecho Humanitario, ofreciendo también asistencia técnica a fin de asegurar que las sanciones para crímenes de guerra y otras graves violaciones de los tratados sobre Derecho Humanitario, sean incluidas en la legislación penal nacional.³⁵ Asimismo, el CICR brinda apoyo en la preparación o modificación de leyes que regulan y protegen el uso del emblema de la cruz roja y de la media luna roja y otras denominaciones protegidas por el DIH. En suma, el CICR es el canal institucional por excelencia del régimen que conforma el derecho internacional de los conflictos armados.

De esta manera, el cuerpo normativo que conforma el DIH, concebido como un régimen internacional dotado de sus propias normas, reglas, principios, costumbres y procedimientos, será analizado en la presente investigación, de modo de examinar si verdaderamente el nuevo contexto internacional marcado por la lucha contra el terrorismo implica necesariamente una modificación de sus *normas y principios*, implicando ello un cambio *de* régimen o si por el contrario los sucesos acaecidos merecen un cambio de las *reglas y procedimientos*, conllevando a un cambio *dentro* del régimen del DIH.

por la comunidad internacional de Estados y se basan en el derecho internacional, en particular los Convenios de Ginebra, que figuran entre los tratados más ratificados en el mundo.” (RONA, Gabor. “El CICR en el mundo”. 2004. www.cicr.org). Por ello al CICR, como a cualquier organización intergubernamental, se le reconoce una “personalidad jurídica internacional”. La naturaleza híbrida del estatuto jurídico del CICR, es un punto importante a considerar en tanto y en cuanto su labor básica de ayuda y protección a las víctimas de la guerra no podría llevarse a cabo si los Estados beligerantes no respetaran los privilegios e inmunidades del Comité. Actualmente, tanto los gobiernos como la comunidad internacional en general, reconocen la importancia de las tareas realizadas por el CICR así como su cometido internacional.

³⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel. “Instituciones...”. Op. Cit. Pág. 872

³⁵ “Aplicación nacional del Derecho Internacional Humanitario”- Documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja para Información de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Julio del 2000. www.cicr.org

PARTE II

Umbral para la aplicación del Derecho Internacional de los Conflictos Armados

*Debate sobre la definición de terrorismo internacional. Proyecto de Convenio General sobre terrorismo internacional de Naciones Unidas.
Atentados del 11-S: ¿acto de guerra?*

El conjunto de normas internacionales de lucha contra el terrorismo internacional se ha ampliado de forma significativa, especialmente tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. Sin embargo, a pesar de que el fenómeno bajo estudio se ha instalado en un espacio principal de la agenda de asuntos internacionales, paradójicamente aún no existe una respuesta consensuada acerca de su más básica cuestión: *¿qué es el terrorismo?*

El *principal acuerdo* entre los autores que han tratado la temática del terrorismo con algún detalle es que precisamente *no hay un acuerdo* sobre su significado. Las perspectivas legales que implica el fenómeno, así como el análisis de las respuestas y tácticas para combatirlo, se encuentran en pleno debate en sectores políticos y académicos de todo el mundo.

En primer lugar, debemos clarificar la diferencia entre *terrorismo* y *actos de terrorismo*. "Terrorismo" a secas, "no es una noción legal".³⁶ El contenido sobre que se entiende cuando hablamos de terrorismo ha cambiado con el paso del tiempo. Desde 1937 se han presentado numerosas propuestas para alcanzar una definición general de terrorismo mediante un instrumento normativo de derecho internacional de plena vigencia universal.

La Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo de 1937, promovida por la Liga de las Naciones, constituyó un importante avance para alcanzar un acuerdo general sobre la definición de terrorismo pero no fue mucho más allá de su letra escrita. La Convención definía a los actos terroristas como "*actos criminales dirigidos en contra de un estado o con la intención de crear un estado de terror en las mentes de personas particulares, grupo de personas o el público en general.*"³⁷ La definición no explicita que se entiende por "actos criminales" ni tampoco aclara que actos son ilegales en el contexto de la guerra contra el terrorismo.

³⁶ GASSER, Hans-Peter. "Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law". *International Review of the Red Cross*. September 2002. Vol. 84. N° 847.

³⁷ Conf. HUDSON, M. "VII International Legislation". 499,866 (1965-1937).

Posteriormente, el Convenio para la Prevención y Castigo del Terrorismo Internacional de 1972 define al terrorismo también en forma poco precisa, como “act of any person who unlawfully kills, causes serious bodily harm or kidnaps another person”.³⁸

A nivel regional, el Convenio para Prevenir y Castigar los Actos de Terrorismo de la OEA de 1971 se limita a algunos actos terroristas como el secuestro, asesinato y agresiones contra diplomáticos. En su artículo 1 establece que los Estados tomarán “todas las medidas que ellos consideren como eficaces con el fin de prevenir y de reprimir los actos de terrorismo, en particular, el secuestro, la muerte y otros atentados contra la vida o la integridad física de personas a quienes el Estado debe, de acuerdo al derecho internacional, acordar una protección especial”. Asimismo, el artículo 4 intenta una definición afirmando que los actos terroristas son “actos que producen un efecto de terror o de intimidación sobre los habitantes de un Estado y eso a través del uso de métodos o de medios que, por su naturaleza, causan o pueden causar un daño extendido, disturbios serios en el orden público...”.

Por su parte, el Convenio Europeo sobre la Represión del Terrorismo de 1977, evita una definición general mencionando al terrorismo solo en el título pero no en la parte operativa.³⁹ Ambos instrumentos jurídicos, el Convenio de la OEA y el de la Unión Europea, se refieren al tema en forma muy específica o limitada, sin alcanzar tampoco una definición general de terrorismo.

Un instrumento importante lo constituye la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU del 28 de Septiembre de 2001, la cual define a todo acto de terrorismo internacional como *una amenaza a la paz y a la seguridad internacional*. Dicha resolución, promulgada a pocos días de los ataques contra las Torres Gemelas y el Pentágono, también llamada “Resolución Anti-terrorista”, principalmente expone medidas preventivas para combatir el terrorismo que deben ser adoptadas por los Estados a nivel interno, a saber: prevenir y reprimir la financiación de los actos terroristas, tipificar como delito graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos a los actos de terrorismo, congelar los recursos económicos de dichos grupos, entre otras medidas. Como señala Hans- Peter Gasser, ex asesor jurídico superior del Comité Internacional de la Cruz Roja y actual Director de la Revista Internacional de la Cruz Roja, no hay nada en los párrafos de dicha Resolución que no estén ya cubiertas por los Convenciones de Ginebra y sus protocolos adiciones en las situaciones de conflicto armado. “Esta resolución es importante para la cooperación entre los Estados

³⁸ SWINARSKI, Christopher. “Del terrorismo en el derecho internacional público”. En “Lecciones y Ensayos...” Op. Cit.

³⁹ SWINARSKI, Christopher. *Ibidem*.

en la lucha contra el terrorismo, no tiene por finalidad enmendar el derecho codificado en los tratados de derecho internacional humanitario⁴⁰, sino que propone fundamentalmente medidas preventivas para combatir el terrorismo que los Estados deberían tomar en el plano nacional.

Las Naciones Unidas han adoptado 12 Convenciones sobre aspectos específicos que conciernen al fenómeno del terrorismo. Los últimos son la Convención Internacional para la Supresión de Atentados Terroristas, de 1997, la Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo, de 1999, y la Convención Internacional para la Supresión de Actos de Terrorismo Nuclear, aprobada este año y cuyo proceso de firmas comienza en septiembre. Sin embargo, ninguna de ellas alcanza una definición general sobre el terrorismo internacional. Al respecto, un punto de singular importancia a analizar es que actualmente la Sexta Comisión de la Asamblea General está trabajando sobre los contenidos de una futura *“Convención Exhaustiva contra el Terrorismo”* a fin de alcanzar una definición del fenómeno que cuente con un amplio apoyo de la comunidad internacional. Este debate acerca de un proyecto de Convenio General sobre el terrorismo internacional se desarrolla en el seno de un Comité Especial creado por la Resolución la Asamblea General de las Naciones Unidas 51/210, de 17 de diciembre de 1996, entre otras medidas adoptadas con el objeto de eliminar el terrorismo internacional. El Comité Especial, abierto a todos los Estados miembros de la Organización o miembros de sus organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica, nació con el objetivo de elaborar un Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y otro para la represión de los actos de terrorismo nuclear. Además, se le encomendó el estudio de medios para desarrollar un marco jurídico amplio de convenciones relativas al terrorismo internacional.

No obstante, desde hace tiempo está estancada en la discusión la definición misma de terrorismo internacional. La sucesión de atentados que afectaron en julio de este año a Gran Bretaña y Egipto llevaron al secretario general de la ONU, Kofi Annan, a urgir a los países miembros del foro a tomar la postergada decisión de definir al fenómeno, paso esencial como mecanismo definitivo en el combate al flagelo. El texto incorpora la mayoría de las disposiciones contenidas en las 12 convenciones de la ONU vigentes en la materia, y cubriría asuntos que abarcan desde el secuestro y toma de rehenes a los atentados con bombas, pasando por el financiamiento del terrorismo. Asimismo, el proyecto de Convenio establece cuáles son los actos que constituyen terrorismo internacional; excluye del ámbito de su aplicación los supuestos que ocurran dentro de las fronteras de un solo Estado; obliga a los Estados a tipificar en su

⁴⁰ GASSER, Hans- Peter. “Acts of terror...”. Op. cit. Pág. 564.

legislación penal interna los delitos definidos en el Convenio y a sancionarlos con penas adecuadas; excluye cualquier justificación de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar; exige que los Estados adopten normas sobre competencia para juzgar los actos de terrorismo previstos en el convenio; excluye la posibilidad de otorgar el estatuto de refugiado a quien cometa este tipo de delitos; establece una obligación de cooperación en la prevención de los delitos de terrorismo; obliga a adoptar medidas para exigir responsabilidad penal, administrativa y civil a las personas jurídicas por delitos de terrorismo; regula la extradición de los presuntos delincuentes y exige respeto a los derechos y garantías del derecho y a los derechos humanos⁴¹.

Pero lo que dificulta toda la negociación es la definición del concepto de terrorismo, aunque no es la única cuestión controvertida. Por ejemplo, ¿qué distingue a una "organización terrorista" de un "movimiento de liberación"? ¿Pueden excluirse las actividades de fuerzas armadas regulares, aun cuando cometan actos considerados terroristas? ¿Puede hablarse de "terrorismo de Estado"⁴²?

En efecto, los Estados están convencidos de que el proyecto de convenio general necesita una definición clara y universalmente aceptada de terrorismo internacional, pero difieren sobre su contenido. Se trata de una controversia que divide radicalmente a los Estados, especialmente porque los países islámicos, representados por la Organización de la Conferencia Islámica (O.C.I.), pretenden que se distinga la definición de terrorismo de la lucha de los pueblos contra la ocupación extranjera y por su libre determinación. Para estos Estados, los actos cometidos en ese contexto deberían quedar excluidos de la definición de terrorismo y del ámbito de aplicación del futuro convenio general sobre el tema, algo que numerosos Estados rechazan. "Es evidente que la alargada sombra del conflicto palestino constituye la causa de esta propuesta y que, en la opinión de los que la formulan, su aceptación tendría como

⁴¹ ESPÓSITO, Carlos. "El desacuerdo sobre el alcance de la definición de terrorismo internacional en el proyecto de Convenio general sobre terrorismo internacional de Naciones Unidas". Septiembre de 2004. FRIDE (Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior).

⁴² Diplomáticos árabes argumentan que cualquier definición exhaustiva de terrorismo debe incluir el concepto de "terrorismo de Estado" y distinguir el concepto del derecho a la autodeterminación de los pueblos. De acuerdo con sus argumentos, Israel comete terrorismo de Estado en los territorios árabes que ocupa y los combatientes palestinos son "luchadores por la libertad". Por su parte, Israel afirma que un palestino que deliberadamente mata a un niño israelí es un terrorista, mientras un israelí que mata deliberadamente a un niño palestino es un soldado o un colono. La Organización de la Conferencia Islámica y la Liga Árabe insisten en que el tratado debería exceptuar del calificativo de terrorismo a todos aquellos que luchan contra una "ocupación extranjera", lo que incluiría incluso a movimientos de liberación nacional árabes, no sólo la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), sino también al Partido de Dios (Hizbollah), que luchó contra la ocupación israelí en el sur de Líbano y tiene representación en el parlamento de Líbano.

consecuencia, por un lado, la equiparación de las fuerzas armadas israelíes y los combatientes palestinos y, por otro lado, el rechazo de la idea - incorporada por ejemplo en el Convenio sobre actos terroristas cometidos con bombas (artículo 19)- de que los actos de las fuerzas armadas en el cumplimiento de sus funciones no pueden ser calificados de terrorismo”.⁴³

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, se puede sostener que el Derecho Internacional Humanitario cubriría las preocupaciones de la O.C.I., al ser aplicable en situaciones de conflicto armado u ocupación. En efecto, los Convenios de Ginebra prohíben “toda medida de intimidación o terrorismo” (artículo 33 del Convenio IV), así como “los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil” (artículo 51 del Protocolo adicional I), como analizaremos en detalle mas adelante.

Como se aprecia, el debate en torno a la definición de terrorismo es sinuoso debido a la inexistencia que perdura actualmente de un consenso internacional que lo defina legalmente.

Ahora bien, siguiendo a Hans- Peter Gasser⁴⁴, podemos identificar seis elementos constitutivos del terrorismo:

- “El terrorismo implica violencia o amenaza de violencia contra personas civiles corrientes, su vida, sus bienes, su bienestar. Los actos terroristas no distinguen entre un blanco deseado y terceras personas, o entre diferentes grupos de estas personas. Los terroristas atacan indiscriminadamente.
- El terrorismo es un medio para alcanzar un objetivo político que supuestamente no podría lograrse por medios legales y ordinarios, dentro del orden constitucional establecido.
- Los actos terroristas suelen formar parte de una estrategia y los cometen grupos organizados durante un largo período de tiempo.
- Los actos terroristas se cometen, en general, contra personas que no tienen influencia directa en los resultados pretendidos ni conexión con éstos, como son las personas civiles corrientes.

⁴³ ESPÓSITO, Carlos. “El desacuerdo...”. Op. Cit.

⁴⁴ GASSER, Hans- Pete. “Acts of terror...”. Op. Cit.

- El propósito de los actos terroristas es aterrorizar a la población para crear unas condiciones que, en opinión de los terroristas, favorecen su causa.
- El objetivo del terrorismo es humillar a seres humanos".⁴⁵

Si bien no es objetivo de este trabajo inmiscuirnos en los factores sociológicos, y religiosos que sin duda atañen a la complejidad del fenómeno del terrorismo, si es importante remarcar que el término implica una acción llevada a cabo por grupos no gubernamentales o por unidades secretas o irregulares, que *operan fuera de los parámetros habituales de las guerras*. En este sentido, su campo de acción se extiende más allá de las regiones de acción es indefinido y es un fenómeno que se caracteriza por su violencia indiscriminada, involucrando a numerosas víctimas civiles e infundiendo el terror.

A los actos terroristas debe responderse por medio de normas jurídicas que contemplen su prevención y sanción. En este sentido, la complejidad que atañe el alcance de una caracterización de "actos terroristas" ha sido objeto de encarnizadas controversias de índole política y jurídica que radica en la dificultad de ajustar a un tipo legal el flagelo que se quiere combatir, como hemos visto en este apartado. No obstante, estas reflexiones iniciales nos conducen a repensar sobre el derecho aplicable en la lucha contra el terrorismo.

Atentados terroristas del 11-S: ¿acto de guerra?

Las manifestaciones de violencia que actualmente se producen en varias partes del mundo y suelen ser calificadas de "actos terroristas", son perpetradas por grupos no estatales fuera del contexto de un conflicto armado. Como decíamos en la primera parte, el derecho internacional humanitario es el ordenamiento del derecho internacional que se aplica cuando la violencia armada alcanza el nivel de un conflicto armado, sea internacional o no internacional. Por lo tanto, las normas del DIH son aplicables solo en dicho contexto bélico y veremos en detalle posteriormente, cual es su competencia en materia de actos terroristas.

No obstante ello, indudablemente los atentados del 11 de septiembre, mediante sus ataques indiscriminados contra la población civil y realizados a gran escala, constituyen una negación de los dos principios fundamentales que el derecho internacional humanitario reconoce como régimen jurídico. En este sentido, el DIH

prohíbe – tanto para los conflictos armados internacionales como no internacionales- los ataques contra civiles, así como actos o amenazas cuyo objetivo sea aterrorizar a la población civil. En vistas a lo expuesto, en este apartado se analiza si los ataques del 11-S constituyen un *acto de guerra* que haya dado comienzo a un conflicto armado – de carácter internacional o interno- en el sentido que el DIH define a los mismos.

Un **conflicto armado es internacional** si se desarrolla entre “*Altas Partes Contratantes*” (Art. 2 común a los Cuatro Convenios de Ginebra), noción que contempla un conflicto entre dos o más Estados, o Estados y movimientos de liberación nacional. Las normativas que regulan los conflictos armados internacionales es la parte más desarrollada del derecho de la guerra, plasmadas especialmente en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

Desde un punto de vista jurídico la cuestión se centra en si el comportamiento de un actor no estatal como la red terrorista Al Qaeda⁴⁶ puede ser atribuido a un estado, en nuestro caso, el estado afgano. Estas cuestiones de atribución de un acto ilícito a un estado están regidas por las reglas relativas a la responsabilidad internacional del Estado, que define las modalidades y las consecuencias de una violación al DIP.

El 26 de julio de 2001 y después de 40 años, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas⁴⁷ aprobó el “*Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*”, denominadas *reglas secundarias*⁴⁸, que luego fue adoptado por la Resolución 56/83 del 28 de enero de 2002 por la Asamblea General de la ONU.

En primer lugar, es interesante notar que los Talibanes solo eran reconocidos como legítimos gobernantes en el 2001, cuando sucedieron los ataques de septiembre, por Paquistán y los Emiratos Árabes Unidos. Los demás Estados aun reconocían como gobierno legítimo al del presidente Rabbani, expulsado de Kabul en 1996, el cual -a pesar de ser el representante de Afganistán ante la ONU- solo controlaba a la fecha el 10% del territorio mientras los Talibanes controlaban el 90%. De todas formas, los Talibanes formaban parte del gobierno de facto del estado

⁴⁵ GASSER, Hans- Pete. “Acts of terror...”. Op. Cit. Pág. 553.

⁴⁶ El grupo terrorista Al Qaeda reconoció haber perpetrado los ataques del 11-S en suelo norteamericano.

⁴⁷ De ahora en adelante, CDI (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas).

⁴⁸ Esta codificación de las llamadas normas secundarias de derecho internacional se aplica a violaciones de todas las normas primarias, excepto “en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la

afgano, y por ende, “un estado es responsable por el comportamiento de un gobierno de facto de este tipo”.⁴⁹

Ahora bien, si analizamos los atentados del 11- S, a la luz de dicha Resolución sobre “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, un Estado solo responde por el comportamiento de sus *órganos* (Art. 4⁵⁰) y no es responsable por el comportamiento de *actores no estatales* que actúan bajo su jurisdicción y en su territorio, *salvo* si estos actores se encuentran habilitados para “ejercer prerrogativas del poder público” (Art. 5⁵¹).

La red Al Qaeda constituía al momento de los atentados un actor no estatal y según la bibliografía analizada no hay una disposición en el derecho interno afgano que le conceda el status de *órgano* dentro del estado. Cabe cuestionar entonces si la red Al Qaeda se ajusta a los requisitos de la excepción, es decir, si puede ser considerada como actor no estatal pero dotada de ciertos atributos o competencias dentro del Estado afgano al mando del gobierno talibán, con un cierto control de asuntos públicos del estado. En tal sentido, tampoco hay una disposición interna, explícita o implícita, que delegue tal atributo al grupo terrorista.

Por otra parte, según el Art. 8 de la Resolución sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, “*se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento*”. Por tanto, cabe cuestionar si la red Al Qaeda actuaba bajo instrucciones del gobierno talibán y en caso de que efectivamente así fuera, que grado de control tenía sobre el accionar del grupo terrorista.

Con respecto a este punto, la gran cantidad de bibliografía que ha proliferado sobre el tema, retoma dos fallos precedentes. El primero de ellos es el caso *Nicaragua c. Estados Unidos*, donde se acusa a Estados Unidos de apoyar a los *contras*, movimiento insurreccional nicaragüense que cometió actos terroristas en los años 80.

responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional”. Art. 55 de la Res. 56/86 de Naciones Unidas.

⁴⁹ Informe de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Nota 21. Pág. 159-160.

⁵⁰ Naciones Unidas A/RES/56/83. Art. 4: “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

⁵¹ Naciones Unidas A/RES/56/83. Art. 4: “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del

La Corte Internacional de Justicia consideró en este caso, que no disponía de información suficiente para atribuir a Estado Unidos los actos cometidos por los *contras*, “a pesar de ser preponderante o decisiva la participación de Estados Unidos en la organización, formación, equipamiento, financiamiento y aprovisionamiento de los *contras*, en la selección de sus objetivos militares o paramilitares y en la planificación de todas sus operaciones”.⁵² La Corte requirió en este caso un control *concreto* del comportamiento contrario al derecho internacional, considerando que las pruebas con las que contaba, no eran concluyentes y no demostraban un control efectivo. “En consecuencia, juzgó las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por los *contras* según las reglas aplicables a los conflictos armados no internacionales.”⁵³

Si bien los ataques del 11- S pueden no haber sido ejecutados bajo el “*control efectivo*” de los Talibanes, el fallo *Tadic* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), considera que es suficiente que un estado tenga un “*control general*” sobre una entidad no estatal para atribuirle comportamientos de esta última. Según esta concepción, el TPIY juzgó según el DIH de los conflictos armados internacionales los actos cometidos por serbios de Bosnia que estaban bajo el control general de la República Federal de Yugoslavia. Considerando este fallo, se podría decir que los talibanes efectivamente ejercían un *control general* sobre la red Al Qaeda, pues según la nota N° 38 de la Resolución 1267 de 1999 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, los talibanes estaban al tanto de la presencia de Osama Bin Laden en el país y tenían conocimiento de las actividades que realizaba el grupo en suelo afgano⁵⁴. Empero, esto no significa que los Talibanes hayan tenido información y previo conocimiento acerca del plan de ataque terrorista a los Estados Unidos.

Como vemos, el debate no es sencillo y se deben considerar numerosas aristas a fin de no caer en un análisis sesgado o determinista. A estos fines, otro punto esencial a considerar es el “deber de diligencia”, o deber de “hacer respetar” que tiene un Estado a fin de evitar comportamientos contrarios al derecho internacional humanitario, así como de enjuiciarlo y sancionarlo si ocurre. El artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, establece una norma de la diligencia debida por lo que

poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”.

⁵² Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), 1986. C.I.J. Párrafo 1.

⁵³ SASSOLI, Marco. “La guerra contra el terrorismo, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”. Publicado en "Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas", Lecciones y Ensayos n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 549 a 583. CICR ref. T2003.49/0003.

respecta a los agentes privados si éstos están bajo la jurisdicción de un Estado: “*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias.*”⁵⁵ Los talibanes habían sido advertidos de las actividades que estaba realizando Al Qaeda en su territorio mediante la mencionada resolución del Consejo de Seguridad que había condenando ya en 1999 “el hecho de que terroristas continúen siendo recibidos y entrenados y que se preparen actos de terrorismo en territorio afgano (...) y que los Talibanes sigan dando refugio a Osama Bin Laden y permitiéndoles utilizar a Afganistán como base”⁵⁶. Los Talibanes hicieron caso omiso de esta resolución y continuaron albergando Bin Laden y a los miembros de su organización.

Marco Sassoli,⁵⁷ quien realiza un interesante trabajo al respecto, considera sin embargo que esta violación del deber de diligencia por parte de Afganistán no es suficiente para desencadenar la aplicabilidad del derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales, porque Afganistán “al no impedirle a Osama Bin Laden planificar en su territorio ataques contra Estados Unidos, no tomó parte en las hostilidades, sino que violó su deber de diligencia”.⁵⁸

Por último, debemos añadir que el Estado afgano no reconoció autoría (ni material ni intelectual) sobre los ataques del 11-S. Según las reglas sobre la responsabilidad de los Estados, un Estado puede atribuirse con posteridad al hecho, un comportamiento de una entidad no estatal, del cual no era responsable en el momento en que fue cometido, si lo reconoce y lo adopta como suyo más tarde.⁵⁹ No he encontrado información que verifique tal reconocimiento por parte del estado afgano.

Por todas las razones analizadas, los ataques del 11-S no pueden ser concebidos jurídicamente como un acto de guerra emitido por el estado afgano.

Por su parte, si los atentados del 11-S no se inscriben dentro de la categoría de conflicto armado internacional, resulta también discutible considerar a los atentados terroristas del 11-S como **conflicto armado no internacional**. En primer lugar, aunque las reglas aplicables a los conflictos armados no internacionales se encuentran plasmadas en el Art. 3 común a los Convenios de Ginebra y en el Protocolo II de 1977,

⁵⁴ Resolución UN S/RES/1267 (1999).

⁵⁵ Artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁵⁶ Naciones Unidas A/RES/1267/99 (nota 20).

⁵⁷ Profesor de derecho internacional en la Universidad de Québec, en Montreal, Canadá. Anteriormente, fue delegado del CICR, jefe de delegación y jefe de la División Jurídica del CICR.

⁵⁸ SASSOLI, Marco. “La guerra contra...” Op. Cit. Pág. 560.

⁵⁹ Naciones Unidas A/RES/56/83. Art. 11.

no debemos perder de vista que Estados Unidos forma parte del primero pero no del segundo. Lo mismo con respecto a Afganistán.

De todas maneras, dado que el derecho internacional humanitario se aplica a determinados conflictos armados entre Estados y actores no estatales, a continuación se realiza una evaluación de los criterios específicos aplicables a los conflictos armados no internacionales, a fin de analizar la competencia de las normas de los conflictos armados no internacionales a los ataques del 11-S.

- **Identificación de las partes (*ratione personae*)**

La identificación de las partes en un conflicto es un requerimiento esencial para la aplicación del DIH. En los conflictos armados sin carácter internacional se enfrentan, en el territorio de un mismo Estado, las fuerzas armadas regulares y grupos armados disidentes, o grupos armados entre sí.

El concepto de “parte” implica un mínimo nivel de organización para ser una entidad sujeta a derechos y obligaciones.⁶⁰ Decíamos *ut supra* que el “terrorismo” no puede ser una parte identificable en un conflicto. Un grupo terrorista, en cambio, sí puede ser considerado como una parte en un conflicto armado, pero la falta de consenso acerca de las características que debe tener un grupo para ser identificados como “grupo terrorista”, complejiza la problemática.

Los Comentarios del CICR sobre el Artículo 3, considera que la parte beligerante contra un gobierno *de jure* debe poseer una fuerza armada organizada⁶¹, una autoridad responsable por sus actos, actuar dentro de un determinado territorio y tener la intención de respetar el DIH. Así mismo expresa que el gobierno atacado debe haber reconocido a los insurgentes como beligerantes y los mismos deben tener una organización con características semejantes a un estado. Tal como señala Human Rights Watch, “siendo una red dispersa de individuos y grupos que supuestamente están operando en sesenta países, es difícil que al-Qaeda cumpla estos requisitos, al menos fuera de las fronteras de Afganistán”.⁶²

⁶⁰ RONA, Gabor. “Interesting Times...”. Op. Cit. Pág. 60.

⁶¹ Los Comentarios publicados por el CICR sobre el Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, referente a los conflictos armados no internacionales, señala que las hostilidades deben enfrentarse a fuerzas armadas para ser considerado un conflicto armado no internacional: “hay que admitir que los conflictos a los que se refiere el artículo 3 son conflictos armados caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan fuerzas armadas. En suma, nos encontramos ante un conflicto que presenta muchos de los aspectos de una guerra internacional, pero que se libra en el interior de un mismo Estado”. Es muy poco probable que podamos considerar a los 19 miembros suicidas implicados en estos ataques actuando como fuerza armada.

⁶² Human Rights Watch. “Temas legales...”. Op. Cit.

Los ataques de Al Qaeda, que no conforma un estado, ni una nación, ni un grupo beligerante o insurgente no pueden ser considerados como un “*acto de guerra*” al menos que un gobierno haya estado involucrado en la dirección y control de su accionar, configurando un conflicto armado internacional, caso analizado y refutado en el anterior apartado.

- **Identificación de Territorio (*ratione loci*)**

El Art. 3 común a los Convenios de Ginebra dice expresamente que un conflicto armado no internacional debe ocurrir “en el territorio” de una de las Altas Partes Contratantes. El mismo versa: “*En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de...*”.

Los ataques en suelo norteamericano, siendo éste país parte contratante de los Convenios de Ginebra, activarían la aplicación de dichas disposiciones en lo referente a los conflictos no internacionales.

El Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, por su parte, agrega otro elemento que es el referido al control del territorio. Su ámbito de aplicación (Art. 1.1) se limita a “*los conflictos que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”.⁶³ Se desprende de aquí, que el conflicto no solo debe desenvolverse en el territorio de una alta parte contratante – como enunciaba el Art. 3 común a los Convenios de Ginebra- sino que el grupo insurgente debe ejercer cierto tipo de control sobre el territorio

Como decíamos con anterioridad, Estados Unidos no forma parte del mencionado protocolo, y si lo fuera, es poco probable que Al Qaeda haya ejercido un control sobre territorio norteamericano que le hubiera permitido mantener operaciones militares sostenidas.

- **Identificación del comienzo y fin de un conflicto armado (*ratione temporis*)**

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como para la Corte Penal Internacional, “los actos hostiles deben ser *prolongados* para que una situación pueda ser calificada de conflicto armado. De hecho, el Tribunal para la ex Yugoslavia específicamente esgrimió este requisito para excluir de la aplicación del derecho humanitario a los actos de terrorismo”⁶⁴.

Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera suficiente para activar la aplicación del DIH, un intenso acto de violencia aunque de *breve* duración.⁶⁵ En este sentido, para la Comisión Interamericana, basta la intensidad más allá de la duración del acto hostil. Con respecto a los ataques del 11-S, los mismos causaron daños de gran intensidad pero fueron perpetrados en pocos minutos. Por lo tanto no puede ser calificado de conflicto armado si consideramos la jurisprudencia del TPIY, pero si lo sería en el enfoque de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Como vemos, el DIH se aplica con efectividad a determinados conflictos armados entre Estados y actores no estatales, tales como los insurgentes de una guerra civil. El Comité Internacional de la Cruz Roja, en sus Comentarios al Artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, afirma que un conflicto en el que participe un grupo rebelde equivale a un conflicto armado regido por el derecho internacional humanitario en la medida en que dicho grupo esté organizado, tenga un mando al frente, actúe en un determinado territorio y sea capaz de respetar y garantizar el respeto al derecho humanitario. No obstante, la cuestión se complejiza cuando dichos grupos carecen de dichas características, como veíamos en el caso de Al Qaeda.

Por todas las razones analizadas, los ataques del 11-S no pueden ser concebidos jurídicamente como un conflicto armado – ni de carácter internacional ni interno- y por ende, la aplicación del derecho internacional de los conflictos armados no es activada en este caso.

Conclusión parcial

Los actos de terrorismo, concebidos como forma de combate en el marco de una situación de violencia armada, están orgánicamente vinculados con las reglas que

⁶³ Art. 1.1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

⁶⁴ RONA, Gabor. “Interesting Times ...”. Op. cit.

⁶⁵ CASE, Abella. “ Inter-american Comisión on Human Rights”. Report N^o 55/97. Case N^o 11.137. November 18,1997. Pág. 155-156.

norman el derecho internacional de los conflictos armados. Esto no significa que los actos terroristas como los cometidos el 11 de septiembre de 2001, *ut supra* analizados no estén sujetos a la aplicación de un ordenamiento jurídico. Si bien el derecho internacional humanitario no es aplicable a este tipo de actos, los actos terroristas cometidos fuera del ámbito de un conflicto armado incumben al derecho nacional y al derecho internacional público, y no a la rama específica del DIP concerniente al derecho internacional de los conflictos armados.

Por tanto, en *el marco de la lucha contra los actos de terrorismo*, el ejercicio de jurisdicción respecto de personas que presuntamente han cometido tales actos en tiempos de paz, o fuera del contexto de un conflicto armado internacional o no internacional, están protegidas por el derecho interno de los Estados y por el derecho internacional de los derechos humanos, gozando de las garantías judiciales que prevén esos ordenamientos jurídicos. A nivel interno se recurrirá a la recolección de información de inteligencia, la cooperación policial y judicial, la extradición, las sanciones penales, las investigaciones financieras, el congelamiento de activos, entre otras medidas.

PARTE III

Los Actos de Terrorismo en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados

Instrumentos formales del Derecho Internacional Humanitario. Actos terroristas cometidos en el contexto de un conflicto armado.

Debate sobre la necesidad de aggiornar el DIH Posturas a favor y en contra.

El comienzo de la Operación Libertad no llegó hasta 26 días después de los atentados del 11 de septiembre, tras reiteradas negativas del régimen talibán a entregar a Bin Laden, acusado de haber instigado los ataques del 11-S. El 7 de octubre de 2001, Estados Unidos bombardeó Afganistán con ayuda de Gran Bretaña, plenos poderes del Congreso de su país y el apoyo unánime de sus aliados.

Estados Unidos justificó su intervención militar en Afganistán bajo el amparo del Art. 51 de la Carta de Naciones, es decir bajo el *jus ad bellum* a título de legítima defensa. La Carta de las Naciones Unidas restringe el uso de la fuerza por parte de los Estados en sus disputas internacionales, pero permite que un estado haga uso del recurso de legítima defensa individual o colectiva, o bien recurra a una autorización del Consejo de Seguridad para combatir las agresiones o amenazas a la paz y seguridad internacional.

Al margen de la legitimidad o no de la acción militar liderada por los EE.UU. contra Afganistán, lo cierto es que el CICR recordó a ambas partes en conflicto sus obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario, pues a pesar del no reconocimiento del gobierno talibán por parte de Estados Unidos, el mismo constituía el gobierno de facto de Afganistán en el momento del inicio de las hostilidades, configurando entonces un verdadero conflicto armado internacional entre “*Altas Partes contratantes*”.

Ya se ha señalado que tanto los Estados Unidos como Afganistán son estados parte de los Convenios de Ginebra de 1949 y ambos Estados están vinculados también a las disposiciones del derecho consuetudinario en lo referente al derecho de la guerra, ampliamente reconocido en la comunidad internacional. A pesar de que ninguno de los dos beligerantes suscribió el Protocolo I relativo a los conflictos armados internacionales, al menos “Estados Unidos reconoce muchas de sus disposiciones como reflejo del derecho consuetudinario internacional. Además, en virtud de su firma (pero no-ratificación), está obligado con arreglo al derecho internacional, a evitar las acciones que pudieran poner en peligro las garantías de dicho tratado”⁶⁶.

Al margen del caso específico del conflicto en Afganistán, cuando se producen actos terroristas en tiempos de guerra o en el contexto de un conflicto armado, la rama pertinente del derecho internacional en la cual se deben buscar las reglas sobre su accionar, es precisamente en el derecho internacional de los conflictos armados, por ser el *corpus iuris* que regula el uso de la fuerza.

A continuación, se analizan los tratados principales de DIH vigentes y el alcance de los mismos en materia de terrorismo. Solo luego de verificar si efectivamente el régimen legal vigente de DIH contempla al fenómeno del terrorismo o si por el contrario, existe un vacío legal al respecto, podremos hacer un análisis, en la segunda parte de esta sección, acerca de las diversas opiniones de los juristas en torno a la necesidad o no de revisar las leyes de la guerra a fin de adaptarlas a los cambios del complejo sistema internacional del siglo XXI.

El terrorismo en los Instrumentos del DIH

Ya en el siglo XIX, a partir de las primeras propuestas de codificación de las leyes y usos de la guerra, como las celebres Instrucciones de Lieber de 1863⁶⁷, se

⁶⁶ Human Rights Watch. “Temas legales...”. Op. Cit. Pág. 10

⁶⁷ El Código de Lieber, que entró en vigor el mes de abril de 1863, fue el primer intento de codificación de las leyes y costumbres de la guerra que existían en aquella época. Pero,

observa una preocupación respecto de los actos de terrorismo. Sin embargo, así como no hay una definición de terrorismo aceptada universalmente, tampoco hay un tratado universal que prohíba los actos terroristas y sea aplicable en todas las circunstancias.

Los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales hacen alusión específicamente a los actos de terrorismo contra diversos objetivos: contra personas o propiedades civiles, contra miembros de las fuerzas armadas, contra miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate.

En el caso de los **conflictos armados internacionales**, en lo referente a los *actos de terrorismo cometidos contra personas o propiedades civiles* durante un conflicto armado internacional, encontramos dos referencias en la normativa del DIH:

- En el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Artículo 33 - Responsabilidad individual, castigos colectivos, pillaje, represalias.

No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de **terrorismo**⁶⁸. Está prohibido el pillaje. Están prohibidas las medidas de represalia contra las personas protegidas y sus bienes.

Sin embargo, en la forma en que es utilizado el término “terrorismo” en el Art. 33 del IV Convenio de Ginebra de 1949, no parece responder a los efectos actuales del término⁶⁹, pues dicho artículo se refiere a situaciones donde una persona civil cae prisionera en manos del enemigo y corre el peligro de transformarse en una víctima de “medidas de intimidación o de **terrorismo**”, como señala el mencionado artículo.

- En el Artículo 51, inciso 2 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977.

2- Protección de la población civil

contrariamente al primer Convenio de Ginebra, aprobado un año más tarde, ese Código no tenía valor de tratado, ya que estaba destinado únicamente a las fuerzas nordistas de los Estados Unidos de América que luchaban en la Guerra de Secesión. www.cicr.org

⁶⁸ Es la única vez que se usa la palabra “terrorismo” en los cuatro Convenios de 1949.

⁶⁹ SASSOLI, Marcos. “La guerra contra...”. Op. Cit.

No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea **aterrorizar a la población civil**.

En el inciso 4 del mismo artículo 51, se prohíben asimismo los ataques indiscriminados en el estado de guerra:

4. Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados:
- a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
 - b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
 - c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil.

Sin duda, estas reglas prohíben los actos de terrorismo dirigidas contra civiles⁷⁰, pues la “*finalidad principal*” de dichos actos es precisamente “*aterrorizar a la población civil*” (Art. 51.2 Protocolo I). Asimismo, la amenaza del uso de la violencia para generar terror entre los civiles también está prohibida, pues dicha amenaza o intención, es uno de los elementos definitorios de los actos terroristas.

Se observa entonces que los actos de terrorismo que causen daño a los civiles o propiedades de civiles, son claramente prohibidos por el DIH moderno, y por consiguiente, son penados. Al respecto, el Art. 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de los civiles en tiempo de guerra, tipifican las responsabilidades de las partes por infracciones graves, es decir, las sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, infracciones graves sancionadas por el Convenio.

En cuanto a los *miembros de las fuerzas armadas*, la protección legal contra actos de terrorismo no es tan precisa. En primer lugar, porque básicamente se trata de un conflicto armado, donde las fuerzas armadas de las partes tienen permitido atacar a su enemigo y viceversa. “Lo que constituye un acto de terrorismo en un contexto civil,

⁷⁰ Incluso el Art. 85.3 del Protocolo I señala expresamente que “se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos que tengan como objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil.”

puede constituir un acto legítimo de guerra cuando es llevado a cabo contra el enemigo”.⁷¹ Sin embargo, una de las reglas fundamentales de los métodos y medios de guerra es que “*en todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado*”⁷², quedando prohibido también el empleo de armas, proyectiles, y métodos de hacer la guerra que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. Algunos actos de terrorismo, bien podrían equiparse a la perfidia, como “*actos que, apelando a la buena fe de un adversario... (tienen la)...intención de traicionarla*” (Art. 37.1 del Protocolo I).

Con respecto a los *miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa*, los Convenios de Ginebra I y II en sus respectivos Artículos 12.2 sostienen que “*los miembros de las fuerzas armadas, que estén heridos o enfermos, habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias*”. Infracciones graves contra personas protegida por el Convenio I y II constituyen graves crímenes de guerra. Lo mismo ocurre con los prisioneros de guerra amparados bajo el Convenio III, los cuales deben ser tratados con humanidad en toda circunstancia. Con respecto a este punto en particular, volveré mas adelante en el caso de estudio.

Por último, el Art. 1.4 del Protocolo I declara que los conflictos entre Estados y *movimientos de liberación nacional* son también conflictos armados internacionales, por lo tanto todo el cuerpo legal aplicable a los conflictos armados internacionales, incluido la legislación en materia de terrorismo, también se aplica para los casos en que dichos movimientos contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Si nos referimos ahora a las **conflictos armados no internacionales**, donde una de las partes no es un estado, ya hemos mencionado que el Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II de 1977, son los dos instrumentos aplicables a este tipo de conflictos internos. Las normas que prohíben los actos de terrorismo en los conflictos armados no internacionales son básicamente las mismas que las aplicables en los conflictos armados internacionales.

El Art. 3 común a los Convenios de 1949, prohíbe tácitamente los actos de terrorismo sin necesariamente utilizar la palabra “terrorismo”. Vale la pena transcribir dicho artículo en su totalidad:

⁷¹ GASSER, Hans- Peter. “Acts of terror...”. Op. cit. Pág. 557.

“Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

El artículo es claro en destacar que la población civil no puede ser objeto de castigos colectivos que manifiestamente crean un estado de terror.

Por su parte, el Protocolo II en su Art. 4.2, complementa las disposiciones del Art. 3, condenando los “actos de terrorismo” o la amenaza de realizarlos:

“...están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar...

a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física (...)

c) la toma de rehenes;

d) los actos de terrorismo;

e) los atentados contra la dignidad personal (...)

f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;

⁷² Art. 35.1 del Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

g) el pillaje;

h) las amenazas de realizar los actos mencionados".

Asimismo, al igual que como mencionáramos con respecto al Protocolo I, el Protocolo II también sanciona en su Art. 13 los ataques a civiles, quedando prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. A diferencia del caso de los conflictos armados internacionales, en los conflictos de carácter interno ni el Protocolo II ni el Art. 3 común a los Convenios de Ginebra contienen responsabilidades penales para quienes violen las leyes de los conflictos armados no internacionales como lo si lo hace el Art. 35 con respecto a los conflictos de carácter internacional. Es de competencia de los tribunales nacionales dicha sanción (Art. 6 Protocolo II, Diligencias penales) aunque también los tribunales internacionales pueden intervenir en los casos de crímenes de guerra cometidos en el contexto de conflictos internos, toda vez que el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha fallado que los crímenes más aberrantes cometidos durante un conflicto armado no internacional, serán considerados como crímenes internacionales.⁷³ Más específicamente, el Art. 20 del Borrador *del Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad* de 1986 del Comité de Derecho Internacional de la ONU,⁷⁴ expresa que los actos de terrorismo cometidos en conflictos no internacionales son crímenes de guerra. Es por ello, que en situaciones de conflicto armado el hecho de describir a los actos de violencia deliberados contra civiles o contra bienes de carácter civil como "terroristas" no tiene significación jurídica alguna⁷⁵, pues esos actos ya constituyen crímenes de guerra por desarrollarse en el contexto de un conflicto armado.

Un punto a destacar es que tanto el Art. 1.2 del Protocolo I como el cuarto párrafo del Protocolo II hacen alusión a la **Cláusula Martens**, la cual sentencia que *"en los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el*

⁷³ Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case Nº IT- 94- AR 72, ICTY Appeals Chamber, 2 October 1996.

⁷⁴ Draft code of crimes against the peace and security of mankind. International Law Commission. UN. El Artículo 20 titulado "War crimes" los define como "Any of the following war crimes constitutes a crime against the peace and security of mankind when committed in a systematic manner or on a large scale" entre los que enumera en su inciso (iv) "acts of terrorism."

⁷⁵ Informe del CICR. "Derecho internacional humanitario y terrorismo: respuestas a preguntas clave". 5-05-2004 www.circ.org

*imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.*⁷⁶

Esta cláusula continúa sirviendo de advertencia contra la suposición de que lo que no esté expresamente prohibido por las Convenciones de Derecho Internacional Humanitario pudiera estar permitido; todo lo contrario, la cláusula Martens sostiene la aplicabilidad continuada de los principios del derecho de gentes, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública, independientemente del surgimiento de nuevas situaciones. La cláusula Martens impide, pues, el *non liquet*, y ejerce un rol importante en la hermenéutica de la normativa humanitaria.

Conclusión parcial

Lejos de presentar un vacío legal con respecto a los actos de terrorismo la legislación internacional que brinda el DIH prohíbe dichos actos o la intención de cometerlos mediante la amenaza. Los actos de terrorismo constituyen graves violaciones al derecho internacional humanitario y son prohibidos sin excepción ni reserva.

Los combatientes, civiles y detenidos en relación con un *conflicto armado internacional*, librado entre unidades estatales en el marco de la lucha contra el terrorismo, están protegidos por el derecho internacional humanitario. Por su parte, los combatientes, civiles y detenidos en relación a un *conflicto armado no internacional*, librado en el marco de la lucha contra el terrorismo, están protegidas por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, el Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, las normas pertinentes del derecho internacional humanitario consuetudinario, las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho nacional propio de los Estados. Es importante remarcar que las reglas del DIH aplicables a los conflictos armados no internacionales, otorgan derechos y obligaciones a actores no estatales. Dichos grupos deben adaptar su conducta a las reglas que prohíben los actos terroristas, de las que di cuenta a lo largo de este apartado En particular las represalias contra civiles son prohibidas en toda circunstancia. Asimismo, los terroristas están bajo protección de las normas que regulan los conflictos armados ya sean miembros de una fuerza

⁷⁶ La Cláusula Martens debe su nombre al jurista ruso que la propuso. Se halla en el preámbulo del IV Convenio de la Haya sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, en virtud de la cual las Partes hacen constar “que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre

armada o civiles (combatientes ilegales). Si son detenidos o capturados, cualquiera sea el motivo, deben ser tratados de acuerdo a las provisiones del III y IV Convenio de Ginebra respectivamente, en especial, deben ser respetadas las reglas referentes a los regímenes de detención así como sus garantías judiciales.

Como las mismas normas del DIH y el derecho de gentes señalan, la vigencia de las concesiones humanitarias no dependen de su mera estipulación jurídica, sino de la conciencia de los pueblos del mundo, de lo cual es claro ejemplo la cláusula Martens, cuya introducción permite eventualmente colmar las lagunas que pudieran existir en el derecho vigente con respecto a los actos de terrorismo.

DICOTOMIA JURIDICA

El Derecho Internacional Humanitario en la encrucijada

Como todos los tratados internacionales, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales son fruto de su época. Reflejan la concepción de los tiempos en que fueron redactados, acerca de la naturaleza de la guerra y los lineamientos de la política internacional en respuesta a ellos.

El devenir de los conflictos armado fue, y sigue siendo, esencial en el desarrollo y codificación del derecho humanitario internacional. Durante la Primera Guerra Mundial (1914-1918) se recurre a métodos de guerra no tradicionales hasta entonces, como el empleo de gases, bombardeos aéreos, captura de prisioneros de guerra, entre otros. Los tratados de 1925⁷⁷ y 1929⁷⁸, son fruto de esa evolución. Durante la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), “se registra la misma proporción de civiles y de militares muertos, mientras que la proporción era de uno contra diez en 1914-1918.”⁷⁹ En vistas a este trágico desequilibrio, en 1949 la comunidad internacional revisa los Convenios vigentes y aprueba los Convenios I, II, III y IV.

Más adelante, en 1977, frente a la apremiante necesidad de contar con un régimen legal que regulara y limitara la violencia en las guerras de liberación nacional y guerrillas, surgen los Protocolos I y II de 1977, respondiendo a las consecuencias de

naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. En DIEZ DE VELASCO, M. “Instituciones...”. Op. Cit. Pág. 846.

⁷⁷ Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.

⁷⁸ Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1906. Con respecto al trato de los prisioneros de guerra se desarrollaría en 1949 el III Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra.

⁷⁹ www.cicr.org

índole humanitaria que implicaban este tipo de conflictos, cubiertos en forma imperfecta por los Convenios de 1949.

Desde esta última actualización, el mundo ha cambiado vertiginosamente y la naturaleza de los conflictos tampoco es la misma. Los Convenios de la Haya, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, si bien es cierto que son los más importantes, no son los únicos tratados del DIH. Están en vigencia tratados anteriores y posteriores como el Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales de 1980, o el Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra de 2003, por nombrar algunos.

Ante la actual coyuntura internacional y especialmente tras los atentados del 11-S, se ha planteado desde la doctrina un interesante debate en torno a la necesidad o no de revisar la legislación vigente del derecho de la guerra. Así como los Protocolos adicionales de 1977 surgieron con el fin de actualizar este cuerpo normativo y adaptarlo a las nuevas formas de conflictos ocurridas desde 1949, cabe cuestionarnos entonces si los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra Estados Unidos y la “*guerra contra el terrorismo*” que se desencadenó a consecuencia, señalarían un nuevo corte histórico para el derecho internacional humanitario.

¿Actualizar las normas del Derecho Internacional Humanitario?

La cuestión básica sobre la que gira el debate es precisamente cual es el rol del derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo. Encontramos posturas a favor y en contra acerca de las implicancias que generaría una actualización de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales - instrumentos formales más esenciales del DIH y cuya adhesión es prácticamente universal - o la creación de un tercer protocolo.

En lo referente a las **normas** del DIH, para los *reformistas* es momento de revisarlas a fin de adaptarlas a los desafíos del siglo XXI, pues consideran dichas normas incompatibles con los conflictos de los nuevos tiempos, dando lugar a un “vacío legal” con respecto a la llamada “*guerra antiterrorista*”. En este sentido, para esta rama de la doctrina las leyes de la guerra son en gran medida ajenas al actual contexto de aplicación y una nueva ronda de codificación sería tan importante para responder al terrorismo como la conferencia diplomática del CICR en 1977 lo fue para responder a la dominación colonial y los conflictos internos. Bajo esta concepción, las normas básicas del DIH están superadas y resultan obsoletas para hacer frente a las

nuevas amenazas que jaquean la seguridad y estabilidad del sistema internacional e incluso argumentan que los Convenios de Ginebra no fueron negociados para aplicarse a conflictos armados de la actual naturaleza.⁸⁰ “Los Convenios de Ginebra no son las tablas hechas para la eternidad (...), con Al Qaeda estamos entrando en una zona gris del derecho internacional humanitario. El derecho deberá ajustarse a esta evolución de la naturaleza de la guerra”⁸¹.

Estas afirmaciones implican que el DIH no está lo suficientemente “equipado” para hacer frente al fenómeno terrorista ya que sus normas regulan conflictos entre: estado- estado, estado- movimientos de liberación y estado-grupos insurgentes. De acuerdo a esta postura, dado que los Convenios de 1949 y sus Protocolos de 1977 no prevén conflictos entre *estado- grupos terroristas* en sus respectivos ámbitos de aplicación⁸², entonces los mismos deben ser modificados.

Contra esta aseveración, el Profesor de Derecho de la Universidad de Texas, Steve Ratner, sostiene que el Art. 1 del Protocolo I de 1977 el cual enuncia la Cláusula Martens, flexibiliza la cuestión, pues bajo este inciso podemos inferir que las disposiciones del Protocolo si se aplican a la “guerra contra el terrorismo”.

Por su parte, Gabor Rona, especialista de la Cruz Roja, señala también que la concepción reformista es errónea, pues que los Convenios de Ginebra y sus Protocolos no *anticipen* los conflictos armados entre Estados y grupos transnacionales terroristas, no significa que no puedan *ajustarse* al nuevo contexto. Su argumento es que las normas existentes del derecho humanitario son apropiadas y suficientes cuando se desata un conflicto armado con un grupo terrorista como parte beligerante, y que asimismo es correcto y necesario que el derecho humanitario no se ajuste a la “guerra contra el terrorismo” cuando la misma no implica un conflicto armado.⁸³ La razón de esta premisa es que las normas del DIH tienen como esfera de aplicación precisamente los conflictos armados, internacionales o no internacionales, esta es su función sustancial: minimizar los sufrimientos innecesarios regulando la conducción de las hostilidades y el trato a los combatientes detenidos por alguna de las partes.

En otras palabras, cuando la lucha contra el terrorismo no implica la existencia de un conflicto armado, no significa que el derecho humanitario es inadecuado, sino que su *aplicación* es inadecuada. “Las críticas de quienes claman que el derecho humanitario no abarca la “Guerra contra el Terrorismo” en el sentido amplio y retórico

⁸⁰ WEDGEWODD, R. “ Personal View: Prisoners of a different war”. Financial Times, 30 de enero de 2002. En SASSOLI, Marco. “ La guerra contra...”. Op. Cit. Pág. 550.

⁸¹ HAZAN. P. “Le droit Humanitaire doit s’adapter”. Liberation, 30 de enero de 2002.

⁸² El ámbito de aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977 se encuentran respectivamente en el Artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra; Artículo 1 (4) de Protocolo I y Art. 1 del Protocolo II.

⁸³ RONA, Gabor. “Interesting Times...”. Pág. 57.

de la frase, tienen razón,” señala este especialista.⁸⁴ Pero su inaplicabilidad a ciertos aspectos de la guerra contra el terrorismo es un beneficio más que un obstáculo, pues son otros regímenes legales los que deben ser aplicados.

Quizás la frase que con mayor exactitud resuma la visión contraria a una reforma del régimen legal vigente es la pronunciada por el propio presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, Jakob Kellenberger: "ninguna guerra está por encima del derecho internacional".⁸⁵

Otro de los puntos en cuestión dentro de este debate doctrinario, es el referente a los **principios** del DIH, que como se ha señalado son pilares fundamentales del régimen internacional bajo análisis. Para los reformistas, en el marco de la “guerra contra el terrorismo” algunos principios del DIH ya no tienen vigencia, como el *principio de no-reciprocidad*.⁸⁶ El mismo sostiene que aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, la violación de tales normas no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal (Art. 44.2 del Protocolo I). Sin embargo, algunos juristas señalan que la naturaleza de las organizaciones terroristas, cuyo *modus operandi* incluye generalmente ataques a poblaciones civiles, son actos tan aberrantes que sus autores no merecen un trato más favorable que el mínimo indispensable cuando en el contexto de un conflicto armado perpetren actos terroristas. “¿Porque deberían los miembros de estos grupos ser beneficiados con algo más que un tratamiento consistente con las nociones básicas de humanidad?”⁸⁷ En tal sentido, se señala que si bien quienes en un estado de guerra cometen actos de terrorismo deben recibir un trato digno, deberían gozar solo de las garantías básicas que les confiere el Art. 75 del Protocolo I⁸⁸, que se aplica cuando no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del Protocolo. Asimismo, según esta postura no se les debe extender a los presuntos terroristas otras protecciones como los privilegios de los combatientes y el status de prisioneros de guerra, pues consideran que el derecho debería atender, ante todo, a las necesidades de seguridad

⁸⁴ RONA, Gabor. “Interesting Times ...”. Pág. 58.

⁸⁵ Kellenberger, Jakob. Artículo de prensa “Proteger la vida y la dignidad: “Ninguna guerra está por encima del derecho internacional”. Publicado en el periódico Le Monde el 20 de mayo de 2004 y en el Financial Times (Reino Unido) el 19 de mayo de 2004. www.lemonde.fr

⁸⁶ Exponente de esta argumentación es David Rieff. Ver RIEFF, David. “What is really at Stake in the US Campaign against terrorism”. Cirmes of war project. Septiembre 2002.

⁸⁷ RATNER, Steven. “Codyfing the...”. Op. Cit. Pág. 9.

⁸⁸ Protocolo Adicional I de 1977. Art. 75: “... las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable de...”.

de los Estados, y si se quiere poner término a los actos terroristas, se debe reducir la protección jurídica de las personas implicadas en este tipo de accionar.

La posición contraria a esta argumentación se ve reflejada en la posición del CICR. El presidente del Comité, Jakob Kellenberger, reconoce que “los cuerpos de derecho deben ser evaluados y desarrollados constantemente si se pretende que sean útiles. El derecho internacional humanitario no es una excepción a esta regla, y el CICR participa en debates con los gobiernos y con expertos para que ese ordenamiento jurídico siga siendo pertinente. Sin embargo, no aceptaremos jamás un debilitamiento de las disposiciones jurídicas destinadas a salvaguardar los derechos de las personas afectadas por conflictos armados.”⁸⁹

Otro principio que se cuestiona es el de *separación del jus ad bellum del jus in bello*, es decir, la independencia de las causas de un conflicto o causas que incentivaron el recurso a la fuerza, de las reglamentaciones de las hostilidades en sí. El DIH limita el uso de la violencia en los conflictos armados, *independientemente* de las causas en cuyo nombre es dirigido. Sin embargo, algunos especialistas se preguntan que ocurre cuando se trata de actores no estatales cuyo único objetivo es matar gente inocente y aterrorizar a la población.⁹⁰ En otras palabras, Al Qaeda no tiene como meta el control de un territorio, como si lo tienen por ejemplo otros grupos terroristas como el IRA (Ejército Republicano Irlandés) o grupos extremistas palestinos como Hamas, Jihad Islámica, entre otros. El objetivo de Al Qaeda se acerca más a la intención de cambiar mediante la amenaza y la extorsión, ciertos puntos de la agenda exterior de los países que atacan pero “también hay evidencia de que es simplemente el modo de vida practicado en estos países lo que Al Qaeda encuentra como una amenaza”⁹¹ para sus intereses. En este panorama, se plantea que extender la protección que brinda el DIH a este tipo de conflictos, sirve de *función legitimadora*, por tanto, en estos casos la separación entre *jus ad bellum* y *jus in bello* no es apropiada, sino que socava los mismos fundamentos del DIH⁹².

Frente a esta postura, el CICR señala que “está firmemente convencido de que la observancia del derecho internacional humanitario no constituye en modo alguno un obstáculo en la lucha contra el terror y el crimen. En virtud del derecho internacional humanitario, la potencia detenedora tiene derecho a enjuiciar a los prisioneros de

⁸⁹ Kellenberger, Jakob. Artículo de prensa. Op. Cit.

⁹⁰ RATNER, Steve. “Codifying ...”. Op. Cit. Pág. 3.

⁹¹ RATNER, Steven.”. Ibidem.

⁹² RATNER, Steven. Ibidem.

guerra acusados de haber cometido crímenes de guerra o cualquier otra infracción antes de las hostilidades o durante éstas".⁹³

Al respecto, Gabor Rona es claro en este punto: una cosa es cuando el derecho vigente es sobrepasado por los hechos y otra cuando es violado sistemáticamente y precisamente quienes lo pasan por alto pretenden justificar sus causales de obsolescencia. El derecho no debe ser modificado solo porque el mismo es violado abrumadamente.⁹⁴

Por último, otro argumento que esgrimen los analistas a favor de una revisión de las Convenciones y Protocolos, es que los mismos reflejan una concepción anticuada de lo que constituye un conflicto armado y quienes participan en los mismos, es decir, *combate y combatientes*. Según esta noción, como dijimos anteriormente, al concebir únicamente conflictos entre Estados vs. Estados, Estados vs. movimientos de liberación nacional y Estados vs. grupos insurgentes armados, las reglas de la guerra deberían ser adaptadas a la naturaleza de los nuevos tipos de conflictos armados y sumar una nueva categoría de conflicto entre estado- grupo terroristas.

Quienes objetan lo dicho anteriormente, consideran que ampliar la aplicación de las normas del DIH a cualquier situación donde una organización o individuo recurre al uso de la fuerza, "es confundir la distinción entre casos donde la ley permite matar y aquellas que lo prohíben."⁹⁵ Si se considera cada ataque a una instalación militar- incluso sin distinción entre blancos civiles y militares, que es el *modus operandi* de los grupos terroristas- de constituir un combate y sus perpetradores como combatientes, entonces el resultado es transformar cada acto de violencia en un acto de guerra, y a sus participantes en combatientes legales con derecho a ser amparados bajo los privilegios que tienen como tales, adquiriendo una *función legitimadora*.

Al respecto, un punto de especial importancia reviste la potencial consideración de los grupos terroristas como sujetos de derecho internacional, condición que no solo es propia de los estados y la cual abarca a los destinatarios de las normas jurídicas, las cuales le atribuyen derechos y obligaciones. Si bien no es objetivo de esta investigación detenerme a analizar un tema tan amplio como la subjetividad internacional, si es interesante remarcar que si bien los estados son los sujetos primarios y originarios del DIP, también transfieren poderes efectivos a otros sujetos como las Organizaciones Internacionales, quienes se convierten de esta manera en sujetos derivados con personalidad jurídica. Podemos mencionar al individuo como otro sujeto jurídico, pues está dotado de derechos y obligaciones impuestos por dicho

⁹³ Kellenberger, Jakob. Artículo de prensa. Op. Cit.

⁹⁴ RONA, Gabor. "Interesting Times...". Op. Cit.

⁹⁵ RATNER, Steven. "Codifying...". Op. Cit. Pág. 6.

ordenamiento internacional, así como a los pueblos, beligerantes y movimientos de liberación nacional, aunque la doctrina no es unánime en estos puntos. Las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), por su parte, son consideradas actores pero no sujetos del DIP, pues no poseen subjetividad jurídica pero sin duda ejercen gran influencia en las relaciones internacionales.

Considerando el gran protagonismo que han ganado los grupos terroristas en la arena internacional, cabe cuestionar entonces si son susceptibles de adquirir derechos y deberes como sujetos jurídicos. Al respecto, debemos considerar que la doctrina no es unánime en la concepción de que todo ente titular de derechos y obligaciones conferidas por el derecho internacional posee subjetividad internacional, sino que debemos agregar otros dos elementos, a saber, la capacidad para ejercer dichos derechos y obligaciones, así como ser pasible de responsabilidad ante una violación de sus deberes.

En el caso específico de los grupos terroristas, la mayoría de los juristas sostienen que al estar aun en pleno debate una definición de terrorismo internacional, se dificulta conceptualizar a los sujetos que cometen dichos delitos, es decir, los grupos terroristas. Lo que si esta claro, es que dichos grupos son *actores internacionales*, y no sujetos por lo menos aún, con capacidad de influencia en el escenario externo. Quienes desde la doctrina rechazan una reforma de los convenios tradicionales del DIH para sumar una nueva categoría de conflicto entre estado- grupo terroristas o elaborar un tercer protocolo que integre esta nueva categoría, argumentan precisamente que ello aceleraría la evolución del reconocimiento de los grupos terroristas como sujetos del derecho internacional, legitimando así su causa.

Conclusión parcial

El debate acerca de la necesidad de *aggiornar* el derecho de la guerra, entrelaza una red de elementos no solo jurídicos, sino también políticos, que son importantes considerar a fin de comprender el estado de situación de la problemática.

Alberto González, ex asesor legal del presidente de Estados Unidos George W. Bush“, declaró en enero del 2001 que “algunas cláusulas de las Convenciones de Ginebra son obsoletas y pintorescas, y no deben aplicarse a prisioneros de guerra de Al Qaeda en Afganistán. La guerra contra el terrorismo es un paradigma que hace obsoletas las Convenciones de Ginebra...”⁹⁶. Por su parte, James Schlesinger, ex Secretario de Defensa norteamericano, dirigió un panel que elaboró un Informe sobre

⁹⁶ Memorandum de Alberto R. González, ex asesor legal del presidente de Estados Unidos George W. Bush. 21-01-2002.

las operaciones de detención de la Secretaría de Defensa de Estados Unidos, publicado en mayo del 2005 (Informe Schlesinger). En el mismo se afirma expresamente en la sección de recomendaciones que *“El panel cree que el Comité Internacional de la Cruz Roja, así como la Secretaría de Defensa, debe adaptarse a las nuevas realidades de los conflictos, que son muy diferentes del contexto europeo occidental en que se inspira la interpretación que el CICR hace de los Convenios de Ginebra”*.⁹⁷ En respuesta a ello, el CICR ha elaborado un informe titulado *“Las reacciones del CICR ante el Informe Schlesinger”*, en el cual responde que la organización participa y estimula debates sobre la mejor manera de aplicar los Convenios de Ginebra en las situaciones contemporáneas de conflictos armados, pero afirma que *“la decisión de desviarse en forma unilateral de las normas establecidas universalmente no debería tomarse a la ligera. Hasta el presente, pocas han sido las pruebas de que la aplicación plena del derecho existente sea un impedimento para enjuiciar a quienes violan ese derecho”*.⁹⁸

Para el CICR no hay necesidad de reformar las actuales normativas al considerar que el derecho internacional vigente está a la altura de los tiempos. Si la lucha contra el terrorismo implica un conflicto armado, las disposiciones formuladas por la comunidad internacional son suficientes para regular todo tipo de conflicto. Y cuando esto no ocurre, es decir, cuando no se desencadena un conflicto armado en el marco de la lucha contra el terrorismo, el área de competencia para hacer frente al flagelo son los regímenes legales internos de cada país, los tratados internacionales pertinentes y los sistemas jurídicos de sanción criminal internacionales.

Hans- Peter Gasser, consejero legal del Comité Internacional de la Cruz Roja, señala que *“el derecho humanitario existente prohíbe cualquier forma de terrorismo cometido en un conflicto armado y, a primera vista, no hay razón para enmendar los Convenios de Ginebra de 1949”*⁹⁹. No obstante, hay quienes han propuesto un tercer Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra que contemple los conflictos entre Estados y grupos terroristas. El especialista, Steve Ratner es escéptico sobre la posibilidad de que un nuevo tratado y revisión de lo vigente sea beneficioso. *“La solución no es un nuevo protocolo sino el desarrollo de un standard internacional que*

⁹⁷ Informe Schlesinger sobre las Operaciones de Detención del Departamento de Defensa de Estados Unidos, publicado el 25 de mayo del 2005. (<http://www.defense.gov/news/Mar2005/d20050310exe.pdf>)

⁹⁸ Informe de la Cruz Roja Internacional: *“Las reacciones del CICR ante el Informe Schlesinger”*. Septiembre 2004. www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/64PP78

⁹⁹ GASSER, Hans- Peter. *“Acts of terror...”*. Op. cit. Pág. 549

fije los límites entre lo que cuenta como campo de batalla y lo que cuenta como conflicto armado.”¹⁰⁰

Al respecto, existe en la actualidad otro punto de debate sobre la necesidad de contar con un único ordenamiento jurídico de los conflictos armados aplicable en todas las situaciones, debate que va más allá incluso de la lucha antiterrorista. Los juristas a favor de la elaboración de un cuerpo legal único para todo tipo de conflicto armado, consideran que la distinción entre “conflictos armados internacionales” y “conflictos armados no internacionales” es arbitraria, no deseable, difícil de justificar y que frustra el propósito humanitario del derecho de la guerra en la mayoría de los conflictos bélicos actuales.¹⁰¹ Estas opiniones se sustentan en que el actual régimen no permite abordar los conflictos que constan tanto de elementos internacionales como internos, es decir, los conflictos que pertenecen a una tercera categoría denominada “*conflictos armados internacionalizados*”. El término describe hostilidades internas que se convierten en internacionales y tienen características propias que los diferencian tanto de los conflictos armados internacionales como de los internos, como por ejemplo “guerras entre dos facciones internas respaldadas por Estados diferentes, hostilidades directas entre dos Estados extranjeros que intervienen militarmente en un conflicto armado interno respaldando a grupos enemigos y las guerras en que se produce una intervención extranjera para apoyar a un grupo rebelde que lucha contra un Gobierno establecido”.¹⁰²

El debate es sinuoso, y muchos matices deben considerarse, como por ejemplo, la elaboración de una definición *genérica* de conflicto armado, los criterios necesarios para considerar a un conflicto de “internacionalizado”, el grado de participación extranjera suficiente para “internacionalizar” un conflicto interno, etc. Lo cierto, es que el régimen vigente del derecho de la guerra concibe dos tipos de conflictos: de carácter internacional y no internacional.

Algunos juristas argumentan también, que en la lucha contra el terrorismo el derecho consuetudinario debe ser la fuente a la cual acudir para llenar los espacios vacíos que presenta legalmente la temática (“customary law as a gap filler¹⁰³”). Esta apreciación resulta tentadora pero también es peligrosa. No solo porque puede conducirnos al error de forzar la aplicación del DIH donde no es aplicable, sino también porque si bien la costumbre internacional es una fuente de suma importancia

¹⁰⁰ RATNER, Steve. “Codifying the...”. Op. Cit.

¹⁰¹ Ver al respecto el interesante trabajo de STEWART, James. “Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados”. Revista Internacional de la Cruz Roja. N° 850. 2003

¹⁰² STEWART, James. “Hacia una ...”. Op. Cit. Pág. 2.

¹⁰³ RATNER, Steven. “Rethinking ...”. Op. Cit. Pág. 12.

y de gran utilidad para cubrir lo que los tratados omiten en lo referente a la protección de las personas afectadas por los conflictos, el ámbito de aplicación del DIH sigue siendo el mismo para cualquiera de las dos fuentes primarias del DIP: los conflictos armados, ya sean internacionales o no internacionales.

Como hemos visto, el derecho internacional contemporáneo es un régimen dotado de un amplio andamiaje de principios, normas y procedimientos para tratar al terrorismo mediante sus normas de derecho positivo. Cometidos durante un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional, los actos terroristas son prohibidos sin excepción ni reserva y su violación constituye un crimen de guerra. Recodificar los convenios existentes implicaría legitimar a estos grupos, así como sus actividades y tácticas. Además, debemos considerar el largo proceso de revisión que requeriría la convocatoria de una conferencia diplomática y la subsiguiente ratificación del nuevo tratado, o de las enmiendas, por todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra. Otro capítulo aparte merecería el debate que implicaría reconocer a los grupos terroristas como entes con subjetividad jurídica internacional susceptibles de contraer derechos y obligaciones.

Por último, como señala Marco Sàssoli, “nos enfrentamos a un problema de interpretación del derecho existente (de la *lex lata*) y con el hecho de saber si este derecho debe ser modificado y en que sentido (cuestión referente a la *lex ferenda*). En un orden jurídico como el derecho internacional, que se aplica a una sociedad descentralizada en la cual los sujetos son al mismo tiempo los legisladores, la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda* es menos estricta que en el derecho interno. Si todos los Estados consideran o quieren que el derecho sea cambiado, se cambia. Esto es evidente para el derecho internacional consuetudinario pero esta afirmación es igualmente válida para las disposiciones convencionales como las de los Convenios de Ginebra.¹⁰⁴

En adición, de acuerdo a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una disposición convencional puede caer en desuso o recibir una interpretación nueva en función de la práctica ulterior de las partes.¹⁰⁵ Es por ello que un serio debate entre académicos y políticos de diversos sectores es necesario para dirimir la cuestión, y analizar en profundidad los límites y alcances del derecho internacional vigente para enfrentar los nuevos tiempos.

¹⁰⁴ SASSOLI, Marco. “La guerra contra el terrorismo...”. Op. Cit. Pág. 3.

PARTE IV

La frontera entre la jurisdicción interna y la internacional

Competencia de la Corte Penal Internacional sobre el “crimen de terrorismo”.

*“La Corte Penal Internacional no será una panacea
para todos los males de la humanidad,
no regresará la vida a las víctimas,
pero contribuirá a que nuestra civilización
sea un tanto más humana”.*
Prof. M. Crerif Bassiouni¹⁰⁶

Los crímenes tipificados como *delicta iuris gentium* por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, representa un avance incuestionable en materia de derecho internacional humanitario al consagrar el principio de *responsabilidad penal individual*. Es precisamente debido a la radical importancia que implica la creación de la CPI en materia de derecho internacional humanitario, que se ha introducido este breve apartado a fin de precisar la competencia de la CPI sobre los actos de terrorismo.

A diferencia de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, que son instrumentos adoptados por resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU en virtud del Capítulo VII de la Carta, el Estatuto de Roma es un tratado internacional formalmente celebrado entre Estados que constituye el máximo exponente del esfuerzo de la comunidad internacional para sancionar los delitos contra el derecho internacional de los conflictos armados. La C.P.I. tiene como finalidad posibilitar a un tribunal internacional la persecución penal efectiva de delitos cometidos tras su creación, tales como el *genocidio*, *crímenes de lesa humanidad* y *crímenes de guerra*.

Ahora bien, con respecto a los “actos de terrorismo”, en la Conferencia de Roma se planteó una dificultad con referencia a la clasificación bipartita de los delitos contenida en el proyecto de Estatuto elaborada por la Comisión de Derecho Internacional, pues dicho proyecto “contenía dos categorías de delitos: los principales

¹⁰⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969, 1155 R.T.N.U. 331, Art. 31 (3) (b).

¹⁰⁶ Presidente del Comité de Redacción de la Conferencia de Roma.

o de núcleo duro (*core crimes*) y los definidos en tratados (*treaty crimes*), que incluían las violaciones a las principales Convenciones sobre terrorismo y protección de la navegación área y marítima. En relación con estos delitos, la competencia de los Estados hubiera sido consensual, basada en la aceptación por cada uno de los Estados partes”.¹⁰⁷ Dadas las objeciones de numerosos delegados en la Conferencia, los cuales aducían que dichos tratados no contenían normas penales sino obligaciones para los Estados, finalmente se limitó la competencia de la Corte sobre los delitos de “núcleo duro” o de extrema gravedad, dado el carácter excepcional que debía tener la jurisdicción de la Corte.

Varias delegaciones abogaban por incluir el tráfico de drogas y el crimen de terrorismo dentro de estos delitos de “extrema gravedad”. No obstante, no fue posible llegar a una definición exacta de sus características, resultando un debate con aristas más políticas que legales. La definición de terrorismo fue excluida entonces de la jurisdicción de la Corte, en tanto que un grupo importante de Estados consideraba que el terrorismo constituye un delito de incidencia transnacional pero su sanción corresponde a la *jurisdicción penal interna de los Estados*, y por tanto, en materia de derecho internacional corresponde combatir el flagelo estimulando la cooperación entre países pero no corresponde su castigo. En otros términos, a diferencia de los delitos incluidos en el Estatuto de Roma, el terrorismo, a pesar de ser innegable su *implicancia internacional*, no constituye un delito contra el *derecho internacional*. Debe ser reprimido conforme a los ordenamientos jurídicos domésticos y es en este ámbito que el derecho internacional debe promover la cooperación para el castigo y persecución del mismo a nivel interno.

No obstante quedar excluidos de la jurisdicción de la Corte con una tipificación propia, los actos terroristas cometidos en el ámbito de un conflicto armado, internacional o no internacional, son considerados “crímenes de guerra” de acuerdo al Art. 8 del Estatuto de Roma, el cual define 50 infracciones del derecho internacional humanitario sobre las que pesan graves penas por cometer este tipo de delitos¹⁰⁸.

¹⁰⁷GRAMAJO, Juan Manuel. “El Estatuto de la Corte Penal Internacional”. Ábaco, Buenos Aires, 2003. Pág. 120.

¹⁰⁸ En el caso de conflictos armados no internacionales, las violaciones tipificadas en el artículo 8-2, inciso “c” y “e” del Estatuto “se aplica[n] a los conflictos armados que no son de índole internacional” (inc. d), y los define como aquellos que “... tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos” (inc. f). Cabe mencionar que en ninguna parte se reconoce explícita o implícitamente el carácter jurídico de parte beligerante a tales grupos armados y, por el contrario, se reafirma el derecho del Estado de defender su integridad territorial y el orden público (art. 8-3).

Ahora bien, los atentados del 11-S, los posteriores acaecidos en Madrid y los atentados en Londres y Egipto en julio del corriente año, han generado un profundo debate doctrinario acerca de si el crimen de terrorismo cometido fuera del contexto de un conflicto armado no debería encuadrar en la tipificación de *crimen de lesa humanidad*, hasta tanto no se llegue a un acuerdo sobre la inclusión de los crímenes de terrorismo y tráfico de drogas dentro de los delitos de competencia de la Corte, tal como lo prevé la resolución "E" anexa al Acta Final, la cual recomienda una futura Conferencia de Revisión.

Resulta interesante al respecto, analizar entonces si hechos que podrían encuadrar dentro del ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales contra el terrorismo pueden ser considerados *crímenes de lesa humanidad*, toda vez que generalmente no presentan el elemento psicológico propio del *genocidio* que es la voluntad de exterminar, ni tampoco son perpetrados en el contexto de un conflicto armado como los *crímenes de guerra*.

Considerando que el Estatuto establece que se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, ello permite preguntarnos: ¿Deberían entonces las conductas subyacentes a los actos de terrorismo ser catalogadas como verdaderos *crímenes de lesa humanidad*, cuadrando así en la competencia *ratione materiae* de la C.P.I.? Los crímenes contra la humanidad son aquellos actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.¹⁰⁹ El ataque a la población civil debe realizarse de forma sistemática, es decir, debe ser un ataque organizado o planificado para ser cometido en escala. Se establece de esta forma un umbral mínimo para que actos aislados no puedan ser considerados como crímenes de lesa humanidad. Al respecto, la organización Human Rights Watch señala que el secuestro deliberado de los aviones de pasajeros y su utilización como explosivos contra las Torres Gemelas en 2001, causando la muerte a miles de personas,

¹⁰⁹ Según el artículo 7 del Estatuto de Roma, los crímenes de lesa humanidad comprenden cualquiera de los siguientes actos cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil: 1) asesinato, 2) exterminio; 3) esclavitud; 4) deportación o traslado forzoso de población; 5) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; 6) tortura; 7) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; 8) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; 9) desaparición forzada de personas; 10) el crimen de apartheid; 11) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. (Art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998).

constituiría un ataque "generalizado".¹¹⁰ En este sentido, los ataques del 11-S¹¹¹ bien entrarían en la categoría de "ataque contra una población civil" en los términos del Estatuto de la C.P.I., es decir, "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (...) contra la población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política" (Art. 7.2.a). Conforme esta última disposición, queda también en claro que la competencia de la Corte Penal Internacional respecto a los delitos de lesa humanidad no se limita a los cometidos por el Estado sino también por "organizaciones" o grupos organizados en el crimen son pasibles de ser sancionados.¹¹²

Los atentados terroristas de escala y magnitud como los acaecidos el 11-S y el 11-M han generado, entonces, todo un debate acerca de la conveniencia de su asimilación con los crímenes de lesa humanidad estipulados en el mencionado artículo 7 del Estatuto, más precisamente, con las prácticas relacionadas con asesinatos y también con "otros actos inhumanos de carácter similar" del punto k) del artículo en cuestión, el cual deja al tipo penal abierto y por ende sometido a apreciaciones parciales y subjetivas.

Según Eduardo Funfairiño, abogado penalista del Tribunal Central criminal del Reino de España, dos obstáculos pueden presentarse ante la potencial incorporación de los delitos de terrorismo como subcategoría de los crímenes de lesa humanidad; uno de política criminal, y otro de técnica jurídica.¹¹³

¹¹⁰ Human Rights Watch. "Temas legales...". Op. Cit. Pág. 14.

¹¹¹ Al respecto, debemos considerar ante todo que la CPI no es admisible para juzgar a los autores de los ataques del 11-S. En primer lugar, porque Estados Unidos no es un Estado parte de la Corte, y tampoco lo es Afganistán. Además, el Estatuto de la CPI todavía no estaba en vigor el 11 septiembre 2001 y si ambos o alguno de ellos decidiera incorporarse en adelante a la jurisdicción de la Corte, dada su entrada en vigor el 1 de julio de 2002, la misma solo se aplicaría a los crímenes cometidos tras su incorporación al tratado (carácter no retrospectivo de la jurisdicción de la Corte). En tercer lugar, una diligencia por los Estados Unidos tendría prioridad aunque la CPI fuera competente (art. 17 del Estatuto). En este sentido, la competencia de la Corte se basa en el principio de complementariedad: su jurisdicción no desplaza a la de los tribunales nacionales, que conservan la competencia primaria para su juzgamiento, sino que sólo es admisible cuando el Estado que debe juzgar el delito no quiere o no puede hacerlo. La responsabilidad penal primaria para juzgar a los autores materiales e intelectuales de los atentados terroristas del 11-S en Estados Unidos, corresponde entonces a la jurisdicción interna norteamericana.

¹¹² No obstante ello, algunos juristas como por ejemplo el Dr. Marco Aurelio Real, señalan que "al existir un vacío jurídico respecto a la definición como crimen de lesa humanidad a los actos terroristas cometidos por particulares o por grupos que no pertenecen a un Estado - Nación (Al Qaeda, Hamas, ETA), la Corte Penal Internacional no está legitimada, ni posee jurisdicción para juzgar este tipo de actos".¹¹² Es decir, un mismo acto que es considerado terrorista, si es cometido desde el aparato Estatal puede ser juzgado en la Corte Penal Internacional, pero si ése mismo acto es cometido por particulares, no puede ser juzgado. REAL, Ver en Marco Aurelio. "¿Quién le pone el cascabel al gato?". El Mercurio Digital. www.elmercuriodelasalud.com.ar

¹¹³ FUNFAIRIÑO, Eduardo M. "Notas sobre el delito de terrorismo y la Corte Penal Internacional". Bruselas, marzo del 2005. www.europarl.eu.int

- En primer lugar, la investigación y represión del terrorismo se ha mostrado eficaz en el nivel nacional. Ello se debe a una vigorosa política antiterrorista, que ha gozado además de la asistencia de la cooperación internacional. Los estados se encuentran en su mayoría activando mecanismos de protección penal de sus ciudadanos contra los actos terroristas, al ser las jurisdicciones nacionales las que pueden controlar y modular las respuestas efectivas contra el flagelo, según los mecanismos establecidos por su particular ordenamiento jurídico y con el alcance y las limitaciones que establezcan sus normas constitucionales en cuanto a la restricción de los derechos de los ciudadanos para llegar a tal fin.
- El motivo de *técnica jurídica* que puede suponer un obstáculo para integrar el crimen de terrorismo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional es el principio de complementariedad proclamado en el párrafo penúltimo del Preámbulo del Estatuto de la Corte (“...Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.....”); y en su art. 1, que establece que *su jurisdicción sobre personas, tendrá carácter complementario de las jurisdiccionales penales nacionales*. Es decir, que la Corte Penal se sitúa en una posición de reserva o de “ultima ratio”, en defecto de la actividad investigadora y represora que puedan desarrollar las jurisdicciones nacionales. “Y es que la represión del terrorismo por cada uno de los Estados afectados se ha revelado especialmente idónea y contundente, al basarse en los criterios de territorialidad e intermediación.”¹¹⁴

Lo cierto es que los atentados terroristas de los últimos tiempos, han abierto, por su magnitud y repercusión a nivel internacional, todo un debate doctrinario acerca de la posible inclusión de dicho flagelo como delito de competencia de la Corte en términos de representar prácticas que se interpretan como verdaderos crímenes de lesa humanidad.

Conclusión parcial

Si bien la Corte Penal Internacional tiene una jurisdicción bien determinada y, como se ha analizado, los actos de terrorismo no están tipificados como tal en el Estatuto de Roma, si cuenta con un amplio listado de crímenes de lesa humanidad entre los que cuadrarían las acciones terroristas. La Conferencia Diplomática de Roma de 1998 reconoce que los actos terroristas constituyen graves crímenes de

¹¹⁴ FUNFAIRIÑO, Eduardo M. “Notas sobre Op. Cit.

trascendencia para la comunidad internacional y es por ello que al crear la Corte, la comunidad Internacional ha hecho una contribución muy importante tanto para la política de enjuiciar y castigar a los presuntos terroristas de Estado como para la prevención de este tipo de actos cometidos desde el Estado.

Sin embargo, al no poder llegar a un acuerdo sobre una definición generalmente aceptable de los actos de terrorismo, la Conferencia de Roma, en su Resolución E, recomienda que se examinen los crímenes de terrorismo en el marco del estudio de las enmiendas al Estatuto durante la Conferencia de Revisión de los Estados Partes que se llevará siete años después de la entrada en vigor de dicho tratado (art. 123). De esta manera, el papel de la CPI se puede ver ampliado para incluir y precisar nuevas atribuciones, ya sea mediante la revisión de su Estatuto prevista para el 2009, o antes, mediante la negociación de protocolos al Estatuto de Roma.

Asimismo, “podría sostenerse, con fundamento, que la competencia de la CPI se podría ampliar por interpretación judicial o vinculándola a otros Convenios ya existentes (como son los instrumentos internacionales y regionales contra el terrorismo). Más aún, otra vía sería la creación de una nueva Corte específicamente abocada a enjuiciar a los presuntos responsables de actos terroristas”.¹¹⁵

Finalmente, como señala el Profesor Gómez- Robledo, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas del la Universidad Nacional de México, “no cabe duda que el Estatuto de Roma que crea la CPI va a marcar, en forma inexorable, un punto de viraje decisivo en la manera en que la comunidad internacional prefigura las condiciones necesarias de la seguridad internacional.”¹¹⁶

PARTE V

CASO DE ESTUDIO

Estatuto jurídico de los prisioneros en la base norteamericana en Bahía de Guantánamo.

*“El derecho de la guerra civiliza la guerra justa y
la guerra injusta por igual”.*

Johann Caspar Bluntschli¹¹⁷

¹¹⁵ URIBE OLGUIN, Francisco. “La lucha contra el terrorismo. Un enfoque humanista”. Universidad Panamericana. www.bibliojuridica.org

¹¹⁶ GOMEZ- ROBLEDO, Alonso. Ibidem. Pág. 1.

¹¹⁷ BLUNTSCHLI, Johann Caspar. “Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, Nördlingen”. Beck, 1868, p. 292, párrafo 519.

Del jus ad bellum y jus in bello.

La guerra es un fenómeno regido por el derecho internacional bajo dos títulos: las reglas de *jus ad bellum*, que determinan las situaciones en la que es lícito recurrir a la guerra, y las del *jus in bello* que reglamentan la forma en que se llevan a cabo las hostilidades.¹¹⁸

Las reglas de *jus in bello* se encuentran codificadas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos adicionales de 1977, ampliamente mencionados a lo largo de este trabajo. El DIH además limita el uso de la violencia en los conflictos armados independientemente de las *causas* en cuyo nombre es dirigido. Por ello es que el DIH debe ser respetado independientemente de cual de las partes inició el conflicto y los argumentos que lo provocaron, es decir, independientemente del *jus ad bellum*.¹¹⁹

Ahora bien, “los atentados del 11-S y el conflicto que sumió a Afganistán despertaron interés por el derecho internacional humanitario y plantearon la cuestión de las relaciones entre las causas de un conflicto, por una parte, y el respeto de las normas que rigen la conducción de las hostilidad y protegen a las víctimas de la guerra, por otra.”¹²⁰ Ambas normas son independientes unas de otras, pues el hecho de que uno de los adversarios haya desencadenado una guerra de agresión no puede modificar las condiciones de aplicación del *jus in bello* o condiciones de aplicación del DIH. Por tanto, ante un caso de agresión, la víctima no puede rehusarse a respetar las normas del DIH frente a su agresor.

Sin embargo, “algunos autores, especialmente en Estados Unidos y en la Unión Soviética, intentaron amoldar ese argumento en una teoría jurídica por la que se proponía subordinar la aplicación del *jus in bello* al *jus ad bellum*”.¹²¹ La teoría se sustenta en que la *guerra de agresión* es un acto ilícito y por tanto:

- Las leyes y costumbres de la guerra no se aplican a ninguno de los beligerantes; o bien,
- las leyes y usos de la guerra tienen como único efecto privar al estado *agresor* de los derechos conferidos por el *jus in bello* mientras cumple sus obligaciones

¹¹⁸ No es objetivo del presente trabajo analizar la tradición de ambas doctrinas y el legado de los grandes juristas del siglo XVI en adelante que esbozaron los primeros cimientos de las normas de la guerra. Sin embargo, hago mención a estas distinciones a modo de comprender los sucesos que se desencadenaron los ataques del 11-S y sus consecuencias jurídicas, especialmente en la rama del derecho internacional humanitario.

¹¹⁹ “Esta separación total entre *jus in bello* y *jus ad bellum* ha sido reconocida por disposiciones convencionales, la jurisprudencia y la doctrina”. Ver en SASSOLI. “La guerra contra...”. Op. Cit.

¹²⁰BUGNION, François. “Guerra justa...”. Op. Cit.

inherentes a su calidad de beligerante. Por su parte, el estado *víctima* de la agresión esta conferido de derechos pero no obligaciones con respeto al DIH.

Con respecto a esta última noción, uno de sus fundamentos radica en virtud de la máxima "*ex iniuriis jus non oritur*", un acto ilícito no puede ser fuente de derechos. Sin embargo, como menciona la Cruz Roja Internacional,¹²² en la doctrina se comprueba que esta máxima tiene excepciones de importancia, tanto en el orden interno como internacional, y por tanto no es totalmente probable que se pueda reconocer de ella un principio general del derecho, tal como los define el Art. 38, apartado 1, letra c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Otro de los argumentos que se utilizan para justificar una aplicación discriminatoria del *jus in bello*, es que no es legítimo que el DIH ubique en el mismo plano al estado agresor y al agredido, el derecho debe auxiliar a la víctima obstaculizando el accionar del agresor. Aunque este argumento es atractivo, desde el punto de vista moral no considera que el DIH tiene como objetivo central proteger a la persona humana como tal. "Además, ninguna exigencia de justicia o equidad podría justificar que todos los naturales de un estado, o siquiera todos los miembros de sus fuerzas armadas, sean considerados como criminales por el solo hecho de pertenecer a un estado calificado como agresor".¹²³

Varias disposiciones confirman la autonomía del derecho humanitario del *jus ad bellum*. El Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg respetó la distinción entre crímenes contra la paz y crímenes de guerra; los Comentarios a los Convenios de Ginebra, publicados bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja, señalan que "*la aplicación del Convenio no depende de la índole del conflicto. La protección y la atención que se ha de proporcionar a los heridos y a los enfermos no varía en modo alguno en función de si la guerra es "justa" o "injusta", si es una guerra de agresión o de resistencia a la agresión.*"¹²⁴ Lo mismo es reafirmado por el apartado 5 del Preámbulo del Protocolo I de 1977.¹²⁵

El caso de los prisioneros de guerra detenidos en la isla de Guantánamo por parte del gobierno de Estados Unidos desde el comienzo de la guerra desatada contra Afganistán en octubre de 2001, es, a mi juicio, un ejemplo práctico de esta concepción discriminatoria del derecho de la guerra, como detallo a continuación.

¹²¹ BUGNION, François. "Guerra justa...". Op. Cit.

¹²² BUGNION, François. "Guerra justa...". Op. Cit.

¹²³ BUGNION, François. "Guerra justa...". Op. Cit.

¹²⁴ Comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre los Convenios de Ginebra de 1949. Vol. I, Pág. 28.

¹²⁵ Según el artículo 31, apartado 2, del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969, el preámbulo es parte integrante del tratado.

Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura

El conjunto de normas que determinan el régimen de detención de prisioneros durante un conflicto armado es uno de los pilares fundamentales del cuerpo legal internacional de protección de las víctimas de los conflictos armados. El estatuto de prisionero de guerra es fundamental para una persona capturada que cae en poder de una Potencia enemiga, tanto desde el punto de vista del estatuto jurídico como del trato que debe recibir.

En el curso de las operaciones militares norteamericanas en Afganistán, numerosos afganos, nacionales de terceros países, e incluso un nacional norteamericano que se había unido al grupo Al Qaeda, fueron arrestados y transferidos a la base naval norteamericana de Guantánamo, en Cuba, desde enero de 2002. Actualmente hay en GITMO (como se conoce a la base en medios militares), 558 presos provenientes de 40 países, de los cuales 520 fueron clasificados como "combatientes enemigos". De los restantes 38, 23 fueron dejados en libertad.¹²⁶

Que disposiciones legales aplicar al régimen de detención de los prisioneros en Guantánamo, ha sido un punto controversial y foco de numerosas críticas hacia el curso que la administración Bush está dando a la temática. Guantánamo es un enclave extraterritorial de los Estados Unidos en la Isla de Cuba, donde no rigen el sistema de justicia civil norteamericano sino sus leyes militares. Alojándolos allí, se evitaba que los presuntos terroristas sean beneficiados por las leyes estadounidenses.

Debe tenerse en cuenta que entre los detenidos en Guantánamo se encuentran personas que pertenecían a las fuerzas armadas afganas dirigidas por los Talibanes, por un lado, y miembros de Al- Qaeda, por el otro. La Casa Blanca afirma que los *miembros de Al Qaeda detenidos*, no están protegidos por los Convenios de Ginebra, por considerarla una organización terrorista que no depende de ningún Estado ni utiliza uniforme militar para distinguirse de la población civil. Por su parte, los miembros detenidos talibanes, si son reconocidos por Estados Unidos como partes protegidas por los Convenios de Ginebra. Sin embargo, ni los talibanes ni los miembros de la red terrorista Al Qaeda detenidos en la base norteamericana, califican como *prisioneros de guerra* sino como "*combatientes ilegales*".¹²⁷

¹²⁶ Según datos de la Cruz Roja Internacional. www.circ.org

¹²⁷ La figura de "enemigo combatiente" es una categoría legal consagrada en la Ley de Autorización para el Uso de la Fuerza Militar (Authorization for Use of Military Force Act), aprobada por el Congreso de Estados Unidos después del 11 de septiembre. Esta ley autoriza al Presidente a utilizar toda la fuerza necesaria en contra de naciones, organizaciones o personas que, según su criterio, han facilitado o participado directamente en los ataques del 11 de septiembre.

A efectos del debate aquí planteado, cabe profundizar acerca del estatuto de combatiente y aclarar su terminología. En conflictos armados internacionales, el término "**combatientes**" se refiere a las personas que tienen derecho a participar directamente en las hostilidades (Protocolo I, art. 43), es decir, a realizar actos de guerra que por su naturaleza o su finalidad están dirigidos directamente contra los combatientes o los otros objetivos militares de las fuerzas armadas adversas. Como ha afirmado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "(el) privilegio del combatiente es, en esencia, una licencia para matar o herir a combatientes enemigos y destruir otros objetivos militares del enemigo"¹²⁸. Por consiguiente, los combatientes no pueden ser enjuiciados por actos lícitos de guerra cometidos en el transcurso de las operaciones militares, aunque su comportamiento constituya un crimen grave en tiempo de paz. En consecuencia, sólo podrán ser enjuiciados por violaciones del derecho internacional humanitario, en particular por crímenes de guerra. Todo combatiente que caiga en poder de una Parte adversa es prisionero de guerra (Convenio de Ginebra III, art. 4; Protocolo I, art. 44).

Los miembros de las fuerzas armadas¹²⁹ de una Parte en conflicto son combatientes, con excepción del personal sanitario y religioso y del personal militar de la protección civil (Reglamento de La Haya, art. 1 y 3; P. I, art. 43, 67). Por ende, combatiente legítimo es "toda persona que de hecho toma parte directa en el combate y es sujeto activo y pasivo de la acción hostil"¹³⁰. Vale diferenciar el término combatiente del de beligerante, pues muchas veces se confunden como sinónimos: "la *beligerancia* se predica de las colectividades, políticamente organizadas, que toman parte en un conflicto armado, y, desde este punto de vista, aparece como un concepto

¹²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc.5 rev.1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 68.

¹²⁹ Las *fuerzas armadas* de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un Gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados (Protocolo I, art. 43).

Están comprendidos en la definición de las fuerzas armadas: el ejército de una Parte en conflicto; las milicias y cuerpos de voluntarios que formen parte del ejército o que lo constituyan, los marinos mercantes organizados para participar directamente en las hostilidades) y que participan, de hecho, en ellas; los miembros de una insurrección en masa, es decir, la población de un territorio no ocupado que tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y costumbres de la guerra; las fuerzas policiales (organización paramilitar o servicio armado encargado de hacer respetar el orden), siempre y cuando se haya notificado a las otras Partes en conflicto. Ver en DE PREUX, Jean. "Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra". Revista Internacional de la Cruz Roja No 91, pp. 47-54. Febrero de 1989.

¹³⁰ OMEAS DOMENECH, José Luis. "Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura". En "Lecciones y Ensayos...". Op. Cit. Pág. 133.

opuesto al de neutralidad".¹³¹ En cambio combatientes son las personas que de hecho toman parte directa en el combate. El concepto de combatiente se contrapone al de **población civil**, la cual debe ser preservada de los efectos de las operaciones militares y en particular, no deben ser objeto de ataque. Las personas civiles no tienen derecho a participar directamente en las hostilidades y si lo hacen, siguen siendo civiles, pero se convierten en objetivos lícitos de ataque, mientras dure su participación. La situación jurídica de los civiles que toman parte en las operaciones militares, es un punto axial a considerar a los fines de este análisis.

Mientras que los términos "combatiente", "prisionero de guerra" y "persona civil" se emplean y definen generalmente en los tratados de derecho internacional humanitario, los de "combatiente ilegal" o "combatiente no privilegiado" no figuran en los mismos. Sin embargo, se han utilizado con frecuencia, al menos desde el comienzo del último siglo, en textos jurídicos, en manuales militares y en la jurisprudencia.¹³² Generalmente se entiende por **combatientes ilegales**¹³³ a quienes participan directamente en las hostilidades sin cumplir con los requisitos individuales y colectivos que confieren el estatus de combatiente y por lo tanto no están autorizados para ejercer la violencia bélica y en consecuencia tampoco gozan de la plena protección prevista en el DIH. Abarcaría, por ejemplo, a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, al igual que a los miembros de la milicia y de otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, que no forman parte de las fuerzas armadas regulares, pero que pertenecen a una parte en conflicto, siempre que no reúnan las condiciones estipuladas.

Dichos requisitos de orden individual y colectivo para gozar del estatuto de combatiente, son más rígidos en el III Convenio de Ginebra de 1949 y más flexibles en el I Protocolo adicional de 1977.

- En el *III Convenio de Ginebra*, los requisitos de orden *colectivo* son dos: estar al

¹³¹ OMEDS DOMENECH, José Luis. Ibidem. Pág. 145

¹³² DÖRMANN, Knut. "La situación jurídica de los "combatientes ilegales/no privilegiados". *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 849. Marzo del 2003.

¹³³ La noción de "combatiente ilegal" sólo es pertinente en el contexto del derecho aplicable en los conflictos armados internacionales, pues "el derecho aplicable en los conflictos armados sin carácter internacional no prevé un privilegio del combatiente (es decir, el derecho a participar en las hostilidades y la impunidad por actos lícitos de hostilidad). . En caso de captura o detención, la situación de todas las personas que no participan directa o activamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas está regida por las disposiciones pertinentes de derecho internacional humanitario (es decir, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II, en particular los artículos 4-6), así como del derecho internacional consuetudinario pertinente. Ver DÖRMANN, Knut. Op. Cit.

mando de una persona que responda de sus subordinados y dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. Los requisitos de orden *individual* son también dos: tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia y llevar las armas a la vista (Art. 4 del III Convenio). Asimismo, gozar del estatuto de combatiente implica gozar del estatuto de prisionero de guerra en caso de captura, aunque no al revés.¹³⁴ En el III Convenio, se consideran prisioneros de guerra los miembros de las fuerzas armadas regulares y los partisanos pertenecientes a una parte en conflicto, así como ciertas personas que acompañan a las fuerzas armadas sin formar parte directamente de las mismas (por ejemplo, corresponsales de guerra, miembros civiles de la tripulación de aviones militares) que cumplieran los requisitos antes mencionados.

- En el *Protocolo I*, en cambio, se amplía la definición del prisionero de guerra con respecto a la que consta en el III Convenio. La definición de prisionero de guerra incluye, en adelante, a todos los miembros de las fuerzas armadas, a las unidades y los grupos armados que estén bajo un mando responsable¹³⁵. Asimismo, los requisitos para ser reconocido como combatiente en el Protocolo I son menos rígidos que el III Convenio, pues los guerrilleros sin uniforme, aunque se trate de entidades no reconocidas por la parte adversa, se benefician también de esas disposiciones. Se puntualiza que todos los miembros de las fuerzas armadas deben respetar las normas del derecho humanitario, *pero que no es esa una condición para que se otorgue el estatuto de prisionero de guerra en caso de captura* (Protocolo I, Art. 44.2). Asimismo, el Protocolo señala que los miembros de las fuerzas armadas tienen la obligación de distinguirse de la población civil, pero que “dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente” (Protocolo I, Art. 44.3). Por lo tanto, se desprende de este artículo que la condición es llevar, al menos, las armas abiertamente a fin de ser visualizadas, pero no es condición *sine qua non* la distinción de la población civil mediante un uniforme distintivo.

¹³⁴ Al respecto, determinadas categorías de personas civiles, enumeradas en el Art. 4 del III Convenio, no son combatientes pero tienen derecho a recibir el estatuto de prisionero de guerra (por ejemplo, proveedores, corresponsales de guerra, etc.)

¹³⁵ “Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.” (Protocolo I de 1977. Art. 43,.1)

Ahora bien, debemos considerar el marco en que fueron negociadas estas normas en la Conferencia para el Desarrollo y Reafirmación del Derecho Humanitario aplicable a los conflictos armados que elaboró los protocolos de 1977. Pese a las reticencias de los países occidentales, se impuso finalmente la tesis de los países del tercer mundo y del bloque socialista, que introdujeron como legítima la figura del combatiente guerrillero que en su acción, generalmente no distingue su atuendo de la población civil.¹³⁶ Como consecuencia, el uso del uniforme o signo distintivo ya no es un requisito exigible para la legitimidad del combatiente, incluso cuando pertenezca a fuerzas armadas regulares de una parte en conflicto.

Por lo tanto, si un combatiente no está debidamente identificado como tal y diferenciado de la población civil, como sugieren las normas más tradicionales de la guerra, igualmente tiene el derecho de gozar del estatuto de prisionero de guerra y las inmunidades que tal estado le confiere. Fue justamente este artículo, uno de las normas más rechazadas por el Congreso de Estados Unidos que desembocó en su negación a ratificar el Protocolo I de 1977 a pesar de que ya contaba con su firma. Uno de los argumentos del gobierno norteamericano para denegar el estatuto de prisioneros de guerra a los talibanes detenidos, es precisamente que muchos de ellos no portaban un uniforme distintivo. Al respecto, el "Informe Schlesinger" antes citado, sostiene que "la observancia de Estados Unidos de las normas jurídicas sobre detención que figuran en el Protocolo adicional I (...), significaría otorgar a los terroristas protecciones jurídicas equivalentes a las protecciones conferidas a los prisioneros de guerra, tal como estipulan los Convenios de Ginebra de 1949, a pesar de que los terroristas no llevan uniforme y, por ende, no pueden ser identificados como combatientes".¹³⁷

El Informe señala que "por lógica, debería existir una categoría que abarque a las personas que no reúnen las condiciones especificadas y que, por ende, quedan fuera de la categoría de personas que tienen derecho a recibir el estatuto de prisionero de guerra enemigo (...). A pesar de que no existe una denominación particular para esta categoría en los Convenios sobre derecho de la guerra, el concepto de "combatiente ilegal" o de "combatiente no privilegiado" forma parte del derecho de la guerra".¹³⁸ Sin embargo, para el CICR ninguna persona detenida queda fuera de derecho, pues si no califica como combatiente, recibe la denominación de "civil" o la de "persona protegida", pues según los Convenios de Ginebra y sus protocolos

¹³⁶ Los argumentos alegaban incluso que " la pobreza de los combatientes de los movimientos del liberación nacional no les permite tener uniforme". En OMEDAS DOMENECH, José Luis. "Estatuto...". Op. Cit. Pág. 144.

¹³⁷ Informe Schlesinger. Op. Cit. Pág. 86.

¹³⁸ Informe Schlesinger. Op. Cit. Pág. 82.

adicionales, las personas que caen en poder de una parte, pueden ser calificadas bajo dos tipos de status jurídico: o se les confiere el **status de combatiente** y por ende se transforman en *prisioneros de guerra* de acuerdo al III Convenio de Ginebra relativo al trato debido de los prisioneros de guerra; o por el contrario, si no son combatientes, son **civiles protegidos** según el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Además, el Protocolo I, en su Art. 51.3, declara que las personas civiles gozan de protección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. En tal caso pueden ser enjuiciadas por participación ilícita en las hostilidades (y, por ende, recibir la calificación de "combatientes ilegales", aunque esta expresión no se emplee en el DIH, como se ha remarcado), pero ese enjuiciamiento no significa que esas personas quedan fuera de la protección que prevé el IV Convenio de Ginebra. En tal caso, si un civil es detenido, goza de la protección del IV Convenio, lo que no excluye que luego sea juzgado por su participación directa en las hostilidades. Por su parte, si un prisionero no es nacional del estado enemigo, entonces debe ser considerado como un civil nacional de un tercer estado, y por ende, protegido por dicha condición.

Por tanto, no existe un estatuto intermedio entre *detenidos civiles*, que deberán ser enjuiciados si han cometido alguna infracción, y los *combatientes* capturados, que deberán ser liberados al término de las hostilidades o pueden seguir detenidos después del conflicto si están siendo enjuiciados o cumpliendo una sentencia. En su documento "*Las Reacciones del CICR ante el Informe Schlesinger*", la organización afirma que "no está de acuerdo con la idea de crear un estatuto fuera del marco jurídico de los conflictos armados para personas que, en realidad, tienen derecho a recibir las protecciones del III o del IV Convenio de Ginebra o de las disposiciones consuetudinarias del artículo 75 del Protocolo adicional I".¹³⁹

La postura oficial de Estados Unidos es que los prisioneros en la Isla de Guantánamo son terroristas y por lo tanto no tienen derecho al estatuto de combatientes ni a las protecciones que les brindaría el III Convenio de Ginebra en dicho caso. Asimismo el reporte de la Secretaria de Defensa antes mencionado, señala que "las disposiciones del IV Convenio de Ginebra y de la legislación penal nacional carecen de la consistencia y la propiedad suficientes para garantizar una detención adecuada de los terroristas capturados".¹⁴⁰ El CICR respondió con preocupación que "la afirmación del panel según la cual un Estado Parte en el

¹³⁹ Informe de la Cruz Roja Internacional: "Las reacciones del CICR...". Op. Cit

¹⁴⁰ Informe Schlesinger. Ibidem. Pág. 81.

Convenio podría decidir de forma individual no aplicarlo debido a que ese instrumento no tendría la «consistencia suficiente» es peligrosa. Aceptar este argumento implicaría crear una excepción que podría socavar todas las protecciones humanitarias previstas por el derecho.”¹⁴¹

Considerando la bibliografía consultada, la mayoría de los especialistas que apoyan la concepción de que las personas detenidas en Guantánamo no deben ser beneficiadas por el estatuto de *prisionero de guerra*, argumentan, entre otras cosas, que:

- Al Qaeda no es un Estado y los Talibanes no eran reconocidos por Estados Unidos como gobierno legítimo de Afganistán,
- Los detenidos son asesinos y terroristas, que habrían violado el derecho internacional humanitario, por lo tanto no merecen ninguna protección.
- Las personas detenidas en Guantánamo no habrían llevado ni uniformes ni armas abiertamente, a pesar de haber disparado con armas de fuego en Afganistán.
- Reconocerlos como prisioneros de guerra, implicaría mayor dificultad para juzgarlos por ataques contra objetivos militares.
- Como prisioneros de guerra, deberían ser repatriados al finalizar las hostilidades o procesados por un crimen.
- Como prisioneros de guerra, no podrían ser interrogados sobre las redes terroristas, pues los prisioneros de guerra no tienen obligación de declarar cuando se les interroga "más que sus nombres y apellidos, su grado su fecha de nacimiento y su número de matrícula o similar" (artículo 17 del III Convenio).

La mayoría de las razones esgrimidas para negarles el estatuto de prisionero de guerra, omiten la separación absoluta que debe existir entre el *jus ad bellum* y *jus in bello*, pues el DIH se aplica igualmente a los conflictos armados contra Estados “terroristas”, y cualquiera sea su condición, todas las personas que caen en poder del enemigo durante un conflicto armado internacional están protegidas por el DIH.

La cuestión en torno al status legal de los prisioneros en Guantánamo, es de capital importancia si tenemos en cuenta que si a una persona no se le concede el estatuto de combatiente, se lo puede juzgar por haber cometido un acto de beligerancia. En los casos que esta infracción penal se castigue con pena capital de conformidad con la jurisdicción nacional, la ausencia del estatuto de prisionero de guerra puede ser un asunto de vida o muerte.¹⁴²

¹⁴¹ Informe de la Cruz Roja Internacional. Ibidem.

¹⁴² NAQVI, Yasmin. “Estatuto de prisionero de guerra: «casos de duda»”. Revista Internacional de la Cruz Roja N° 847. 30 de septiembre de 2002.

Protecciones de los “combatientes ilegales”

El Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio de Ginebra), sienta, entre otros principios, tres de singular importancia para este caso de estudio. En primer lugar, los prisioneros de guerra no pueden ser juzgados y castigados por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. Segundo, los prisioneros de guerra deben ser tratados humanamente a partir del momento en que caigan en poder del enemigo y hasta su liberación y su repatriación definitiva. Y tercero, el cautiverio en tiempo de guerra “no constituye una venganza, ni un castigo, sino tan sólo una custodia protectora, cuyo único propósito es evitar que los prisioneros de guerra participen nuevamente en la guerra”.¹⁴³

Ahora bien, dado que tanto Estados Unidos como Afganistán forman parte del Tercer Convenio de Ginebra que rige el trato a los prisioneros de guerra y a pesar de no ser Estados Parte del I Protocolo, ambos deberían estar obligados a respetar, al menos, las disposiciones del Convenio, independientemente de sus consideraciones sobre la legitimidad del gobierno que dirige las fuerzas armadas de su oponente. Dos puntos a remarcar:

- Resulta dificultoso con respecto a los *miembros de Al Qaeda* calificarlos como fuerza armada afgana y, como tales, combatientes legítimos con derecho a recibir el estatuto de prisioneros de guerra. Sin embargo, sí es claro que si no califican como combatientes, entonces deben ser protegidos como civiles por el IV Convenio, y por lo tanto no podrían estar detenidos en Guantánamo, pues el Art. 76 del IV Convenio señala que “*las personas protegidas inculpadas quedarán detenidas en el país ocupado (en este caso Afganistán) y, si son condenadas, deberán cumplir allí su castigo. Estarán separadas, si es posible, de los otros detenidos (...).*”
- Con respecto a los *talibanes* detenidos, tal como señala Marcos Sássoli, Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Quebec, “si los Talibanes eran el gobierno de hecho de Afganistán, no vemos cómo podríamos sostener que sus combatientes no pertenecían a sus “fuerzas armadas” o a “milicias y cuerpos de voluntarios que forman parte de estas fuerzas armadas”.¹⁴⁴

Frente al argumento del gobierno norteamericano para denegar el estatuto de

¹⁴³ NAQVI, Yasmin. “Estatuto de prisionero...”. Ibidem.

prisioneros de guerra a los talibanes detenidos, acusando que no conducían sus operaciones de acuerdo a las leyes y usos de la guerra, debemos remarcar el Art. 44.2 del Protocolo I, el cual dispone que “aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, *la violación de tales normas no privará* a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal o, si cae en poder de una Parte adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra...”. Bajo este modelo de no- reciprocidad, las violaciones al DIH por parte de varios grupos terroristas, no debería ser una excusa para denegarles ciertas protecciones.¹⁴⁵ En el Informe Schlesinger, en la parte de las recomendaciones, se afirma que “*Estados Unidos debería insistir en la norma de reciprocidad...*”,¹⁴⁶ a lo que el CICR responde que “*la norma de reciprocidad no puede aplicarse a protecciones fundamentales, como la prohibición de la tortura, sin aceptar el riesgo de socavar no sólo el principio de derecho, sino también los valores en que éste se fundamenta.*”¹⁴⁷

Como Estados Unidos no esta obligado a acatar dicha disposición de no reciprocidad (Art. 44.2 del Protocolo I), al menos si lo esta con respecto al Art. 60.5 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* donde se establece que es erróneo considerar que el respeto no le sería debido a un enemigo que no lo respeta, pues esta reciprocidad no es aplicable a los acuerdos sobre derecho internacional humanitario.

Además, el trato de los prisioneros se encuentra también reglamentado por las normas relativas a la *prohibición de represalias*, un derecho de protección que tienen los combatientes aunque violen las reglas del DIH durante un conflicto. Las represalias son prohibidas por la III Convención de Ginebra en su Art. 13 referida al trato humano de los prisioneros¹⁴⁸, la IV Convención en su Art. 33 referido a la responsabilidad

¹⁴⁴ SASSOLI, Marco. “La Guerra contra el terrorismo...”. Op. Cit.

¹⁴⁵ RATNER, Steven. “Codifying...”. Op. Cit. Pág. 4.

¹⁴⁶ Informe Schlesinger. Recomendaciones 9 y 10. Op. Cit.

¹⁴⁷ Informe de la Cruz Roja Internacional: “Las reacciones del CICR...”. Op. Cit

¹⁴⁸ III Convenio de Ginebra de 1949, Art. 13: “Los prisioneros de guerra deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias. Está prohibido y será considerado como infracción grave contra el presente Convenio, todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la Potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder. En particular, ningún prisionero de guerra podrá ser sometido a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos sea cual fuere su índole, que no se justifiquen por el tratamiento médico del prisionero concernido, y que no sean por su bien. Asimismo, los prisioneros de guerra deberán ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra todo acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública. Están prohibidas las medidas de represalia contra ellos.”

individual, castigos colectivos, pillaje, represalias¹⁴⁹ y por el Protocolo I en su Art. 20¹⁵⁰ – prohibición de las represalias- y 51.6 sobre protección de la población civil.

Por otra parte, el gobierno estadounidense ha ratificado en el pasado la norma del derecho internacional humanitario por la que en caso de no estar claro si la persona capturada tiene derecho a ser considerado prisionero de guerra, será tratada como tal hasta que un tribunal competente determine lo contrario.

Al respecto, es precisamente el Artículo 5 del III Convenio un punto de fricción importante, pues el mismo enuncia que si hay *duda* por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías que abarca el derecho de ser considerado prisionero de guerra para las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto,¹⁵¹ y *mientras tanto*, la persona capturada debe ser tratada como si fuera un prisionero de guerra.¹⁵² Por su parte, el artículo 45 del Protocolo I reafirma y complementa el artículo 5 del III Convenio de Ginebra. El mismo agrega que la persona que participe en las hostilidades y caiga en poder de una Parte adversa se *presumirá prisionero de guerra*. Este punto es importante porque se está transformando en una norma de *naturaleza consuetudinaria* y varios Estados han incluido en sus manuales militares o en sus prácticas esta disposición. Lo que es más, el derecho de una persona capturada, que al parecer no es un prisionero de guerra, a manifestar que está habilitada para recibir ese trato y a recurrir a un tribunal competente para que decida su condición, está contemplado en la Reglamentación del Ejército de los Estados Unidos de 1997. Por lo tanto, Estados Unidos no han ratificado el Protocolo I pero igualmente el Art. 45 constituye una norma de derecho consuetudinario para Estados Unidos.¹⁵³

Por otra parte, luego de las denuncias por torturas en la cárcel de Abu Graib en Irak, se avivaron los pedidos para que se reviese la situación de los detenidos en

¹⁴⁹ IV Convenio de Ginebra de 1949, Art. 33: “No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo. Está prohibido el pillaje. Están prohibidas las medidas de represalia contra las personas protegidas y sus bienes”.

¹⁵⁰ Protocolo Adicional I de 1977, Art. 20: “Se prohíben las represalias contra las personas y los bienes protegidos por el presente Título.” Art. 51.6: “Se prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles.”

¹⁵¹ Art. 5 del III Convenio: “Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 [...], dichas personas se benefician de la protección del Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”.

¹⁵² Lo que no está claro para algunos autores, es lo que en realidad significa «duda», quién puede tenerla y qué ha de entenderse por «tribunal competente». Un completo análisis sobre esta cuestión realiza Yasmin Naqvi en “Estatuto de prisionero de guerra...”. Op. Cit.

Guantánamo. En un fallo histórico, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos alegó jurisdicción sobre asuntos concernientes a la justicia militar, pues en junio de 2004, en la causa *Rasul vs. Bush*, la Corte resolvió que los tribunales federales tienen jurisdicción para examinar recursos de hábeas corpus de ciudadanos extranjeros detenidos en la bahía de Guantánamo.

Al respecto, la administración norteamericana, en respuesta a la decisión del tribunal, estableció el "Combatant Status Review Tribunal (CSRT)", paneles de tres oficiales militares, cuyo único objetivo es confirmar o rechazar el estado de los detenidos como un supuesto "enemigo combatiente", distando de ser un tribunal que examine la legalidad de la detención de cada prisionero. Según Amnistía Internacional no se trata de una corte, ni un "tribunal competente" requerido por la Tercera Convención de Ginebra, pues el detenido no tiene acceso a asesoría legal o a la evidencia secreta.¹⁵⁴ Asimismo, se decidió que cada detenido confirmado como "enemigo combatiente" tenga una revisión anual de su caso por un Comité Examinador Administrativo (ARB), para determinar si continúa siendo una amenaza para los Estados Unidos o sus aliados, o si hay otros factores que indican la necesidad de continuar la detención.¹⁵⁵

Por último, aún los combatientes ilegítimos o ilegales que no gozan del estatuto de prisionero de guerra, no quedan excluidos del sistema de protección del derecho humanitario, sino que deben ser tratados con humanidad, y gozan de las garantías básicas de un trato digno que les confiere el Art. 75 del Protocolo I,¹⁵⁶ aplicable a cualquier persona que se halle en poder de una parte en conflicto y no tenga derecho

¹⁵³ En NAQVI, Yasmin "Estatuto de prisionero...". Op. Cit.

¹⁵⁴ "El continuo limbo legal". 1 de junio de 2005. www.amnistiainternacional.org

¹⁵⁵ Tras la resolución de junio de 2004, los abogados que representan a detenidos de Guantánamo presentaron recursos de hábeas corpus ante el tribunal federal de primera instancia de Washington DC. El primer juez del tribunal federal de primera instancia que interpretó la decisión *Rasul*, el juez Richard Leon, falló a favor de la autoridad ejecutiva del presidente de Estados Unidos, George Bush, en tiempo de guerra, sosteniendo que los detenidos de Guantánamo no tenían derecho a impugnar la legalidad de su detención. Dos semanas después, la jueza federal de primera instancia Joyce Hens Green dio una opinión contraria. Rechazó el argumento del gobierno de que los detenidos no tienen derechos sustanciales, y declaró que los detenidos tenían el derecho constitucional, conferido por la Constitución estadounidense, a no ser privados de la libertad sin el debido proceso legal. Al momento de escribirse estas líneas, el gobierno de Bush está tratando de que un tribunal superior –la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia– resuelva a su favor el conflicto entre las opiniones de los dos jueces y es probable que se presente recurso ante la Corte Suprema de Estados Unidos. Mientras tanto, los detenidos continúan en un limbo legal, sin que se haya revisado judicialmente la legalidad de su detención.

¹⁵⁶ Protocolo Adicional I de 1977. Art. 75: "... las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo,

a un trato más favorable. Las "garantías fundamentales" estipuladas en el artículo 75 fueron aceptadas explícitamente por Estados Unidos como derecho internacional consuetudinario vinculante. En 1987, Michael J. Matheson, asesor jurídico adjunto de la Administración Reagan, se pronunció sobre la posición de los Estados Unidos, en tanto que Estado no Parte en el Protocolo I, con respecto a la naturaleza consuetudinaria de algunos artículos del mismo, como el Art. 45- relativo a la protección de personas que han tomado parte en las hostilidades- así como el Art. 75- relativo a las garantías fundamentales.¹⁵⁷

Charles Allen, Consejero para Asuntos Internacionales del Departamento de Defensa de Estados Unidos en 2002, reafirmó en una entrevista a Crimes of War Project¹⁵⁸ que para Estados Unidos todos los detenidos en Guantánamo están protegidos por el derecho consuetudinario. "El régimen legal a aplicar es el derecho consuetudinario de los conflictos armados, pues a pesar de ser técnicamente inaplicable las convenciones de Ginebra por el carácter particular de los miembros de la red terrorista, Estados Unidos respeta el espíritu de los convenios tratando humanamente a los detenidos, incluso considerando como costumbre internacional las disposiciones de los protocolos adicionales de los cuales Estados Unidos no forma parte".¹⁵⁹

En suma, cuando la lucha contra el terrorismo adopta la forma de un conflicto armado, los Estados están obligados a respetar los principios del derecho internacional humanitario y esto implica el respeto a las normas de la guerra referentes al estatuto del combatiente y al trato de los prisioneros de guerra. Al margen de la índole del conflicto, las personas privadas de libertad no pueden ser detenidas e interrogadas fuera de un marco jurídico adecuado, pues el DIH debe ser respetado independientemente de cual de las partes inició el conflicto y los argumentos que lo provocaron, es decir, independientemente del *jus ad bellum*.

de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable de...".

¹⁵⁷ "The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Convention", Michael J. Matheson, 2 Am. U. J. Int' L. & Pol. 419-31, 1987).

¹⁵⁸ Incluso el Consejero norteamericano señala que resulta difícil precisar cuando empezó el conflicto, si el 11 de septiembre de 2001 o incluso antes. Ver DWORKIN, Anthony. "Law and teh Campaign against terrorism: the view from the Pentagon". Crimes of War Project. www.crimesofwar.org

¹⁵⁹ DWORKIN, Anthony. "Law and ...". Pág. 4.

La comunidad internacional frente a la situación de los prisioneros en Guantánamo

Las condiciones mínimas de humanidad deben respetarse en todo conflicto armado, pues el *derecho internacional de los derechos humanos* es el cuerpo legal que participa y auxilia al DIH y es en todo tiempo aplicable, incluso en situaciones bélicas. El Art. 75 del Protocolo I referente a las garantías fundamentales es esencial para resguardar el respeto de los derechos humanos de todo prisionero que no sea beneficiado por una condición más favorable. Entre estas disposiciones se halla la prohibición de atentar contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular, el homicidio; la tortura de cualquier clase, las penas corporales; las mutilaciones, etc.

Luego de que varios medios¹⁶⁰ mostraran las condiciones en las que se encuentran los detenidos en la isla de Guantánamo y las numerosas denuncias de malos tratos, torturas, sometimiento a condiciones inhumanas por parte de organizaciones de derechos humanos, el caso preocupa a la comunidad internacional.

- El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria se ha pronunciado a favor de que los presos de Guantánamo tengan derecho a que el carácter ilegal de su detención sea examinado por un tribunal competente.
- El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha determinado que los presos de Guantánamo tienen derecho a ser protegidos por los instrumentos jurídicos pertinentes. Sin embargo, la Comisión rechazó el pasado 21 de abril del 2005 una propuesta presentada por Cuba para investigar la situación en la base militar estadounidense.
- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha requerido que Estados Unidos tome las medidas urgentes necesarias para que el régimen jurídico de los presos de Guantánamo sea determinado por un tribunal

¹⁶⁰ Incluso en un artículo de su edición del 9 de mayo de 2005, el semanario estadounidense Newsweek publicó una información según la cual soldados estadounidenses en Guantánamo habían tirado ejemplares del Corán a los retretes de la base militar para irritar a los prisioneros musulmanes. Los prisioneros afirmaron al Comité Internacional de la Cruz Roja que hubo varios casos de profanación del Corán en el campo de detención, lo cual se suma a la polémica al ser el respeto a la religión de los prisioneros un tema sensible y punto evocado en el derecho humanitario internacional. Un prisionero tiene el derecho a practicar su religión y debe ser respetado su credo. Aunque presionada por el Gobierno estadounidense, Newsweek se retractó una semana después de la publicación del artículo, que provocó múltiples manifestaciones en el mundo musulmán, sobre todo en Afganistán, donde los choques entre fuerzas del orden y manifestantes dejaron al menos 14 muertos y 120 heridos.

competente.

- El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha solicitado a Estados Unidos que formalice y aclare el destino que se reserva para todos y cada uno de los individuos de Guantánamo y que ponga fin al actual sistema de detención aparentemente indefinida, de conformidad con el DIH.
- En su informe anual 2005, Amnistía Internacional denunció la grave situación de los prisioneros en Guantánamo. En su introducción, el informe dice que *"la 'guerra contra el terror' parece más efectiva desgastando los principios de los derechos humanos internacionales que combatiendo el 'terrorismo' internacional."*¹⁶¹ Amnistía calificó a la base norteamericana de Guantánamo como el "gulag" de nuestros tiempos, en referencia a los campos de prisioneros de la ex URSS.¹⁶²

El campo de prisioneros de Guantánamo también genera repercusiones negativas dentro de la propia elite política de Washington. Numerosos asesores reconocen que Guantánamo, poco contribuye a mejorar la imagen de Estados Unidos en el mundo y frente a las presiones internas y de la comunidad internacional, la administración Bush está analizando a la fecha rever su permanencia.¹⁶³

Es imperioso que la comunidad internacional aúne esfuerzos por investigar profundamente las denuncias sobre el uso de técnicas de interrogatorio violatorias de la Convención de la ONU contra la Tortura así como las denuncias de intimidación y amenazas. El trato debido a las víctimas de los conflictos armados, es un eje axial de todo el andamiaje normativo del derecho internacional humanitario.

¹⁶¹ Informe 2005 de Amnistía Internacional. (<http://web.amnesty.org/report2005/index-esl>).

¹⁶² Luego Amnistía suavizó la utilización del término "gulag", declarando que "esta metáfora se empleó porque, para muchas personas, Guantánamo se ha convertido en un símbolo de los abusos contra los derechos humanos y del abuso arbitrario del poder del Estado, igual que lo fue el gulag durante la época de Stalin. Esta es la realidad, y es muy diferente de insinuar que Guantánamo es literalmente un gulag o de compararlo con un gulag soviético." www.amnestyinternational.org

¹⁶³ Sin embargo, a pesar de que el presidente norteamericano haya demostrado voluntad para analizar la posibilidad de cerrar la base de Guantánamo en declaraciones a la cadena Fox, el jefe del Pentágono, Donald Rumsfeld, aseguró que "no hay ningún plan para cerrar Guantánamo". La polémica llegó al Congreso, donde se organizaron unas audiencias en las que el brigadier general Thomas Hemingway, uno de los más altos oficiales de la Fuerza Aérea estadounidense, dijo que "hay que mantener Guantánamo todo el tiempo que dure la guerra contra el terrorismo". Ver SIERRA, GUSTAVO. "Guantánamo vuelve a sacudir a Washington". Clarín. 19 de junio de 2005.

CONCLUSION FINAL

Los ataques terroristas contra la vida humana y los bienes no sólo han provocado angustia y sufrimiento a las víctimas individuales. A menudo han tenido efectos de gran alcance en la vida de una nación, e incluso en el curso de la historia. En 1914, por ejemplo, el asesinato del príncipe de la Corona austríaca en Sarajevo desencadenó la Primer Guerra Mundial.

Los actos de terrorismo suelen perpetrarse en el marco de un conflicto armado o estar indirectamente vinculados con él, al ser provocados usualmente en situaciones en las que la pacífica resolución de los diferendos entre grupos litigantes no ha logrado poner fin al conflicto. Por sólo citar algunos ejemplos: la guerra que culminó en la independencia de Argelia, la represión de los movimientos independistas de la Unión Soviética, el conflicto armado en Colombia, los acontecimientos que han asolado a Irlanda del Norte durante años, los enfrentamientos en varios países de Africa y los aún no resueltos en Medio Oriente.

Especialmente luego del 11-S, el derecho internacional humanitario enfrenta enormes desafíos de singular importancia para el devenir de este cuerpo normativo en el contexto internacional actual. Como nunca antes los gobiernos utilizan la fuerza armada en territorios extranjeros con la intención de combatir lo que perciben como “terrorista” o relacionado con focos terroristas, lo que atañe el peligro de que la “guerra contra el terrorismo” se convierta en la justificación para el uso de la fuerza armada contra otro país. Mientras la noción de “guerra” contra el terrorismo es un slogan político, comparable a la “guerra contra la pobreza”, o la “guerra contra el sida”, los ataques en terceros países transforman la campaña en un verdadero conflicto armado en el sentido de las leyes de la guerra.

En la introducción se planteó el interrogante acerca de si la actual lucha antiterrorista representa un nuevo corte histórico para el derecho internacional humanitario cuando la misma implica un conflicto armado, así como en los años 70’s las guerras de liberación nacional y guerrillas condujeron a una revisión de las normas del DIH vigentes en la época. ¿Es necesaria una nueva revisión ante la actual coyuntura?. Si bien ningún derecho es perfecto ni inmutable, y tampoco lo es el derecho internacional humanitario, la respuesta al interrogante es negativa si consideramos que el Derecho de los Conflictos Armados vigente es el régimen jurídico

donde se debe encontrar la respuesta legal al fenómeno del terrorismo cuando el mismo desencadena un conflicto armado, siendo su propósito proteger y asistir a las víctimas de tales conflictos. Hemos examinado las principales normas de los Convenios y Protocolos y se ha constatado que lejos de presentar un vacío legal con respecto a los actos de terrorismo, la legislación internacional que brinda el DIH prohíbe dichos actos o la intención de cometerlos mediante la amenaza, constituyendo graves violaciones que son prohibidas sin excepción ni reserva.

Ahora bien, ¿es suficiente el régimen legal del Derecho de los Conflictos Armados para combatir el terrorismo? La respuesta también es negativa, pues si bien vimos que los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, así como otros tratados de derecho internacional y el derecho consuetudinario, prohíben los actos terroristas cometidos en el transcurso de un conflicto y, por lo tanto, nos proporcionan las herramientas fundamentales e indispensables para luchar contra el terrorismo, también se ha remarcado que el derecho internacional humanitario no es aplicable a los actos terroristas cometidos fuera de este ámbito de aplicación. En tales casos, el régimen legal aplicable es el derecho interno de los Estados en particular y el derecho internacional público en general. En este sentido, es fundamental el deber jurídico de los Estados de dictar las normas de derecho interno necesarias para la plena implementación de los Acuerdos y Convenios Internacionales vinculados a la lucha contra el terrorismo, mediante la debida tipificación de los delitos y la aplicación de las penalidades correspondientes a su comisión, a fin de evitar su impunidad.

El terrorismo es un fenómeno con múltiples y complejas causas que atañen también al esfuerzo de los Estados y la sociedad civil, por tanto, el derecho internacional humanitario no puede erradicar el terrorismo por si solo a pesar de constituir una herramienta para avanzar en dicha dirección. En este sentido, EE.UU. no ha ratificado el Protocolo I de 1977, siendo el instrumento clave que refuerza el arsenal jurídico necesario para luchar contra el terrorismo. Al haberlo ratificarlo ya 160 Estados, han confirmado su importancia para la protección de las víctimas de la violencia.

Por su parte, la ausencia de una definición sobre terrorismo, acto terrorista o grupo terrorista, no responde a una imposibilidad técnica de abordar el término, sino a la falta de una *opinio juris*, especialmente en el ámbito *ratione personae*, sumado esto a la falta de consenso a nivel político. Es necesario conformar entonces, normas de derecho positivo, es decir, en la práctica y la voluntad de los soberanos y los Estados, capaces de abrir el camino para el reconocimiento de normas de alcance universal que trasciendan las líneas de fractura de las culturas y religiones, a fin de avanzar en el proceso constructivo de un régimen efectivo para combatir el flagelo que amenaza a

la seguridad de todos. Sin una definición universalmente compartida acerca de que entendemos cuando hablamos de actos terroristas, este proceso se dificulta, siendo por ello necesario un concepto común de terrorismo capaz de establecer normas que posibiliten su represión.

Por otra parte, a lo largo de este trabajo se ha insistido en la importancia de la autonomía entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*. Actuar en dos direcciones defendiendo varios derechos bajo el primero pero denegando la aplicación de puntos centrales del segundo, erosiona deliberadamente el principio de igualdad de los beligerantes. La teoría discriminatoria de las leyes y costumbres de la guerra lleva justamente a una agüera sin limitaciones. Un beligerante no debería invocar el hecho de que es víctima de una agresión o que defiende una causa justa para liberarse de las obligaciones dimanantes de las leyes y costumbres de la guerra y en particular de las exigencias del DIH.

En alusión a estas reflexiones, el caso de los detenidos en la base norteamericana de Guantánamo es paradigmático. Hacer comparecer ante la justicia a presuntos criminales es sin duda un requisito fundamental para garantizar el respeto de los compromisos humanitarios, pero el mismo garantiza también un trato humano a las personas que han cometido un crimen, sean terroristas, sean civiles, sean militares. Toda tentativa de los Estados de soslayar esas garantías judiciales mínimas es contraria al espíritu y letra del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Resulta esencial que el acusado esté habilitado para hacer valer su derecho al estatuto de prisionero de guerra y que un tribunal judicial resuelva su situación jurídica, en un marco de respeto de las medidas procesales penales reconocidas en numerosos pactos y tratados internacionales: *nullum crimen, nulla pena sine previa legem*, igualdad y no discriminación, irretroactividad de la ley penal, *indubio pro reo*, juez natural, intimación e imputación, inocencia, amplitud y legitimidad de la prueba, publicidad del proceso, doble instancia, cosa juzgada, derecho de audiencia, defensa en sí, sentencia justa y congruente.¹⁶⁴

A lo largo del trabajo también se ha remarcado la vinculación integral entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario, pues ambos comparten un núcleo de derechos no derogables y un propósito común de proteger la vida y la dignidad humana. Ciertas garantías básicas se aplican en todas las circunstancias, incluidas las situaciones de conflicto, y ello se refleja en la designación de ciertas protecciones relacionadas con la persona, como normas perentorias (*jus cogens*) y obligaciones *erga omnes*, en un vasto conjunto de derecho de los tratados,

principios de derecho internacional consuetudinario, así como en la doctrina y práctica de los órganos de derechos humanos.

La creación de la Corte Penal Internacional, tal vez el acontecimiento más importante desde la aprobación de la Carta de Naciones Unidas, implica un avance fundamental de la comunidad internacional hacia la prevención de los actos terroristas y el debido procesamiento de los presuntos autores. Como se ha analizado, el crimen de terrorismo no está tipificado en el Estatuto de Roma pero sí cuadraría en el amplio listado de crímenes de lesa humanidad. Por su parte, los actos terroristas cometidos en el ámbito de un conflicto armado, constituyen “crímenes de guerra”.

El 11 de septiembre marcó sin dudas un punto de inflexión histórico e impulsó el surgimiento de nuevas hipótesis de análisis en materia de derecho internacional humanitario. Los atentados en Londres y en Sharm el Sheij en julio pasado, son muestra de que los terroristas avanzan en su consolidación como actores centrales de la dinámica de los asuntos internacionales.

Es imperante entonces abordar estos desafíos mediante un debate constructivo, proceso que estimulará futuras definiciones con implicancias tanto en la esfera del derecho en su conjunto como en el devenir de la política internacional. En relación a esta última, podemos caracterizar al sistema internacional actual como un “juego de ajedrez tridimensional”,¹⁶⁵ en cuyo tablero superior ubicamos a los *temas militares* interestatales clásicos, donde es indiscutible hablar de unipolaridad norteamericana; en el tablero intermedio, el de los *asuntos económicos* entre Estados, la distribución de poder es sin embargo multipolar: Estados Unidos, la Unión Europea, Japón, Rusia, China y otros Estados emergentes determinan en gran medida las relaciones en términos de comercio, antimonopolio o regulación financiera. Y por último, en el tablero inferior, el de los *asuntos transnacionales*, el poder está ampliamente repartido entre actores estatales y no estatales, como los grupos terroristas dentro del segundo caso. En el contexto de esta distribución de poder, en un primer momento los acontecimientos del 11-S potenciaron la importancia de una cooperación e integración más estrecha entre Estados Unidos y las democracias europeas en pos de hacer frente a las nuevas amenazas a la seguridad mundial como son el terrorismo y las armas de destrucción masiva. Sin embargo, la percepción del terrorismo y su forma de dar respuesta al mismo es diferente a ambas orillas del Atlántico: Estados Unidos optó por un “*planteamiento bélico*”, basado en la *ofensiva* y las actuaciones preventivas ante el ataque del 11-S, potenciando así los recursos militares para hacer frente a la

¹⁶⁴Se sigue de forma ejemplificadora la enumeración contenida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

amenaza. Por su parte, Europa se inclina hacia una “*gestión de riesgos*”,¹⁶⁶ partidario de una estrategia *defensiva*. Muestra de ello es el retiro de tropas españolas del escenario iraquí luego de los atentados del 11 de marzo del 2004, cuando España fue víctima del múltiple atentado en la estación ferroviaria de Atocha, en Madrid.

En un trabajo reciente sobre las relaciones entre Estados Unidos y Europa, uno de los más influyentes asesores de George W. Bush y prestigioso académico, Robert Kagan, sostenía que los Estados Unidos deben ejercer su poder “en un mundo anárquico y hobbesiano, en el cual las leyes y normativas internacionales son inseguras e inciertas, y la verdadera seguridad, defensa y promoción de un orden liberal todavía dependen de la posesión y uso de la fuerza militar”.¹⁶⁷ Esta visión *realista* de la actual administración norteamericana se ve plasmada en su política exterior, cuyo incremental “*multilateralismo selectivo*” se refleja en el rechazo al establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI); la no ratificación del tratado C.T.B.T. sobre pruebas nucleares, la no ratificación de las cláusulas del Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático, el rechazo también a la verificación de las medidas del Tratado sobre de Armas Biológicas, entre otras.

Esta postura unilateral de Estados Unidos en varios aspectos del derecho internacional, refleja una concepción de los regímenes internacionales como funcionales al auto-interés de los Estados. Keohane y Nye señalan al respecto que la forma de los regímenes “dependerá en gran parte de sus miembros más poderosos abocados a la consecución de sus propios intereses”.¹⁶⁸ No obstante ello, el propósito de estos regímenes es precisamente sustraer ciertas áreas de la política internacional del ámbito de las prácticas unilaterales,¹⁶⁹ al proporcionar un conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos decisionales pactados por la comunidad internacional para otorgar elementos de orden y certidumbre a la “anarquía hobbesiana” del sistema.

Los gobiernos establecen regímenes para tratar problemas íntimamente relacionados que deben por ello tratarse en conjunto. En este sentido, el derecho internacional humanitario como *conjunto de principios, normas, reglas, y procedimientos de toma de decisiones que configuran las expectativas de los actores*, somete a un régimen jurídico universalmente aceptado el derecho al recurso a la

¹⁶⁵ NYE, Joseph. “Poder y Estrategia de Estados Unidos después de Irak”. Foreign Affairs. Julio- Septiembre 2003.

¹⁶⁶ Diferenciación realizada por RICHARD Nelson, en “La potenciación del papel de la OTAN en la lucha antiterrorista”. Revista NATO REVIEW. Otoño 2004

¹⁶⁷ KAGAN, Robert. “Power and Weakness”. Policy Review. October 2002.

¹⁶⁸ KEOHANE, R. y NYE, R., “Poder e Interdependencia”. G.E.L., Buenos Aires” 1988, p. 35.

fuerza con el fin de disminuir la violencia y sufrimiento tanto de los combatientes como de la población civil. Los objetivos de los Estados se optimizan mediante la coordinación intergubernamental, no actuando por afuera del conjunto de normas legitimadas por la comunidad de naciones. Por tanto, un régimen se debilita *si no sirve a nadie*, no *si no sirve a uno*.

El derecho internacional contemporáneo es un régimen dotado de un amplio andamiaje de principios, normas y procedimientos para tratar al terrorismo mediante sus normas de derecho positivo. El terrorismo exige una respuesta de carácter amplio, sostenido y mundial, al constituir una amenaza para toda la comunidad internacional. En este sentido, la reciprocidad es la base de los regímenes internacionales, los cuales viabilizan la concreción de políticas cooperativas en la política internacional.

Toda vez que *los hechos preceden al derecho*, debatir las perspectivas y desafíos que enfrenta el derecho internacional de los conflictos armados en el contexto de la lucha contra el terrorismo, será un paso esencial hacia la construcción de un sistema eficaz para reprimir al “flagelo del siglo XXI”. Como señaló François Bugnion, se trate de "*guerra contra el terrorismo*" o de cualquier otra forma de conflicto, es necesario velar por que no se destruyan con las armas los valores que se pretenden proteger con ellas.

¹⁶⁹ HASENCLEVER, Andreas, et al., "Las teorías de los Regímenes Internacionales: Situación actual y propuestas para una síntesis", Revista Foro Internacional (158). Octubre-Diciembre, 1999, ps. 499-500.

BIBLIOGRAFÍA

(Por orden alfabético)

- BUGNION, François. "Guerra justa, guerra de agresión y derecho internacional humanitario". Revista Internacional de la Cruz Roja N° 847. Septiembre 2002.
- CASE, Abella. "Interamerican Comisión on Human Rights". Reporte N° 55/97. Caso N° 11.137. Noviembre 1997.
- COPPER, Robert. "Order, Force and Law in a New Era". Revista Crimes of War. Enero 2001.
- DEZA ALARCÓN, Benigno. "Desafíos de la Defensa y Seguridad en el Siglo XXI: ¿Continuidad y Cambio? Elementos de un Régimen de Cooperación para la Defensa Inter-Americana". Center for Hemispheric Defense Studies, 2002.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. "Instituciones de Derecho Internacional Público". Madrid, Tecnos, 1973.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, "Las Organizaciones Internacionales". Madrid, TECNOS, 1997.
- DWORKIN, Anthony. "Law and the Campaign against terrorism: the view from the Pentagon". Revista Crimes of War Project, Diciembre 2002.
- FERNANDEZ FLORES, José. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: su precisión". Cruz Roja Española. Mayo/ Junio 1991. N°105.
- FORSYTHE, David P. "International humanitarianism in the contemporary world: forms and issues." Junio 2005. Working paper N° 22.
- GOMEZ- ROBLEDO, Alonso. "Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional". México, UNAM, 2003.
- GRAMAJO, Juan Manuel. "El Estatuto de la Corte Penal Internacional". Buenos Aires, Ábaco, 2003.
- HANS-PETER, Gasser. "Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law". International Review of the Red Cross. Septiembre 2002. Vol. 84. N° 847.
- HASENCLEVER, Andreas. "Las teorías de los Regímenes Internacionales: Situación actual y propuestas para una síntesis". Revista Foro Internacional. Octubre-Diciembre 1999, N° 158.
- HAZAN. P. "Le droit Humanitaire doit s`adapter". París, Liberation, enero 2002.

- HOFFMANN, Stanley. "Jano y Minerva. Ensayo sobre la guerra y la paz". Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.
- HOWARD, Michael. "What's In A Name?: How to Fight Terrorism." Foreign Affairs. Enero / Febrero 2002. Vol. 81. Nº 1.
- HURRELL, Andrew, "Teorías de regímenes internacionales: una perspectiva europea". Foro Internacional, Octubre-Diciembre 1992.
- Informe Schlesinger sobre las Operaciones de Detención del Departamento de Defensa de Estados Unidos, publicado el 25 de mayo del 2005. (<http://www.defense.gov/news/Mar2005/d20050310exe.pdf>)
- KAGAN, Robert. " Power and Weakness". Revista Policy Review, October 2002.
- KEOHANE, R. y NYE, R. "Poder e Interdependencia". Buenos Aires, GEL, 1988.
- KOLB, Robert. "Origen de la pareja terminológica ius ad bellum / ius in bello". Revista Internacional de la Cruz Roja. Enero 1997. N° 143
- KRASNER, Andr ew, "Teorías de regímenes internacionales: una perspectiva europea". Foro Internacional, Octubre-Diciembre 1992.
- KRASNER, S. "Conflicto estructural: el Tercer Mundo contra el Liberalismo Global". Buenos Aires, GEL, 1989.
- M EGRET Frederic. "War? Legal Semantics and the Move to Violence. Journal Environmental Law. Publicado por Oxford University Press. 2002, Vol.13, N° 2.
- NAERT, Frederick." The impact of the fight against terrorism on the ius ad bellum". Institute of International Law. University of Leuven- Belgium.. Enero del 2005. Documento de Trabajo No 68.
- NAQVI, Yasmin. "Estatuto de prisionero de guerra: casos de duda". Revista Internacional de la Cruz Roja. Septiembre del 2002. N° 847.
- NEIER, Aryeh. " Did the era of Rights end on September 11?". Revista Crimes of War. Septiembre 2002.
- NYE, Joseph. "Poder y Estrategia de Estados Unidos después de Irak". Foreign Affairs. Julio- Septiembre 2003.
- OMEDAS DOMENECH, José Luis. "Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura. "Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas", en "Lecciones y Ensayos". Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2002.

- PICTET, Jean. "Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario". *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Enero 1986. Ref. 2059
- PUCHALA, Donald J. and Raymond F. HOPKINS. "International Regimes: Lessons from Inductive Analysis." In Stephen D. Krasner, ed., *International Regimes*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1983.
- RATNER, Steven. "Rethinking the Geneva Conventions". *Revista Crimes of War Project*. Enero de 2003.
- RICHARD Nelson, en "La potenciación del papel de la OTAN en la lucha antiterrorista". *Revista NATO REVIEW*. Otoño 2004
- RIEFF, David. "What is really at Stake in the US Campaign against terrorism". *Revista Crimes of War Project*. Septiembre 2002.
- ROBLEDO, Marcos. "Tendencias Globales de la Política Internacional Como Marco Analítico para los Atentados Contra Estados Unidos". Noviembre de 2001. www.asuntospublicos.org
- RONA, Gabor. "El CICR en el mundo". Mayo del 2004. www.cicr.org
- RONA, Gabor. "Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror". Artículo publicado en "Fletcher Forum of World Affairs". Otoño 2003. Vol. 27:2.
- SALOMÓN GONZÁLEZ, Mónica. "La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones". *Revista Cidob D'Afers Internacionals*. Diciembre 2001-Enero 2002. N° 56,
- SASSÒLI, Marco. "La guerra contra el terrorismo, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra". Publicado en "Lecciones y Ensayos". Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2002.
- SASSÒLI, Marco. "La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario". *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Junio 2002. N° 846.
- STEWART, James. "Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados". *Revista Internacional de la Cruz Roja*. 2003, N° 850.
- SWINARSKI, Christopher. "Del terrorismo en el derecho internacional público". Publicado en "Lecciones y Ensayos". Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2002.
- TOSCANO, Roberto. "Por una definición del terrorismo". Publicado en *Diario EL PAIS*, 30 de julio del 2002.

- URIBE OLGUIN, Francisco. “La lucha contra el terrorismo. Un enfoque humanista”. Universidad Autónoma de México, México, 2003.
- VIDOLETTI, Fabián. “El futuro de Guantánamo en debate.” FUNIF (Fundación para la Integración Federal). Junio 2005.
- WEDGEWODD, R. “Personal View: Prisoners of a different war”. Publicado en Financial Times, 30 de enero de 2002.
- DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA. “Los mecanismos de control y sanción a las violaciones del derecho internacional humanitario.” Universidad Nacional de Córdoba, 1997, Vol. 5, No. 1.

Informes del Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional

- “Ius ad bellum; ius in bello: ¿quid?”. Tomado de “Derecho internacional humanitario: Respuestas a sus preguntas”. Mayo de 1998.
- “El derecho internacional humanitario al comienzo del siglo XXI.”
- “Normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario”. Octubre del 2003.
- Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja para Información de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). “Aplicación nacional del Derecho Internacional Humanitario”. Julio del 2000.
- “¿Es aplicable el derecho humanitario en los conflictos nuevos?” Tomado de Derecho internacional humanitario: Respuestas a sus preguntas. Mayo de 1998.
- “¿Qué tratados forman el derecho internacional humanitario?” Tomado de “Derecho internacional humanitario: Respuestas a sus preguntas”. Mayo de 1998.
- “Las reacciones del CICR ante el Informe Schlesinger”. Septiembre 2004.
Disponibile en www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList454

Informe de Amnistía Internacional

Informe Anual 2005. <http://web.amnesty.org/report2005/index-esl>

Páginas web de organizaciones consultadas

AMNISTIA INTERNACIONAL- www.amnistiainternacional.org

COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA- www.cicr.org

HUMAN WATCH- www.humanwathc.org

ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS- www.un.org

Periódicos y Revistas consultadas

AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW- www.asil.org/

CRIMES OF WAR- www.crimesofwar.org

EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW- www.ejil.org

FOREIGN AFFAIRS - www.foreignaffairs.org

GLOBAL POLICY FORUM- www.globalpolicy.org/

HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL- www.law.harvard.edu

HEIDELBERG JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (HJIL)

INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS- www.icrc.org/eng/review

POLICY REVIEW- www.policyreview.org

THE WASHINGTON POST- www.washingtonpost.com