



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento Ciencias Sociales

Licenciatura en Relaciones Internacionales

***¿Hostis humani generis?: el estatus jurídico
de los terroristas bajo el derecho
internacional humanitario***

Autora: Luciana Florencia Lucotti

Legajo: 25.182

Mentor: Emiliano J. Buis

Victoria, Buenos Aires, Argentina, 31 de julio de 2018

Índice

Agradecimientos	
Introducción.....	1
Capítulo 1: Problema de Investigación y Estado de la Cuestión.....	3
1.1 Problema de Investigación.....	3
1.2 Estado de la Cuestión.....	3
1.2.1 En búsqueda de una definición consensuada de “terrorismo”	4
1.2.2 Criminalización de actos terroristas	5
1.2.3 El lugar del derecho internacional humanitario y la imagen del “terrorista”	8
Capítulo 2: Marco Teórico	11
2.1 La evolución del <i>ius in bello</i>	11
2.2 <i>Ius in bello</i> vs. <i>Ius ad bellum</i>	16
2.3 Ámbitos de validez del derecho internacional humanitario.....	19
2.3.1 Ámbitos de aplicación material.....	20
2.3.2 Ámbitos de aplicación temporal.....	21
2.3.3 Ámbitos de aplicación espacial.....	22
2.3.4 Ámbitos de aplicación personal	22
Capítulo 3: Estatus jurídico de los terroristas.....	28
3.1 El terrorismo en el derecho internacional: breve descripción.....	29
3.2 La participación de terroristas en conflictos armados	31
3.3 Terroristas en conflicto armado no internacional	37
3.4 Terroristas en conflicto armado internacional	39
3.4.1 <i>Combatientes ilegales</i> sin protección bajo el DIH.....	40
3.4.2 Civiles	46
3.4.3 Combatientes.....	50
3.5 Protección bajo el DIH	54
3.6 Responsabilidad Individual.....	57
Capítulo 4: Conclusión.....	60
Bibliografía.....	63

Agradecimientos

A mi mentor, Emiliano Buis, por haberme introducido al mundo del derecho internacional humanitario. Pero sobre todo, por su paciencia y dedicación durante el proceso de elaboración de este trabajo de graduación.

A la Universidad de San Andrés, por estos cuatro años repletos de experiencias invaluableles.

A mi querido profesor y amigo, Fabián Bares, por confiar en mí y alentarme a seguir mi vocación.

A mi hermana del corazón, Azul, por hacer más divertida la experiencia universitaria.

A mis amigos inigualables, Made, Lu, Lauti, Juampi y Kevin.

A Rocío, amiga y editora oficial de este trabajo.

A Alejandro, por su afecto y apoyo incondicional en tiempos de crisis. También a su hermosa familia, Alejandra e Ignacio, por su cariño y por preguntar reiteradamente: ¿Cómo va la tesis?

A mi hermanita, Antonella, por ser al mismo tiempo, molestia constante y compañera fiel.

A mis padres, por enseñarme la importancia de la educación y el valor del esfuerzo. Por apoyarme durante todos estos años lejos de casa.

Introducción

En el derecho internacional existe una expresión jurídica que describe a aquellas personas que con su conducta se posicionan por fuera de la ley. Como parias y bandidos, son enemigos de la raza humana y, por lo tanto, es derecho y obligación de cada Estado detenerlos y juzgarlos. Originada en las antiguas leyes marítimas, la locución *hostis humani generis* (“enemigo de la especie humana”) refería a los piratas, *outlaws*, sujetos que por propia voluntad perdían todo amparo de la ley. Por la crueldad de sus ataques, su desinterés hacia la población civil y su visión “incompatible” del mundo, los terroristas son vistos en la actualidad como aquellos piratas: enemigos de la humanidad (Detter 2007). Empero, es necesario resaltar que hasta el criminal más salvaje posee derechos fundamentales que no pueden ser derogados por la crueldad de sus actos. Esta premisa vale tanto en tiempos de paz como en contexto de guerra.

Durante un conflicto armado, el derecho internacional humanitario (DIH) es el ordenamiento jurídico encargado de regular los medios y métodos de combate, al mismo tiempo que protege a aquellas personas que no participan (o han dejado de hacerlo) de las hostilidades. Su aplicación no depende de la legitimidad del uso de la fuerza que dio lugar al conflicto, ni tampoco de los valores (o falta de ellos) de quienes participan. Uno de los principios que enmarcan el DIH es la distinción entre combatientes y no combatientes: mientras los primeros son objetivos atacables (si bien no de cualquier modo), los segundos deben ser protegidos en la mayor medida posible. Para cada grupo, el derecho de la guerra confiere protecciones y obligaciones particulares. Por consiguiente, el estatus es importante porque determina los derechos que amparan a una persona que se encuentra en medio de un conflicto armado.

Sin embargo, durante el conflicto en Afganistán, la distinción entre combatientes y no combatientes se desdibujó. Aludiendo a una supuesta “laguna jurídica”, la Administración de George W. Bush resolvió calificar como *combatientes ilegales* a aquellos terroristas de Al-Qaeda detenidos durante el conflicto, argumentando que no

pertenecían a ninguna de las dos categorías estipuladas por el derecho internacional humanitario. Como consecuencia, los terroristas no gozaban de protección alguna bajo el derecho de la guerra. La decisión tomada por los Estados Unidos generó incertidumbre dentro de la comunidad internacional, principalmente en organizaciones humanitarias como el Comité Internacional de la Cruz Roja. Al día de hoy, esta incertidumbre persiste al observar que las campañas militares que buscan terminar con la amenaza del terrorismo no cumplen con las normas y valores que se intentan proteger.

El objetivo principal de este trabajo es analizar y sistematizar las respuestas que da la literatura a la cuestión del estatus jurídico de los terroristas bajo el derecho internacional humanitario. Dependiendo de cada estatus, se determinará qué protección le confiere ese cuerpo jurídico. Por último, se expondrá qué responsabilidad individual recae sobre los terroristas por su accionar durante un conflicto armado. Es necesario remarcar que, aunque los actos terroristas se presentan tanto en tiempos de guerra como de paz, este trabajo se limita a los ataques ocurridos en contexto de conflicto armado. Es por esto que se hará énfasis en el rol del DIH.

Puesto que el terrorismo ha sido estudiado desde diferentes ramas de las relaciones internacionales, en el capítulo 1 se revisarán las principales líneas de estudio que refieren al aspecto jurídico de este fenómeno. Teniendo en cuenta que la discusión del estatus jurídico se da en el marco del DIH, el propósito del capítulo 2 será describir su ámbito de aplicación y su relación con el derecho al uso de la fuerza. El capítulo 3 contendrá la participación de actores no estatales en conflictos armados de índole internacional y no internacional, derivando en el análisis del estatus jurídico de los terroristas, su protección y su responsabilidad individual. Finalmente, en el capítulo 4 se presentarán las conclusiones finales.

Problema de Investigación y Estado de la Cuestión

1.1 Problema de Investigación

A través de un análisis de la literatura, este trabajo se propone responder a las siguientes preguntas: *¿Cuál es el estatus jurídico de los terroristas bajo el derecho internacional humanitario (DIH) según la doctrina? ¿Qué protección les brinda el DIH? y, finalmente ¿Qué responsabilidad se deriva de ese estatus?* Se tendrán en cuenta escritos académicos desarrollados entre 1951 y 2018, con especial énfasis en la bibliografía publicada post- 11 de septiembre de 2001.

1.2 Estado de la Cuestión

Esta sección tiene por objetivo revisar los trabajos académicos que han estudiado el fenómeno del terrorismo desde el punto de vista jurídico en el derecho internacional. En primer lugar, se describirán las discusiones que abordan la conceptualización del término “terrorismo” y como esta impacta en el desarrollo de su reglamentación internacional. En segundo lugar, se repasarán los textos académicos que refieren a la criminalización de actos terroristas a través del derecho internacional penal, con especial observación de la cuestión del terrorismo como un crimen de competencia para la Corte Penal Internacional. Por último, en conexión con el tema de investigación del presente escrito, se trabajará la reseña de los argumentos relevantes al DIH y los conflictos armados que involucran a organizaciones terroristas.

1.2.1 En búsqueda de una definición consensuada de “terrorismo”

“Cuanto más confuso es un concepto, más se presta a la apropiación oportunista” (Saul 2006, p. 3)

La falta de una definición general de terrorismo es uno de los tópicos más desarrollados en la literatura que estudia este fenómeno. El término tuvo su primera acepción política en el siglo XVIII, relacionado al terrorismo de Estado jacobino durante la Revolución Francesa. El terror como mecanismo de control estatal siguió durante las guerras mundiales, observable en las políticas del estado totalitario de la Alemania Nazi. Con el tiempo, el concepto de terrorismo dejó de referirse solo a la actividad estatal y empezó a describir los ataques originados por grupos no estatales como los Bolcheviques en la Unión Soviética, y el asesinato de Lord Moyne en Cairo por el grupo militante judío Lehi. Durante el proceso de descolonización posterior a la Segunda Guerra Mundial, y en contexto de las rivalidades ideológicas de la Guerra Fría, la etiqueta del terrorismo se utilizó para describir la violencia ejercida por los grupos de liberación nacional. La última expansión del término se dio con el surgimiento de movimientos religiosos fundamentalistas como Al-Qaeda hacia el final del siglo XX. (Saul 2006)

La ausencia de consenso de la comunidad internacional sobre los actos que pueden definirse como terroristas derivó en el uso irrestricto y poco preciso del concepto. Saul (2006) plantea que la noción de terrorismo tiene la capacidad de deslegitimar cualquier uso de la fuerza etiquetada como terrorista, gracias a su connotación política y moral. Para el autor, “el término es seductor porque parece encapsular un fenómeno de violencia política ampliamente condenado en muchas sociedades como antisocial, amoral, inhumano y desviado.” (Saul 2006, p. 4) Mientras que es posible encontrar factores comunes a la mayoría de las definiciones propuestas por la literatura, como el uso del miedo en ataques violentos con el fin de alcanzar objetivos políticos, ideológicos o religiosos, existen diferencias en cuanto a quiénes ejercen actos terroristas y quiénes son las víctimas de dichos ataques (Williamson 2009, Gross 2016) El borrador de la Convención General sobre Terrorismo Internacional (2002) evidencia estas diferencias ya que, después más de 15 años

del comienzo de las negociaciones, aún no se ha llegado a un acuerdo en tres elementos clave: la definición de terrorismo, la exclusión de fuerzas militares y las luchas de autodeterminación. (Williamson 2009)

Más allá de los intentos por dilucidar el alcance de este concepto, los estudiosos discuten su significancia jurídica. A la luz de las diferentes convenciones destinadas a regular mecanismos comúnmente relacionados con el terrorismo (tales como el secuestro de aviones, el uso de explosivos contra la población civil, entre otros) una parte de la literatura argumenta que el término carece de consecuencia jurídica, o por lo menos que la falta de consenso no significa la existencia de un “vacío jurídico”. Dado que la mayoría de las tácticas terroristas están reguladas por otras áreas del derecho internacional, la dificultad de los Estados para “luchar” contra el terrorismo derivaría de un problema de aplicación de las normas y no de la ausencia de una definición aceptada globalmente. (Higgins 1997, Duffy 2005, Norberg 2010)

Por el contrario, otros autores (Saul 2006, Gross 2004, Gross 2016, Díaz-Barrado 2009, Stephens 2004, Cohen 2012) consideran que una definición general consensuada de terrorismo facilitaría la implementación de medidas anti-terroristas. Saul (2006), por ejemplo, estima que es irreal pensar que el término no tiene utilidad jurídica, ya que una definición comúnmente aceptada permitiría distinguir los tipos de violencia legítimos de aquellos que traspasan los límites de la resistencia violenta legítima. Más importante aún, desistir en la búsqueda de consenso “(...) privilegia a los que están en la posición hegemónica para definir e interpretar el "terrorismo" y para erróneamente marcar a sus enemigos.” (Saul 2006, p. 320)

1.2.2 Criminalización de actos terroristas

Con respecto al enjuiciamiento de individuos por actos terroristas, la literatura discute la capacidad de la Corte Penal Internacional para juzgar crímenes de terrorismo. Esto es relevante porque, a la fecha, es el único tribunal de carácter universal y con naturaleza permanente capaz de juzgar a individuos por crímenes internacionales. Con el Estatuto de Roma (2002) como instrumento constitutivo, la Corte Penal Internacional tiene el objetivo de juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, de guerra,

de lesa humanidad y de agresión (a partir de 2010). Para que la CPI juzgue estos crímenes primero debe demostrarse su jurisdicción de alguna de estas tres maneras: a) A través de la remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad; b) Si el Estado en el que se cometieron los delitos o el Estado cuyos nacionales son sospechosos de ser responsables, ratificaron el Estatuto de Roma o aceptaron la jurisdicción de la Corte; c) En caso de nacionales de Estados que no forman Parte del Estatuto de Roma, la Corte sólo tiene jurisdicción si el Estado en el que se cometieron los delitos es Parte o acepta la jurisdicción de la Corte.¹ En todo caso, debe remarcar que la CPI actúa de manera complementaria al derecho doméstico. En otras palabras, la Corte solo opera cuando los Estados involucrados no toman medidas necesarias para investigar o juzgar a los responsables.

En relación al terrorismo y la competencia de la CPI, la literatura gira en torno a dos cuestiones: 1) Si existe en el derecho internacional consuetudinario un “crimen de terrorismo”; 2) Si de existir, puede considerarse en el Estatuto de Roma como un crimen independiente o estaría en cambio subsumido en los ya existentes (crimen de genocidio, guerra, lesa humanidad y agresión).

Quienes sostienen que no existe un “crimen de terrorismo” consuetudinariamente aceptado en el derecho internacional se basan en la ausencia de un concepto general que defina lo que constituye un acto terrorista. (Norberg 2010, Duffy 2005, Saul 2006, Gross 2016) A diferencia de los crímenes “más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, como describe el Estatuto de Roma a los crímenes de su competencia, no hay evidencia suficiente de la práctica estatal ni *opinio juris* que respalde un supuesto “crimen de terrorismo”. Norberg (2010) contrasta los crímenes internacionales o supranacionales, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y de agresión, y los delitos de carácter transnacional o internacionalizado, como el tráfico de drogas y la corrupción. Los primeros, según la autora, se originan y toman forma a través del derecho internacional (consuetudinario o en base a Convenciones Internacionales), los segundos, por el contrario, tienen su punto de partida en el derecho doméstico y se expanden gracias a un factor externo. Un delito transnacional, por ejemplo, se caracteriza por el traspaso de las fronteras internas de un Estado hasta donde ningún

¹ Art. 12 y 13 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 1998 – Entrada en vigor 2002.

Estado tiene jurisdicción (como en alta mar) o cuando nacionales de varios Estados están involucrados. En otras palabras, los crímenes que derivan del derecho internacional generan un punto de referencia a todos los Estados, a pesar de que en el traspaso de esas normas internacionales al derecho interno las definiciones puedan modificarse, mientras que, respecto de aquellos delitos tipificados en codificaciones domésticas que adquieren su carácter transnacional por elementos foráneos, las definiciones del crimen dependen de la cultura de cada Estado. En relación al terrorismo, Norberg (2010) afirma que, a falta de una definición general en el derecho internacional, los Estados han luchado contra este delito bajo varios nombres.

Lo que apunta Norberg (2010) y los demás autores, es que sin una interpretación universal de “terrorismo”, y por lo tanto, sin un crimen bajo el derecho internacional consuetudinario, la Corte Penal Internacional no tendría la capacidad de incorporar al terrorismo entre los crímenes de competencia, en base al principio *nullum crimen sine lege*.

Cohen (2012) difiere con la postura antes descrita, afirmando que: 1) existe evidencia de *opinio juris* en relación al crimen de terrorismo; 2) la definición de terrorismo propuesta en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999, en adelante Convenio de Financiamiento), dada la cantidad de Estados Parte, podría utilizarse como base para tipificar este crimen dentro del Estatuto de Roma. El autor se basa en una decisión seminal tomada por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, un tribunal internacional establecido en 2009 con el objetivo de investigar y enjuiciar a los responsables del magnicidio de Rafic Hariri en 2005, que identificó una definición de terrorismo internacional en el derecho internacional consuetudinario. Dicha decisión responde a un examen de la legislación y las decisiones tomadas por las cortes domésticas de varios Estados. No obstante, aunque no se reconozca la existencia de *opinio juris*, Cohen (2012) afirma que la noción de terrorismo en el Convenio de Financiamiento es lo suficientemente abstracta y generalmente aceptada como para considerar el terrorismo como un crimen internacional.

Cohen (2012) analiza las vías por las cuales puede criminalizarse el terrorismo bajo la Corte Penal Internacional. Por un lado, el Estatuto de Roma estima la modificación de alguno de sus artículos a través de enmiendas (como la que agregó el crimen de agresión en

2010), y por lo tanto mediante una de ellas se podría incorporar el terrorismo como ramificación de uno de los cuatro crímenes ya establecidos. Por el otro, sería factible añadir el terrorismo como quinto crimen independiente. El autor recomienda la última opción por sobre la primera, dadas las dificultades que pueden surgir de extender los crímenes existentes para investigar comportamientos que no estaban previstos cuando se definió su alcance. Para criminalizar actos terroristas bajo la etiqueta de genocidio según el art. 6 del Estatuto, por ejemplo, deberá demostrarse que las víctimas pertenecían a un grupo nacional, étnico, racial o religioso y, además, que el motivo detrás del crimen es destruirlos parcial o totalmente en cuanto grupo. En el caso del terrorismo, propone Cohen (2012), aunque se llegue a la conclusión de que las víctimas de los ataques conforman un grupo de estas características (ciudadanos occidentales, por caso), sus muertes no son el motivo del ataque sino una forma de concretar otras metas. Por su parte, a través de los crímenes de guerra (art. 8), los ataques terroristas perpetrados por fuera de los conflictos armados no estarían contemplados. Aunque el crimen de lesa humanidad podría abarcar varios tipos de ataques terroristas, las disposiciones del art. 7 que lo definen establecen un umbral mínimo de sistematicidad o generalización difícil de alcanzar por eventos aislados de terrorismo. En cuanto al crimen de agresión, finalmente, los actos perpetrados por actores no estatales caerían por fuera del Estatuto. El autor concluye: “En conjunto, parece que el enjuiciamiento de actos terroristas tendrá más probabilidades de triunfar bajo un crimen de terrorismo individual por separado (...)” (Cohen 2012, p. 250)

1.2.3 El lugar del derecho internacional humanitario y la imagen del “terrorista”

La cuestión del estatus jurídico de los terroristas generó intenso debate en el contexto de la “guerra contra el terrorismo”, en particular, luego de que la Administración de George W. Bush decidiera negar el estatus de prisionero de guerra a los miembros de Al-Qaeda detenidos en Afganistán (trasladados a Guantánamo) durante el conflicto armado, acusados de ser *combatientes ilegales*.

El derecho internacional humanitario, como se discutirá con más detalle en el capítulo 2, regula los medios y métodos de combate al mismo tiempo que protege a las personas que no participan o que ya no participan de las hostilidades. Sus normas se encuentran contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos

Adicionales I y II, en los Convenios de la Haya 1954 y otros tratados relativos a los medios y métodos de combate. El derecho internacional humanitario se basa en la distinción entre combatientes y civiles: los primeros son objetivos legalmente atacables durante un conflicto armado a menos que estén fuera de combate, mientras que los segundos deben ser protegidos a menos que, y solo por el tiempo que, tomen las armas y participen directamente de las hostilidades. Los combatientes tienen derecho al estatuto del prisionero de guerra, detallado en el III Convenio de Ginebra, en caso de caer en manos del enemigo. Empero, el III Convenio de Ginebra establece una serie de condiciones que deben cumplirse para obtener la protección que dicho tratado confiere.

La discusión sobre el estatus de los terroristas gira en torno a la incapacidad de los grupos armados terroristas de cumplir las condiciones que se estipulan en el III Convenio de Ginebra; por lo tanto, la mayor parte de la literatura argumenta que no pueden ser considerados combatientes. (Detter 2007, Sassòli 2004, Yoo y Ho 2003, Gross 2016, Callen 2004, Dörmann 2003) El derecho internacional humanitario se fundamenta en la dicotomía combatiente/no combatiente (en general civil, aunque también se incluye a quienes combatieron pero dejaron de hacerlo por estar enfermos, heridos o náufragos, o capturados por el enemigo). Es por esto que, según la lógica del DIH, quienes no sean etiquetados como combatientes deberían, en primera instancia, ser tratados como civiles. Las diferencias dentro del cuerpo académico se observan entre grupos que sostienen que el terrorista es un civil, o un civil que participa de las hostilidades, y aquellos que respaldan la necesidad de crear una tercera categoría (*combatiente ilegal*) para responder a la “grieta” que se presenta entre los combatientes (protegidos por el III Convenio de Ginebra) y los civiles (protegidos, por ejemplo, por el IV Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional I).

El primer grupo (Sassòli 2006b, Dörmann 2003, Szpak 2013, Saul 2014, Duffy 2005) centra su argumento en el comentario autorizado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el IV Convenio de Ginebra que dice: “Toda persona en manos del enemigo debe tener algún estatus según el derecho internacional (...) No hay estatus intermedio; nadie en manos del enemigo puede estar fuera de la ley.” (Pictet 1958, p. 51) Bajo esta premisa, un terrorista detenido en contexto de conflicto armado *debe* tener algún

estatus bajo el DIH. Si no puede ser considerado combatiente porque no reúne las condiciones necesarias, entonces, deberá ser tratado como civil o civil que participa de las hostilidades dependiendo del caso. Los autores resaltan que colocar a los terroristas dentro de esta categoría no impide que sean procesados por violaciones al derecho de la guerra y su participación ilegal en el conflicto.

El segundo grupo (Detter 2007, Gross 2016, Yoo y Ho 2003) desestima la interpretación que hace el CICR, alegando que éste no es una organización imparcial y que su postura dista del espíritu detrás de los diplomáticos y juristas que redactaron los Convenios de Ginebra. (Gross 2016, Detter 2007, Callen 2004) Para estos autores, la forma en la que los terroristas llevan a cabo los enfrentamientos, ocultándose entre la población civil, sin uniformes ni signos que permitan su distinción, los convierte en *combatientes ilegales* aunque la categoría no figure en los instrumentos de DIH. Gross (2016), además, postula que un terrorista cumple una función de combate constante, a diferencia de un civil que podría tomar las armas por un momento determinado (y que, cuando deja de hacerlo, vuelve a estar protegido por todas las disposiciones del IV Convenio de Ginebra). En consecuencia, los miembros de grupos terroristas como Al-Qaeda no caen dentro de ninguna de las dos categorías antitéticas que plantea el DIH.

En síntesis, existe un debate en la literatura entre quienes sostienen que, aunque devastadora, la amenaza del terrorismo no dinamita la capacidad del DIH para regular esta “nueva realidad”, y quienes ven en la categorización de terroristas como civiles el menoscabo del principio de distinción. La cuestión del estatus jurídico de los terroristas será abordada en mayor detalle en el capítulo 3.

Marco Teórico

El derecho internacional humanitario –o *ius in bello*– podría considerarse el intento de la comunidad internacional por mantener una porción de humanidad aun en el contexto más oscuro de la guerra. Este ordenamiento jurídico tiene por objetivo proteger a las víctimas de conflictos armados procurando un delicado equilibrio entre necesidad militar y humanidad; sus normas limitan los métodos y medios de combate, y a la vez establecen un criterio de distinción entre quienes pueden ser considerados objetivos militares y quiénes no.

2. 1 La evolución del *ius in bello*

La codificación moderna del *ius in bello* comenzó en 1864 con el primer Convenio de Ginebra, pero la historia evidencia que los conflictos armados siempre estuvieron sujetos a algún tipo de limitación. Ya en la antigüedad existían reglas –si bien rudimentarias– que protegían a los heridos o condenaban determinados métodos de guerra. Sin embargo, el carácter humanitario de ciertas normas se presentaba como una afortunada consecuencia más que un resultado esperado. La prohibición del uso de pozos venenosos en el campo de batalla, por ejemplo, tenía poca relación con salvaguardar la vida de los residentes, ya que lo que se buscaba en realidad era preservar la productividad de los terrenos a conquistar (Sassòli, Bouvier y Quintin 2011).

Ya en las fuentes de la Grecia clásica es posible encontrar referencias a normas que limitaban el comportamiento durante la guerra y que hoy integran el DIH. En su libro “Taming Ares. War, Interstate Law and Humanitarian Discourse in Classical Greece”, Buis (2018) concluye que “(...) entre los griegos existía la concepción de una genuina ley "común" (panhelénica o interpolis) que sirvió para limitar el estallido de los conflictos armados y restringir el uso excesivo de la violencia en tiempo de guerra.” (Buis 2018, p.

226) Ciertas pautas religiosas y éticas llevaron a la restricción del uso de armas envenenadas, entre otras cosas.

El régimen del Emperador Asoka (265 a 232 a.C.) fue pionero en la divulgación de principios humanitarios en el sur asiático. El Imperio Maurya ocupaba la mayor parte del subcontinente indio y su forma de gobierno se correspondía con un despotismo puro respaldado por un intimidante ejército permanente. El poder de Asoka era absoluto y fue esto lo que le permitió instaurar y controlar el cumplimiento de un nuevo orden moral. Luego de observar el horror y el sufrimiento que su ejército causó al pueblo enemigo Kalinga, el Emperador comenzó una conversión gradual al budismo junto con la creación de la Ley de la Piedad. Esta ley consistía en una serie de imperativos morales basados en el respeto por toda vida humana y animal, sin exceptuar a pueblos “incivilizados” pertenecientes o no al imperio. La conquista a través de la guerra no quedó afuera de las reflexiones de Asoka; por el contrario, en sus edictos instaba a reemplazarla por la conquista de acuerdo con la Ley de la Piedad. Para el Emperador, la guerra y el principio budista de la santidad de la vida humana no eran compatibles. La regla moral era a su vez una ley imperial; por lo tanto, se utilizó toda capacidad operativa disponible para asegurar su completo acatamiento en todo el territorio. Sin embargo, su implementación no significó la eliminación de todas las prácticas de tortura: el mismo gobierno mantuvo la pena de muerte. Aunque se presentaron fallas en la ejecución, entonces, la Ley de la Piedad representó un punto de inflexión significativo para el subcontinente indio e incluso reinos cercanos como China y Grecia. La idea de cultivar un mayor sentimiento de empatía hacia el sufrimiento ajeno sin distinción de religión u origen, aun en tiempos de guerra, convirtió a Asoka en un Emperador precursor del derecho humanitario. (Draper 1995)

Durante la Edad Media diferentes civilizaciones condenaban la guerra si esta no era considerada *justa*. Para los escolásticos (s. XIII–XIV) el concepto de *justa causa* se relacionaba con resolver injusticias: la guerra era lícita si su fin era recuperar aquello que era propio y había sido robado, o defender al pueblo de un ataque, entre otras situaciones. En los textos escritos por autores vinculados con la religión, como Erasmo o Tomás Moro (s. XV–XVI), el *bien común* debía primar por sobre los intereses individuales del Príncipe para no recurrir a la guerra a la hora de resolver controversias. El derecho a hacer la guerra,

entonces, no era absoluto. (Gutiérrez Posse 2014) En el siglo XVII, a través de Hugo Grocio, se presenta un salto en la evolución del *ius in bello*. Al debate sobre *justa causa*, Grocio agregaba la obligación de los Estados de limitar la **forma y los medios** utilizados en la guerra. En otras palabras, tanto la causa como los actos perpetrados durante el conflicto armado debían ser justos. Además, en su doctrina sobre el derecho internacional, Grocio sostenía que el derecho de la guerra – el cual derivaba del ejercicio de la soberanía- estaba sujeto a límites. (Gutiérrez Posse 2014)

En el s. XIX, explica Gutiérrez Posse (2014), los Estados comenzaron el proceso de codificación de aquellas reglas consuetudinarias que habían limitado la forma de hacer la guerra hasta ese momento. Este ordenamiento se emprendió primero en el ámbito doméstico, para luego convertirse en un fenómeno internacional. En cuanto a la regulación interna, la autora menciona el decreto imperial francés de 1811 sobre la protección de los prisioneros y rehenes de guerra. Al mismo tiempo, pone como punto de partida del DIH moderno la Declaración de París (1856); acuerdo que trata la prohibición del corso como práctica marítima en tiempos de guerra. Sin embargo, para Sassòli, Bouvier y Quintin (2011), el nacimiento del DIH moderno no se registró sino hasta ocho años más tarde a través del Convenio de Ginebra (1864) para Aliviar la Suerte de la Condición de los Heridos de los Ejércitos en Campaña. Este tratado fue inspirado por *Recuerdos de Solferino* (1862), un libro escrito por Henry Dunant que describía su experiencia como voluntario inesperado de la Batalla de Solferino (1859). En dicho enfrentamiento, no fue precisamente su brutalidad lo que destacó, sino la desidia hacia los heridos abandonados en el campo de batalla. En las páginas de su libro, Dunant exhortó a los Estados a brindar protección a los soldados heridos durante la guerra y planteó dos posibles soluciones: la creación de sociedades de socorro responsables de proteger a los heridos en batalla, y el establecimiento de un tratado internacional que regulara el trato digno a estos soldados.

Gracias a su vasta difusión y aceptación en toda Europa, una conferencia diplomática en 1863 se dedicó al análisis de sus propuestas. Finalmente, en 1864, se firmó el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte de la Condición de los Heridos de los Ejércitos en Campaña. “Por primera vez, los Estados acordaron limitar, en un tratado internacional abierto a la ratificación universal, su propio poder a favor del individuo y,

también por primera vez, la guerra estaba sujeta a la ley general escrita.” (Sassòli, Bouvier y Quintin 2011, p. 51)²

Años más tarde, en 1868, la Declaración de San Petersburgo introdujo dos conceptos importantes para el DIH; por un lado, la intención de mantener un equilibrio entre la necesidad militar y las condiciones de humanidad y, por el otro, –tal vez el aporte más importante– la noción de que dicha necesidad militar debe ajustarse en función de la proporcionalidad. En su texto, se prohíbe el empleo de proyectiles que agravan cruelmente el sufrimiento de los heridos durante el enfrentamiento, al considerar que su uso excede la necesidad militar y atenta contra las leyes de humanidad. Aunque la Declaración de San Petersburgo representa un avance considerable en la codificación multilateral de los principios básicos del DIH, entre sus artículos se establece la cláusula *si omnes* – a saber, el acuerdo solo es obligatorio para las Partes contratantes en caso de enfrentamiento entre dos o varias de ellas.

Poco antes del comienzo del s. XX se concretó la primera Conferencia de Paz de La Haya (1899). En lo que respecta a la paz, esta conferencia solo adoptó una convención tendiente a regular los métodos de solución pacífica de conflictos; el foco principal fue la limitación de los métodos y medios de guerra. Bajo este último punto, se acordaron convenciones sobre las leyes de la guerra terrestre, la adaptación de la guerra marítima a los principios del Convenio de Ginebra de 1864, además de tres declaraciones referidas al empleo de gas asfixiante, balas expansivas y el lanzamiento de proyectiles desde globos. La segunda Conferencia de Paz de La Haya (1907) revisó los textos de 1899 y amplió, en varias Convenciones, su codificación del derecho consuetudinario sobre el comportamiento de los Estados durante la guerra. Un aporte importante también fue la incorporación de normas referidas a la distinción entre los beligerantes y la población civil. No obstante, estos tratados vieron coartado su objetivo sustancial al contener – como la Declaración de San Petersburgo-, la cláusula *si omnes*.

La Primera Guerra Mundial puso en relieve dos problemáticas: en primer lugar, que el uso de gases tóxicos y otras armas bacteriológicas era condenado por la comunidad

² Traducción propia.

internacional en su totalidad y que, por lo tanto, el tratado que los regulara no debía alcanzar solamente a las Partes Contratantes; y en segundo lugar, que las normas promulgadas en la Conferencia de Paz de La Haya (1907) sobre los prisioneros de guerra, no brindaban suficiente protección a esta categoría. Para subsanar esta circunstancia, en 1925 se firmó un Protocolo para inhibir el uso de aquellas armas sin cláusula si omnes. Al mismo tiempo, en 1929 se conformó el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y se revisó el Convenio de Ginebra (1906) sobre los soldados heridos y enfermos en campaña.

En 1949, con las secuelas de la Segunda Guerra Mundial de telón, se comenzó un nuevo análisis de los Convenios de Ginebra ya firmados que concluyó en la adopción de cuatro Convenios para proteger a las personas civiles en tiempo de guerra. El Convenio I que protege a los soldados heridos en campaña; el Convenio II para aliviar a los soldados heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio III para resguardar a los prisioneros de guerra; y el Convenio IV concerniente a la protección de las personas civiles durante el conflicto armado.

Este cuerpo de normas destinado exclusivamente a la protección de las personas es comúnmente llamado derecho de Ginebra. El derecho de La Haya, por su parte, es aquel conjunto de reglas relativas a los medios y métodos de combate que busca evitar el sufrimiento desproporcionado (es decir, el que causa males superfluos o sufrimientos innecesarios en quien resulta objeto de ataque militar). Ambos ordenamientos, complementarios pero independientes, se fusionaron en el Protocolo Adicional I (1977) - relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados internacionales- , y el Protocolo Adicional II (1977) correspondiente al auxilio de las víctimas de conflictos armados no internacionales.³

³ Al presente, el DIH también se compone de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (1954); la Convención sobre la prohibición de armas bacteriológicas y sobre su destrucción (1972); la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles. (1976); la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980) y sus Protocolos; la Convención sobre la prohibición, el desarrollo la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993); el Tratado de Ottawa sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en los

A través de estos tratados, el derecho internacional humanitario – o *ius in bello*– pretende brindar máxima protección a toda persona involucrada en un conflicto armado, aliviando su sufrimiento y limitando la necesidad militar a los parámetros mínimos de humanidad.

2.2 *Ius in bello* vs. *Ius ad bellum*

El mundo viviría las consecuencias de al menos dos intentos de regular el uso de la fuerza (*ius ad bellum*) antes de que se materializara en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas. El primer ensayo, la Sociedad de Naciones, se dio al término de la Primera Guerra Mundial como consecuencia del Tratado de Versalles de 1919. Esta organización tenía por objetivo principal garantizar la paz y seguridad internacional, limitando a las Partes Contratantes su derecho a iniciar un conflicto. Sin embargo, la Sociedad de Naciones encontró en sus disposiciones la causa de su fracaso: su preámbulo obligaba a las partes a “aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra” pero el artículo 12 permitía a los Estados utilizar la fuerza de no encontrar solución a sus controversias pasado el plazo de 3 meses posteriores al informe del Consejo o la resolución del arbitraje. El carácter meramente recomendatorio de las decisiones del Consejo aceleró el inminente fracaso de esta organización. El segundo intento se contempló en 1928 con la firma del Pacto Briand-Kellogg. En su preámbulo se establecía que los Estados signatarios debían descartar el uso de la fuerza como instrumento político y método de resolución de conflictos. Esta obligación, que era al mismo tiempo un beneficio puesto que brindaba la seguridad de que un Estado parte no utilizara la fuerza contra otros miembros del pacto, se sostenía sólo si las partes respetaban el Pacto. En otras palabras, aquel Estado que utilizara la guerra para “promover sus intereses nacionales” perdía el beneficio de no ser atacado por otro.

conflictos armados (2000); el Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (2005); la Convención sobre Municiones en Racimo de Dublín (2008) y el Tratado sobre el comercio de armas (2013); Actualmente no encuentra en vigor el Tratado sobre la prohibición de armas nucleares, cuyo texto fue abierto a la firma en el seno de la Asamblea General a mediados del año pasado.

Gutiérrez Posse (2014) sostiene que dos factores llevaron al fracaso de estos Pactos: en primer lugar, su carácter dispositivo que permitía a las partes dejar sin efecto sus obligaciones a través de un acuerdo posterior y, en segundo lugar, el ejercicio descentralizado del control del cumplimiento de las normas. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, los Estados reconocieron que el nuevo Pacto debía formularse en sentido imperativo.

Con la constitución de la Carta de Naciones Unidas en 1945, surgió no solo un orden jurídico sobre el *ius ad bellum* sino también un órgano de control encargado de mantener la paz y la seguridad internacionales. Siguiendo el espíritu de la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellogg, pero avanzando mucho vez en los alcances de la regulación, la Carta de Naciones Unidas estableció como uno de sus principios estructurales la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza por parte de los Miembros de la Organización y además extendió esta obligación a **todas** sus relaciones internacionales- **incluyendo a aquellas que involucraran a Estados no signatarios**. El art. 2 (4) de la Carta de Naciones Unidas dispone que “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, **se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza** contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”. Sin embargo, el art. 51 formula una excepción explícita a esta prohibición al establecer que “(...) Ninguna disposición de esta Carta menoscabará **el derecho inmanente de legítima defensa**, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales (...)”⁴. El uso de la fuerza como parte de una lucha de liberación nacional frente a la dominación extranjera también constituye una excepción al art. 2 (4) de la Carta. En la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960- Resolución de Asamblea General 1514 (XV)- se expresa que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación y que los Estados deberán evitar toda acción armada o represiva contra esto;

⁴ Lo remarcado en negrita es una modificación propia.

asimismo, la Resolución 2625 (XXV)⁵ de la Asamblea General (1970) declara que ante el uso de la fuerza contra su derecho de autodeterminación, “(los) pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas”.

Para Gutiérrez Posse (2014), el buen funcionamiento del sistema instituido está condicionado por la actividad del Consejo de Seguridad, es decir, el compromiso de los Miembros permanentes del órgano para con los intereses vitales de la humanidad. Dado que el Consejo de Seguridad representa el monopolio del uso jurídico de la fuerza a nivel internacional (art. 42 de la Carta), su eficacia a la hora de implementar medidas colectivas de carácter coercitivo para la prevención y eliminación de amenazas a la paz es vital. La autora sostiene que, a pesar de ser un órgano cuestionado, su constitución implica el entendimiento de que el ejercicio del derecho soberano ha de tener límites en pos de mantener la paz.

La relación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello* y su interacción a lo largo de los años ha sido motivo de debate entre distintos autores. Para algunos de ellos, la regulación prohibitiva del uso de la fuerza a través de la Carta de Naciones Unidas dejó sin efecto práctico al derecho internacional humanitario. Otros, en cambio, sostienen un efecto negativo del *ius in bello* sobre el *ius ad bellum* al reflejar el primero una falta de “confianza” hacia la prohibición del uso de la fuerza.

Greenwood (1983) sostiene que ambos cuerpos jurídicos se alejaron de su concepción literal; el derecho de la guerra (*ius ad bellum*) ya no se circunscribe al inicio de las hostilidades y, por otro lado, el derecho en la guerra (*ius in bello*) no depende de una declaración formal de estado de guerra. Para el autor, el *ius ad bellum* no solo limita el derecho de los Estados a hacer la guerra sino que reglamenta el recurso de la fuerza “como un todo”; en otras palabras, la condición de “legítima defensa” debe demostrarse ante cualquier uso de fuerza, incluso después del comienzo de las hostilidades. Un Estado atacado ilegalmente puede iniciar un contraataque, si este se corresponde con una medida

⁵ Esta resolución contiene la Declaración de la Asamblea General sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

razonable de legítima defensa. La concepción actual del *ius in bello*, a su vez, no restringe su alcance a un “estado de guerra” formal. El art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra (1949) dice: “(...) el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o **de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra (...)**”⁶

El *ius ad bellum* y el *ius in bello* interactúan una vez que las hostilidades comienzan; por esto, es difícil de imaginar cómo el uso de la fuerza ilegal desde el punto de vista humanitario puede significar, al mismo tiempo, una medida razonable de legítima defensa. (Greenwood 1983) No obstante, es necesario recordar que ambas regulaciones son lógicamente independientes. Lo más importante, tal vez, es resaltar que el *ius in bello* no depende en ningún sentido de la legalidad, o falta de ella, del recurso a la fuerza.

La responsabilidad, y por tanto las consecuencias, por la violación del *ius ad bellum* recaerán en los líderes políticos de un Estado; aquellos que, siendo civiles o militares, tomaron la decisión de utilizar la fuerza ilícitamente. El alcance del *ius in bello*, por el contrario, no distingue de rangos jerárquicos y llega hasta la población civil. Un Estado que, por ejemplo, viola el *ius ad bellum* al ocupar un territorio y, al mismo tiempo, propicia un trato inhumano a sus habitantes, comete una doble ilegalidad. (Greenwood 1983)

En conclusión, aunque ambos cuerpos jurídicos se hayan acercado a partir de la Carta de Naciones Unidas, no existe una superposición o una competencia entre ellos. Se mantienen como dos esferas que, con un mismo fin, interactúan independientemente.

2.3 Ámbitos de validez del derecho internacional humanitario

Como todo ordenamiento positivo, el DIH precisa determinados ámbitos de validez. En primer lugar, se caracterizará su ámbito de validez material; a saber, la noción de conflicto armado y sus diferentes tipificaciones. En segundo lugar, se expondrán el tiempo y espacio correspondiente a la aplicación del *ius in bello*. Y, para finalizar, se determinará quiénes son sujetos pasibles de gozar derechos y obligaciones; en otras palabras, su ámbito de validez personal.

⁶ Lo remarcado en negrita es una modificación propia.

2.3.1 Ámbitos de aplicación material

Existe un conflicto armado cuando se ejerce violencia a raíz de un desacuerdo entre dos o más partes (no hablamos necesariamente de Estados). A su vez, es necesario diferenciar entre conflicto armado internacional (CAI) y conflicto armado no internacional (CANI), puesto que el contenido de las normas aplicables a cada caso es diferente.

1. Conflictos armados internacionales

Como se mencionó anteriormente, el art. 2 común a los Convenios de Ginebra (1949) dispone la aplicación del convenio en caso de guerra; un concepto que históricamente define al enfrentamiento armado entre dos o más Estados. Ciertos CAI pueden involucrar a un tercer Estado que actúa en nombre de una de las Partes y, también, casos de ocupación total o parcial- con o sin resistencia militar- del territorio de un Estado.⁷ El Protocolo Adicional I (1977) agrega a los Convenios de Ginebra (1949), las luchas de liberación nacional dentro de la categoría de conflicto armado internacional.⁸

2. Conflictos armados no internacionales

En situaciones de conflicto sin carácter internacional que surjan dentro del territorio de una de las Altas Partes Contratantes, el DIH establece el respeto de ciertas disposiciones. Como lo especifica el art. 3 común de los Convenios de Ginebra (1949), los Estados están obligados a brindar un trato humano a quienes no participen de las hostilidades- incluyendo a miembros de las fuerzas armadas que depongan las armas y personas puestas fuera de combate. Al mismo tiempo, prohíbe los atentados contra la vida y la dignidad personal; la toma de rehenes y las condenas y ejecuciones sin juicio legítimo previo. También, contempla el uso de los servicios del Comité Internacional de la Cruz Roja –u otro organismo humanitario imparcial-, para atender a los heridos y enfermos.

En el texto del Protocolo Adicional II (1977), se extiende el art. 3 común y se especifica su ámbito de aplicación. El conflicto armado no internacional, definido por el art.

⁷ Artículo 2 común de los Convenios de Ginebra (1949)

⁸ Artículo 1 (4) del Protocolo Adicional I (1977) “(...) los conflictos armados en que los pueblos luchan 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 (...)”

1 del Protocolo Adicional II (1977), es aquel que se disputa dentro del territorio de un Estado Parte entre sus fuerzas armadas y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, con la condición de que estos, bajo la dirección de un mando responsable, sean capaces de ejercer control sobre una parte del territorio y de realizar operaciones militares sostenidas.

Dado que el art. 1 del Protocolo Adicional II no modifica las condiciones de aplicación del art. 3 común, es posible identificar dos tipos de CANI diferentes. Por un lado, aquel en el que se enfrentan las fuerzas armadas (FFAA) estatales y grupos armados disidentes; y, por el otro, aquel en que no se ven involucradas las FFAA, sino que se implique el enfrentamiento entre dos o más grupos armados disidentes. Para determinar qué normas se aplican a cada situación, el Estatuto de la Corte Penal Internacional recurre a la **prolongación de la violencia** entre las Partes correspondientes.⁹

No todo enfrentamiento dentro del territorio de una Alta Parte Contratante configura un conflicto armado no internacional. El art. 1 del Protocolo Adicional II (1977) excluye de su campo de acción a las tensiones y disturbios internos, tales como motines y actos esporádicos de violencia, porque no son considerados conflictos armados.

2.3.2 Ámbitos de aplicación temporal

Si bien es claro que el DIH entra en escena con el inicio de las hostilidades, algunas de sus normas obligan a los Estados en tiempos de paz. En los cuatro Convenios de Ginebra (1949) y sus Protocolos Adicionales (1977) se incorpora un artículo de difusión del Convenio; en su texto, se expresa el compromiso de las Altas Partes contratantes de divulgar, en sus respectivos países, las disposiciones de dichas normas.¹⁰ El conocimiento de las reglas que regulan los conflictos armados es vital para la prevención y protección de todos los involucrados. Estos tratados también reglamentan en tiempo de paz la designación

⁹ Art. 8 párrafo 2 (f) “(...) Se aplica a los conflictos armados 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 (...)”

¹⁰ Convenio I art. 47; Convenio II art.48; Convenio III art. 127; Convenio IV art. 144; Protocolo Adicional I art. 83 y 87 (2); Protocolo Adicional II art. 19.

de zonas y localidades sanitarias y de seguridad, así como la utilización del emblema de la Cruz Roja.¹¹

El inicio de un conflicto armado con o sin carácter internacional da lugar a la aplicación del DIH. Su aplicación termina, en líneas generales, con el fin de las hostilidades. El art. 3 del Protocolo Adicional I (1977) comprende el fin del conflicto armado internacional cuando cesan las operaciones militares o la ocupación de un territorio; en el contexto de un conflicto armado sin carácter internacional, puede ocurrir con una solución pacífica entre las Partes. Sin perjuicio de esto, las normas respecto a las personas cuya liberación, repatriación o reasentamiento sea posterior a la conclusión del enfrentamiento, siguen aplicando hasta que su situación sea definitiva.¹²

2.3.3 Ámbitos de aplicación espacial

Las normas del *ius in bello* alcanzan la totalidad del territorio –aéreo, terrestre y marítimo- de las Partes en conflicto, más allá del lugar específico donde se desarrollen las hostilidades. Independientemente del tipo de terreno, existen algunas reglas comunes a cada situación: los enfrentamientos no pueden extenderse a zonas y localidades sanitarias que las Partes hayan designado como tales¹³; tampoco podrán atacarse ciudades, aldeas, habitaciones y edificios no defendidos¹⁴; las zonas desmilitarizadas con fin humanitario deben ser protegidas¹⁵; el territorio del Estado neutral no podrá ser violado; entre otros.

2.3.4 Ámbitos de aplicación personal

Derivado del concepto de guerra, en sus orígenes, los únicos sujetos susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, en el marco del DIH, eran los Estados. Al día de hoy es posible expandir esta categoría a los combatientes, la organización de las Naciones Unidas- por controlar las Operaciones de Paz, y el Comité Internacional de la Cruz Roja. (Gutiérrez Posse 2014) A los efectos de esta investigación, solo se expondrán las características relativas a los Estados y los combatientes.

¹¹ Convenio de Ginebra I art. 23 y art. 44

¹² Protocolo Adicional I art. 3 (b)

¹³ Convenio de Ginebra I, art. 23; Convenio de Ginebra IV, art. 14

¹⁴ Reglamento Anexo a la Convención IV de la Haya (1907), art. 25

¹⁵ Protocolo Adicional I, art. 60

1. Estados

En contexto de conflicto armado entre dos o más Altas Partes Contratantes, el derecho internacional humanitario regula la relación particular que nace entre estos estados beligerantes. Todos los miembros de las fuerzas armadas deben ser instruidos sobre el alcance del *ius in bello*. En cuanto a la protección de quienes no participan en las hostilidades, los Estados en conflicto deben respetar las disposiciones expuestas en los cuatro Convenios de Ginebra (1949) y el Protocolo Adicional I (1977) que protege especialmente a la población civil.¹⁶ Los Estados beligerantes también se comprometen a limitar el uso de ciertos métodos y medios de combate, en orden de evitar males innecesarios hacia las personas y el medio ambiente. En el Protocolo Adicional I (1977), por ejemplo, se prohíben los ataques indiscriminados puesto que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares o civiles. En ese sentido, la Convención sobre las armas químicas de 1993 acuerda la prohibición de su producción, adquisición, mantenimiento y uso; disposición similar a la que se establecerá poco después en el Tratado de Ottawa sobre las minas antipersonales (1997).

La situación de guerra no solo establece relaciones entre Estados beligerantes; el DIH define como Estado neutral a aquel que no participa de las hostilidades y que, por su condición de imparcial, debe abstenerse de favorecer a alguna de las Partes en conflicto. Los Convenios de Ginebra disponen para los Estados neutrales las mismas obligaciones impuestas a los Estados beligerantes, en relación a la protección de los heridos, los enfermos y los náufragos, el personal sanitario y religioso, y los prisioneros de guerra, recibidos en su territorio. El Protocolo Adicional I (1977) incorpora la noción de Potencia Protectora e incluye a los estados neutrales como tal. De esta forma, los estados neutrales se comprometen a respetar todo artículo de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales referido a las Potencias Protectoras.

¹⁶ El art. 12 del Convenio de Ginebra I (1949) responsabiliza a los Estados beligerantes a la protección de los heridos y enfermos en campaña. El art. 12 del Convenio de Ginebra II (1949) obliga a socorrer a las personas que en el mar se encuentran heridas o enfermas o sean náufragos. El art. 13 del Convenio de Ginebra III (1949) insta a las Partes en conflicto a brindar un trato humano a los prisioneros de guerra. En el art. 29 del Convenio de Ginebra IV (1949) compromete a las Partes en cuyo poder se encuentren personas protegidas. El Protocolo Adicional I (1977) en su Art. 51, por su parte, amplía la protección de la población civil desarrollada en el Convenio de Ginebra IV (1949).

2. Combatientes

El art. 48 del Protocolo Adicional I establece que las Partes en conflicto deben distinguir en todo momento entre población civil y combatientes con el fin de garantizar el respeto y la protección de los primeros. Esta premisa se conoce como el “principio de distinción” que define quiénes y qué bienes son objetivos lícitos por parte de las Partes en conflicto. El art. 43 del mismo Protocolo también refleja este principio cuando obliga a los combatientes a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de la operación militar preparatoria de este.

A través del art. 4 del Convenio de Ginebra III, en los incisos 1, 2, 3 y 6, se define a las personas que pueden ser calificadas como combatientes:

1. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, incluyendo a los miembros de las milicias y los cuerpos de voluntarios que forman parte de estas fuerzas armadas; (art. 4 inciso 1) El artículo 43 del Protocolo Adicional I establece que las fuerzas armadas están compuestas por “(...) 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.” Además agrega que “los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.”
2. Los miembros de las otras milicias y cuerpos de voluntarios, agregando los movimientos de resistencia organizados de una de las Partes en conflicto que actúan fuera o dentro del propio territorio. Esto es así siempre y cuando estén mandados por una persona que responda por sus subordinados, que tengan un signo distintivo fijo y reconocible a distancia, que lleven armas a la vista y actúen de conformidad a las leyes y costumbres de la guerra. (art. 4 inciso 2)
3. Los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno y autoridad, aunque estos no sean reconocidos por la otra Parte. Esto

sigue a la idea de que la condición de Estado no depende del reconocimiento de la Parte adversaria. (art. 4 inciso 3)

4. La población de un territorio no ocupado que, al verse amenazado por el avance del enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras. Al igual que los movimientos de resistencia organizados, la población que reacciona espontáneamente debe llevar las armas a la vista y respetar las leyes y costumbres de la guerra. (Art. 4 inciso 6)

Las personas que, perteneciendo a alguna de las categorías nombradas anteriormente, caigan en poder del enemigo, serán protegidas por las normas relativas al estatuto del prisionero de guerra.¹⁷ Puesto que los combatientes poseen el derecho de participar directamente de las hostilidades, no serán sancionados por el derecho internacional a menos que cometan crímenes de guerra.

Por oposición, el art. 50 del Protocolo Adicional I define como persona civil a cualquiera que **no** se corresponda con el artículo 4 (incisos 1), 2), 3), y 6)) del III Convenio y el art. 43 del mismo protocolo. Aclara, también, que en caso de duda siempre se considerará a una persona como civil. Toda población de personas civiles se considera una población civil; si se diera el caso de que en una población civil se encuentren personas cuya condición no responda a la de persona civil, dicha población no pierde su carácter de civil. Es preciso remarcar, sin embargo, que la protección que se brinda a un civil puede denegarse en el momento en que decida participar abiertamente de las hostilidades.¹⁸

Además del principio de distinción, los combatientes deben respetar el principio de proporcionalidad: es decir, evitar ataques que causen muertos y heridos, entre la población civil y/o bienes civiles, considerados excesivos en relación con la ventaja militar prevista.¹⁹

La situación del combatiente en el contexto de un conflicto armado no internacional (CANI) es diferente de la que hemos desarrollado en los párrafos anteriores; el contenido jurídico aplicable difiere en consecuencia del tipo de conflicto armado que se esté observando. En primer lugar, la distinción entre combatiente y civil no es explícita en el art.

¹⁷ Convenio de Ginebra III relativo al trato debido de los prisioneros de guerra (1949).

¹⁸ Protocolo Adicional I (1977) art. 51. 2

¹⁹ Protocolo Adicional I (1977) art. 51.5 (b) sobre los tipos de ataques indiscriminados.

3 común de los Convenios de Ginebra ni en el Protocolo Adicional II (1977), como sí lo es en las normas que regulan los conflictos armados internacionales. Según Gutiérrez Posse (2014), es posible inferir una distinción implícita dentro del Protocolo Adicional II; la disposición de un apartado específico para las normas referidas a los civiles podría interpretarse como un intento de diferenciarlos de otras categorías (es decir, los combatientes). Siguiendo esta tesis, el art. 1 del mismo Protocolo daría el estatus de combatiente a fuerzas armadas estatales y a grupos armados disidentes. Así como en la normativa es difícil de establecer una clara distinción entre combatientes y civiles, en la práctica empeora al no existir una obligación para los primeros de llevar un distintivo fijo.²⁰ En segundo lugar, el DIH no le otorga al combatiente de un CANI el derecho de participar en las hostilidades, por lo que sus conductas pueden ser calificadas de ilícitas bajo el derecho interno. El Protocolo Adicional II (1977) solo establece garantías de independencia e imparcialidad; deja a discreción de las autoridades en el poder al término del conflicto, la concesión de la amnistía más amplia posible para las personas privadas de su libertad, internadas o detenidas por actividades relacionadas al conflicto armado. Estos combatientes tampoco se benefician del estatuto del prisionero de guerra.

3. Categorías especiales: mercenarios y espías

El derecho internacional humanitario contempla una serie de categorías de personas a quienes, a razón de la naturaleza de las actividades que desarrollan en un conflicto armado, se les niega el estatus jurídico de combatiente. A los fines del presente trabajo de graduación, revisaremos solo dos categorías especiales, a saber, los mercenarios y los espías.

El art. 47 del Protocolo Adicional I entiende por mercenario²¹ a toda persona que:

- a. Sea especialmente contratada para combatir en un conflicto armado;
- b. Participe, en efecto, de las hostilidades;

²⁰ Obligación que si se dispone para los combatientes en CAI. Art. 1 del Reglamento Anexo a la Convención IV de la Haya (1907).

²¹ Esta definición de mercenario fue retomada después en la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (1989)

- c. Cuya motivación sea obtener un provecho personal y reciba de una Parte en conflicto (o en su nombre) una compensación material considerablemente superior a la ofrecida a los combatientes de mismo grado y responsabilidad de sus fuerzas armadas;
- d. Que no sea residente de un territorio ocupado por una Parte beligerante, y, a su vez, que no sea nacional de ninguna de ellas;
- e. Que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte involucrada; y
- f. Que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto.

Según el mismo artículo, los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra, quedando protegidos solo por las garantías mínimas de trato humano.

Por su parte, el Protocolo Adicional I, en concordancia con el Reglamento Anexo de la Convención IV de la Haya (1907), define como espía a todo aquel que, de mala fe, recoja o trate de recoger información en la zona de operaciones de un beligerante con el objetivo de comunicar al enemigo.²² De ser capturado *in fraganti*, el espía perderá el estatuto de prisionero de guerra y podrá ser castigado con juicio previo. Si, en cambio, es detenido después de reintegrarse a las fuerzas armadas a las que pertenece, sus actividades de espionaje no serán juzgadas y se lo tratará como prisionero de guerra.²³

La mundialmente denominada “guerra contra el terrorismo” atrajo a la superficie una serie de cuestionamientos sobre la regulación de los conflictos armados. El debate sobre el estatus jurídico de un “nuevo tipo de combatiente” problematiza la vigencia de las normas que componen el *ius in bello*. Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales se basan en un principio de distinción dicotómico: se es combatiente o civil; sin embargo, como se expondrá en los siguientes capítulos, parte considerable de la doctrina parece sostener la existencia de una tercera categoría: *combatientes ilegales*.

²² Art. 29 del Reglamento Anexo a la Convención IV de la Haya (1907) y art. 46 del Protocolo Adicional I (1977).

²³ Art. 30 y 31 del Reglamento Anexo a la Convención IV de la Haya (1907)

Estatus jurídico de los terroristas

“Terroristas internacionales, incluyendo miembros de Al-Qaeda, han realizado ataques sobre personal diplomático y militar estadounidense e instalaciones en el extranjero, así también sobre ciudadanos y propiedades dentro de los Estados Unidos, en una escala que ha creado un estado de conflicto armado que requiere el uso de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos.”

(Orden Militar del 13 de noviembre de 2001, sobre la Detención, Tratamiento y Juicio de ciertos no ciudadanos en la **Guerra contra el Terrorismo**)²⁴

La respuesta del presidente George W. Bush a los ataques del 11 de septiembre, plasmada en la orden militar de 2001 y también en declaraciones del secretario de prensa de la Casa Blanca, revivió antiguas inquietudes como la definición del acto terrorista y de *combatiente ilegal*, al mismo tiempo que inspiró nuevas preguntas referidas al carácter westfaliano de la guerra.

La aparente ausencia de consenso internacional en la definición de lo que constituye un acto de terrorismo podría considerarse el punto de partida de los inconvenientes encontrados al momento de analizar el estatus jurídico de estos actores. Algunos doctrinarios interpretan el terrorismo como un fenómeno, una problemática similar a la “lucha contra el narcotráfico” y que constituye, por lo tanto, un delito transnacional cuya solución debe buscarse en la cooperación internacional y la ley doméstica. Al mismo tiempo, otros trabajos, en su mayoría posteriores a los ataques de 2001, afirman que la amenaza de Al-Qaeda y otras organizaciones terroristas han creado un estado de guerra *sui generis* que obliga a los Estados a responder con sus fuerzas armadas. Sin una definición de

²⁴ Traducción propia.

terrorismo clara ni un tipo de conflicto armado definido, la determinación del estatus jurídico de los terroristas detenidos durante las hostilidades se obstaculiza. Aun más importante, sin estatus jurídico claro, la protección humanitaria flaquea.

En contexto de conflicto armado internacional, la dicotomía entre combatiente y civil se tensa al punto que una parte de la literatura, como hemos adelantado, considera la necesidad de establecer una tercera categoría dentro del derecho internacional humanitario; la de *combatiente ilegal*. (Gross 2016) Se trata de un concepto no definido dentro de los Convenios de Ginebra cuyas acepciones varían tanto como la definición de terrorismo. Dörmann (2003) delimita la expresión “combatiente/beligerante ilegal/no privilegiado” a “(...) todas las personas que participan directamente en las hostilidades sin estar autorizadas a hacerlo y que, por ello, no pueden ser consideradas como prisioneros de guerra cuando caen en poder del enemigo” (Dörmann 2003, p. 1)

En este capítulo se pretenderá exponer la forma en la que la literatura aborda la cuestión del aparente vacío jurídico del estatus de los terroristas detenidos en contexto de conflicto armado. Primero, se detallarán brevemente los intentos por definir el fenómeno del terrorismo y cómo esto afectó la manera en que se regula. Segundo, se presentarán las diferentes posiciones de la literatura relacionadas a la participación de grupos terroristas en conflictos armados poniendo énfasis en la controversia del concepto político de “guerra contra el terrorismo”. Tercero, se analizará las respuestas que da la bibliografía al interrogante acerca del estatus jurídico de los terroristas en conflicto armado no internacional y conflicto armado internacional. A su vez, según cada estatus, se expondrá la protección que el DIH brinda y la responsabilidad por los actos cometidos durante un conflicto armado.

3.1 El terrorismo en el derecho internacional: breve descripción

Distintos tratados han pretendido adoptar una noción consensuada del término terrorismo: el primer intento, bajo el auspicio de la Sociedad de Naciones, fue en 1937 a través de la Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo, acuerdo que nunca entró en vigor pero que representó la necesidad de regular este fenómeno. La Conferencia Internacional sobre Terrorismo (1972-1979) también buscó llegar a una

interpretación común del concepto, pero enfrentó las presiones del contexto político: el auge de los movimientos de liberación nacional. El temor se fundaba en la posibilidad de que los Estados utilizaran el término para perseguir a grupos insurgentes de liberación nacional dentro de su territorio. Años más tarde, una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas definió el terrorismo internacional, aunque no libre de críticas, como un acto criminal con motivos políticos, ideológicos, filosóficos, raciales, étnicos o religiosos entre otros, cuyo objetivo es causar pánico en la población²⁵. (Gross 2016) Poco después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad, que hasta ese momento se había abstenido de desarrollar el concepto, estableció el Comité contra el Terrorismo; si bien no significó un avance hacia el consenso, instó a los Estados a comprometerse bajo diferentes Convenciones contra el terrorismo. (Stephens 2007)

Ante la falta de acuerdo, la comunidad internacional optó por dejar de lado esta discusión y, en su lugar, regular actos específicos que comúnmente están relacionados con el terrorismo, tales como el apoderamiento ilícito de aeronaves civiles con el fin de provocar la muerte, lesiones o daño; el uso o la amenaza del uso de armas nucleares; el secuestro de buques para cometer actos de terrorismo; el empleo de explosivos plásticos no marcados e indetectables; la prevención de financiamiento a terroristas, entre otros²⁶. El proceso de negociación sobre la Convención General sobre Terrorismo Internacional, un tratado ambicioso cuyo desarrollo se dio en el comité *ad hoc* establecido por la Asamblea General en 1996, aún se encuentra estancado debido a la imposibilidad de consenso en cuanto a la definición y los alcances del terrorismo.

El espectro de definiciones desarrolladas a lo largo de estos años concuerda en que el motivo del ataque terrorista es de carácter ideológico y que su fin es provocar miedo entre la población. Sin embargo, lo que genera controversia, por un lado, es si las justificaciones morales arraigadas a ese factor ideológico son relevantes a la hora de

²⁵ Asamblea General Res. 49/60 “Measures to eliminate international terrorism” (Dic. 9, 1994)

²⁶ Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Civil Internacional (2010); Convenio Internacional para la Represión de Actos de Terrorismo Nuclear (2005); Protocolo del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (2005); Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección (1991); Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999).

calificar un acto como terrorista; dicho de otra manera, no es claro si lo que define un acto como terrorista es el carácter justo o injusto del fin ideológico que se persigue. Por otro lado, se difiere en la persona a proteger: mientras algunas definiciones de terrorismo se limitan a ataques contra la población civil, otras se enfocan en aquellos que se dirigen contra el personal militar o gubernamental. Ahora, el factor de conflicto más importante, que genera tal vez la mayor resistencia, es el espíritu “catch all” de los enunciados, el uso de un lenguaje inclusivo y general que, por ejemplo, permitiría a los Estados considerar como terroristas movimientos legítimos de resistencia. (Gross 2004)

Este último aspecto descrito por Gross (2004), se observa en la crítica que hace Broomhall (2004) a las negociaciones sobre el borrador de la Convención General sobre Terrorismo Internacional. El autor cuestiona la no exclusión de actores no estatales que no cumplen con el estándar de fuerzas armadas y civiles que se involucran directamente en las hostilidades, particularmente en situaciones de conflicto armado no internacional, ya que se generaría fricción con las normas del DIH. Un ataque contra instalaciones de gobierno propiciado por actores no estatales, ejemplifica Broomhall (2004), con el fin de obligar a las autoridades a liberar una región, podría ser considerado terrorista incluso en situación de conflicto armado interno. En caso de que los autores del ataque fueran detenidos, bajo el Protocolo Adicional II el Estado debería garantizar al fin de las hostilidades la mayor amnistía posible. Empero, de aplicarse una definición amplia de terrorismo, los Estados Parte tendrían la obligación de procesarlos o extraditarlos

3.2 La participación de terroristas en conflictos armados

Dada su connotación meramente política, la “guerra” contra el terrorismo plantea cierta controversia en términos jurídicos. El anuncio²⁷ de la administración de Bush en el cual se afirmaba que el país se encontraba en estado de conflicto armado con un actor no estatal (Al Qaeda), en un “war on terror”, contradice la interpretación tradicional de la guerra: un enfrentamiento simétrico entre actores cuyo derecho al uso de la fuerza emana de su soberanía. Además, Estados Unidos aseguró que la campaña contra el terrorismo no

²⁷ Orden Militar Nov. 13, 2001, 66 Reg. Fed. 57,833 § 1(a) (Nov. 16, 2001)

se limitaba al conflicto armado en Afganistán, sino que su alcance se extendía a todo Estado que respaldase cualquier organización terrorista (aunque, por supuesto, la mayor atención se focalizaba en el Grupo Talibán). Aunque un conflicto armado internacional, como lo es la guerra, describa las hostilidades entre Estados Unidos y Afganistán, no es evidente que refiera también a las campañas militares realizadas contra grupos armados terroristas. La literatura indica que la existencia de un conflicto armado no debe asumirse ante cualquier enfrentamiento solo por el hecho de enmarcarse dentro de la “guerra contra el terrorismo”. Bajo esa línea de pensamiento, autores como Sassòli (2006a) y Bott (2016) consideran necesario desarmar y analizar por partes cada conflicto y, a partir de eso, determinar, primero, si en efecto se está desarrollando un conflicto armado y, segundo, si es de carácter internacional o interno. Bott (2016), por ejemplo, quien investiga las operaciones del Estado Islámico y la relevancia del DIH, desglosa los ataques terroristas separando aquellos que no superan el umbral mínimo de violencia que llevaría a calificarlos como un conflicto armado (en general, aquellos ataques “inspirados” por el Estado Islámico, que no necesariamente fueron organizados por ellos) de los que conforman un conflicto armado no internacional (contra el Estado de Irak y Siria).

En concordancia con la visión tradicional de la guerra, los Convenios de Ginebra estipulan tres escenarios que pueden definirse como conflicto armado internacional (CAI): en caso de enfrentamiento entre dos o más Altas Partes Contratantes (Estados), el caso de la ocupación de un territorio extranjero (o parte de él) por un Estado aunque no haya resistencia armada, y en contexto de lucha de liberación nacional (estos últimos agregados como CAI en el Protocolo Adicional I). Desestimando la ocupación (puesto que no hubo en 2001 invasión territorial) o la defensa de un derecho de autodeterminación como principal motivo detrás de los ataques del 11 de septiembre, es debatible afirmar que un CAI comprenda la oposición armada de un Estado contra una organización terrorista internacional como Al-Qaeda.

Concretando, dado que la guerra significa el enfrentamiento entre dos o más Estados, una organización terrorista no cumple con los atributos necesarios para crear un conflicto de esta índole. Sin embargo, es posible encontrar en la literatura argumentos que respaldan la existencia de un conflicto armado internacional entre terroristas y Estados.

Esta posición se basa en una interpretación amplia de la subjetividad del individuo que lo descarta como un sujeto pasivo que solo adquiere derechos y obligaciones a través del Estado que lo representa. Detter (2007) desestima que haya una contradicción bajo la declaración de una guerra contra el terrorismo, y sostiene que la discusión sobre la subjetividad del individuo cimienta la falacia de que los Estados son los únicos actores capaces de enfrentarse en una guerra. No obstante, la postulación de que actores no estatales (como una organización terrorista) puedan crear un estado de guerra no se condice, para Detter (2007), con su protección bajo el DIH. Expuesto de otra manera, la extrapolación jurídica que permitiría usar la fuerza armada contra un grupo armado terrorista como si se tratase de un Estado no va de la mano de una extrapolación del estatuto del prisionero de guerra o las obligaciones para con la población civil expuestas en el IV Convenio de Ginebra. (Weiner 2005)

Detter (2007) sugiere la existencia de una guerra *sui generis* donde no todos sus participantes gozan del derecho a participar de las hostilidades; un nuevo tipo de guerra donde batallan combatientes legales contra *combatientes ilegales*. Aunque la violencia de estos enfrentamientos se asemeja a la de la guerra, los actores involucrados pelean de manera asimétrica. Al no distinguirse de la población civil y al mismo tiempo considerarla un objetivo militar, los grupos armados terroristas no demuestran intención de respetar las leyes de la guerra. Estados Unidos y sus aliados, por el contrario, se encuentran obligados al menos por el derecho internacional consuetudinario a respetar las condiciones mínimas de humanidad. La autora reafirma esta posición diciendo: “Un análisis de las situaciones en Irak y Afganistán lleva a la conclusión de que estamos frente a un nuevo tipo de conflicto armado internacional, ciertamente una "guerra", pero en una situación desequilibrada”²⁸ (Detter 2007, p. 1074) Desde una perspectiva similar pero actualizada, Gross (2016) repasa el impacto de los ataques terroristas en la naturaleza de los conflictos armados internacionales y argumenta que el derecho internacional no se ha ajustado a esta nueva realidad, lo que lleva a los Estados a “actuar de formas que no necesariamente cumplen con el derecho internacional”.²⁹ (Gross 2004, p. 201) El mismo principio de distinción entre combatientes y civiles, pilar fundamental del derecho humanitario, queda obsoleto en

²⁸ Traducción propia

²⁹ Traducción propia

presencia de los llamados *combatientes ilegales* (en este caso terroristas) que socavan el espíritu original de estas categorías.

Como se ha mencionado anteriormente, los Convenios de Ginebra regulan a través del art. 3 común y el Protocolo Adicional II – aunque de manera limitada teniendo en cuenta que el Protocolo Adicional II no ha sido ampliamente ratificado- los conflictos armados de carácter no internacional (CANI). Este tipo de enfrentamientos surgen dentro del territorio de una Alta Parte Contratante y comprenden las hostilidades entre las fuerzas armadas de dicho Estado y un grupo armado disidente, o entre dos grupos armados disidentes. También, es posible definir bajo esta categoría conflictos donde un tercer Estado interviene al ser invitado por la Parte Contratante.

Teniendo en cuenta que algunos Estados no se encuentran obligados por el Protocolo Adicional II, es relevante recuperar la distinción jurídica que existe entre CANI en el sentido del art. 3 común y CANI en el sentido del Protocolo Adicional II. En el primero, la definición de conflicto armado no internacional es amplia como consecuencia de la falta de “condiciones” explícitas para considerar que cierto acto de violencia se corresponde a un conflicto armado. El art. 3 común solo indica que un CANI se desarrolla “en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”, sin siquiera identificar a quienes se enfrentan. En el segundo, en cambio, el art. 1 del Protocolo Adicional II agrega como requisito que el CANI debe darse “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.” Además, descarta como conflicto armado “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos (...)”

La determinación del umbral mínimo de violencia no es clara. Un autor como Sassòli (2004) incluye factores como la intensidad de los enfrentamientos; la duración y prolongación de la violencia; el nivel de organización de las Partes; el número de víctimas; la capacidad de respetar el DIH; la participación directa de las fuerzas armadas del Estado en reemplazo de las fuerzas policiales, entre otros. Al no haber un consenso, se presentan situaciones donde la ausencia de alguno estos indicadores no implica necesariamente que

no haya un conflicto armado. En el caso “Abella y otros c. Argentina” sobre los acontecimientos ocurridos en el enfrentamiento de la toma del cuartel de La Tablada de 1989, en su Informe publicado en 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió aplicar el DIH a un combate que pese a haber durado treinta horas, la intensidad de la violencia fue suficiente para establecer el estado de conflicto armado³⁰.

El alcance geográfico del conflicto armado no internacional depende de la interpretación que se haga del art. 3 común. El abordaje amplio considera que el art. 3 común regula cualquier CANI que, habiendo nacido en el territorio de un Estado, se hubiera expandido hacia los países lindantes. Mientras que en un sentido estrecho, el art. 3 común se circunscribiría a conflictos armados no internacionales dentro del territorio de un solo Estado Parte.

El art. 3 dice “en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”, lo que según Detter (2007) debería entenderse como limitado geográficamente al territorio de un solo Estado Parte. Por el contrario, Sassòli (2006b) argumenta que el artículo limita su alcance a los Estados Parte del Convenio, descartando aquellos CANI que surjan dentro de un Estado que no hayan firmado ni ratificado dichos tratados. El autor sostiene que, en correspondencia con los principios del DIH, el artículo debería abordarse desde una perspectiva amplia puesto que, en caso contrario, existiría una brecha jurídica de protección entre el CAI y CANI. Aquellos conflictos no internacionales que involucraran a varios Estados y un grupo armado no estarían regulados (y por lo tanto, sus víctimas no estarían protegidas) bajo ninguno de los Convenios de Ginebra ni sus Protocolos Adicionales. Para sostener su argumento, Sassòli (2006b) cita el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (ETIR), un organismo jurisdiccional creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar los actos de genocidio y otras violaciones del derecho internacional humanitario perpetrados por ciudadanos ruandeses en 1994. El art. 7 del ETIR interpreta que un CANI mantiene su calificación como tal aún después de que el conflicto se haya expandido hacia otros Estados: “La competencia *ratione loci* del Tribunal

³⁰ Corte IDH, Caso “Juan Carlos Abella vs. Argentina”, 18 de noviembre de 1997, Informe N° 55/97. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>

Internacional para Ruanda se extiende al territorio de Ruanda (...) y **al territorio de Estados vecinos en el caso de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por ciudadanos ruandeses**³¹.

La participación de grupos armados terroristas se evidencia con mayor frecuencia en contexto de conflicto armado no internacional. A diferencia del CAI, se contemplan las hostilidades entre un Estado y un grupo armado. La lucha entre los miembros del Estado Islámico (EI) y el poder estatal en Siria como en Irak, es un ejemplo de CANI. Ataques atribuibles al EI, no superan el umbral mínimo de violencia y por lo tanto no constituyen un conflicto armado. Sin embargo, es una evaluación que debe hacerse caso por caso. El carácter esporádico de los ataques terroristas ocurridos mayormente en Europa no desestima que no puedan ser considerados conflictos armados. (Bott 2016)

La literatura también aborda el caso en que un Estado interviene sin autorización en el conflicto armado no internacional que se desarrolla en el territorio de otro Estado para realizar un ataque contra el grupo armado. Surgen al respecto dos respuestas: la primera afirma que mientras se crea un conflicto armado internacional entre ambos Estados, la relación entre el grupo armado y el Estado que interviene se regula bajo las reglas del conflicto armado no internacional. (Neuman 2003) La segunda argumenta que, si bien se crea un estado de conflicto armado internacional, el grupo armado no es considerado una Parte del conflicto. (Sassòli 2006b). Para Bott (2016), mantener la distinción entre internacional/no internacional es jurídicamente innecesario e ilógico. Teniendo en cuenta que en el nuevo contexto de CAI que nace del ataque de un Estado externo la actividad de los militares extranjeros, incluso enfrentando al grupo armado, debe respetar el DIH de los CAI. Esto incluye la protección de los civiles del estado anfitrión. Esta interpretación amplia de CAI tiene su sustento en la jurisprudencia con el caso *Tadic* donde el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) determinó que el conflicto armado entre el Estado de Bosnia y Herzegovina y la Comunidad Croata de Herzeg-Bosnia, era de índole

³¹ Énfasis propio.

internacional dada la intromisión de las fuerzas militares de la República de Croacia³². Esto es lo que se conoce como “conflicto armado no internacional internacionalizado”.³³

En múltiples circunstancias, Estados Unidos, Francia y Reino Unido bombardearon bases yihadistas en Siria sin el consentimiento del presidente Al-Assad. A su vez, estas campañas militares no contaron con la aprobación del Consejo de Seguridad. Siguiendo el esquema analizado anteriormente, los ataques extranjeros generarían jurídicamente un conflicto armado internacional; sin embargo, la situación no se ha definido claramente al no haber respuesta militar del presidente sirio. (Bott 2016)

En conclusión, el carácter de la participación de grupos armados terroristas en conflictos armados no es fácil de determinar. La literatura muestra argumentos robustos para sostener que el DIH referido a los conflictos armados no internacionales (art. 3 común y Protocolo Adicional II) se aplica a escenarios que enfrentan a un grupo armado terrorista y a uno o más Estados Parte. A su vez, la jurisprudencia refuerza la ampliación del CAI en situaciones donde un Estado interviene en un CANI sin autorización.

3.3 Terroristas en conflicto armado no internacional

En el apartado anterior, se expusieron las respuestas que ofrecen los principales exponentes del tema a la discusión sobre la participación de grupos terroristas en conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. Este último, es el escenario que mejor describe las hostilidades entre un actor no estatal y uno o más Estados. La aplicación del DIH de conflictos armados no internacionales tiene como requisito fundamental la existencia de Partes reconocibles. Es decir, el grupo armado debe cumplir requisitos que dependerán del tratado que tenga competencia (el art. 3 común o el Protocolo Adicional II), para ser considerados Parte de un conflicto armado. Sin una identificación de las partes, el conflicto armado no existe y los enfrentamientos deben ser regulados por la legislación doméstica.

³²TIPY Cámara de apelaciones – Fiscal vs. Tadic- 1995, parágrafo 76.

³³Para más información sobre la tipología de conflictos armados en el derecho internacional humanitario ver: Vité Sylvain (2009), Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. *International Review of the Red Cross*, vol. 91 N. 873. Disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-873-vite.pdf>

Las condiciones que expresa el art. 1 del Protocolo Adicional II son: (a) estar bajo la dirección de un mando responsable (b) ejercer control sobre una parte del territorio que les permita (c) realizar operaciones militares sostenidas y (d) aplicar el presente Protocolo. En cuanto al art. 3 común, el texto no especifica ningún requisito por lo que el criterio es controversial. Para Sassòli (2006b), un mínimo grado de organización debería existir para considerar a un grupo armado Parte de un CANI.

Asumiendo que se encuentran cubiertas las condiciones mínimas y que un grupo terrorista es Parte de un CANI, ahora toca analizar el estatus jurídico de sus integrantes. En contexto de conflicto armado internacional las personas involucradas pueden ser identificadas como combatientes o civiles. Los primeros representan a los miembros de las fuerzas armadas pertenecientes al Estado y a los grupos armados que forman Parte del conflicto. Por oposición, un civil es todo aquel que no es combatiente. El DIH de conflictos armados internacionales se basa en esta distinción para determinar quiénes tienen derecho a participar de las hostilidades y quienes tienen inmunidad ante los ataques durante el conflicto.

Durante un conflicto armado no internacional, sin embargo, el privilegio del combatiente (participar legalmente de las hostilidades) no existe. A diferencia de un soldado que participa de un CAI, un miembro del grupo armado detenido por las autoridades del gobierno puede ser juzgado por su mera participación en las hostilidades, sin reparo de su respeto del DIH. El art. 6 (5) del Protocolo Adicional II solo sugiere a las autoridades que, una vez finalizado el conflicto, se brinde la mayor amnistía posible a las personas que intervinieron y que hayan sido internadas o sometidas a detención. Si bien no hay “prisioneros de guerra” en la práctica hay una figura similar: los llamados “detenidos de seguridad”, quienes deben ser tratados en condiciones similares. Lo que si se mantiene durante el CANI es la prohibición de atacar a la población civil. Esta protección se mantendrá a menos que y solo por el tiempo que un civil participe directamente de las hostilidades. Para el Comité Internacional de la Cruz Roja, un civil que participa de las hostilidades se diferencia de un terrorista (miembro de un grupo armado) por la continuidad

de su función de combate³⁴. En conclusión, un terrorista podrá ser atacado en todo momento mientras que un civil solo cuando participa activamente de las hostilidades. Puesto que la consecuencia de participar en las hostilidades es la misma tanto para civiles como para combatientes, el estatus jurídico de los terroristas no es una cuestión controvertida en contexto de conflicto armado no internacional.

En el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*³⁵ la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que, dado que no podía afirmarse que Al Qaeda fuera un Estado, el conflicto armado era de carácter no internacional (CANI). En consecuencia, los detenidos durante la “war on terror” debían gozar al menos las garantías mínimas del DIH, que son las que contiene el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

3.4 Terroristas en conflicto armado internacional

Aunque el conflicto armado no internacional describa la mayor parte de los enfrentamientos entre un Estado y un grupo armado, la participación de Al-Qaeda en la guerra entre Afganistán y Estados Unidos evidencia circunstancias donde el DIH relativo a los conflictos armados internacionales podría aplicar. No obstante, la literatura aporta diferentes formas de abordar el estatus jurídico que los grupos terroristas tendrían bajo esta normativa.

Los textos académicos sobre este tema pueden dividirse en tres grupos: (a) Quienes sostienen que los terroristas son *combatientes ilegales* y, por lo tanto, carecen de protección bajo el derecho internacional humanitario; (b) Quienes basados en la dicotomía combatiente/no combatiente consideran que los miembros de grupos terroristas deberían ser calificados como civiles; (c) Aquellos que, en ciertos casos, contemplan la posibilidad de reconocerlos como combatientes.

³⁴ Para más información sobre la “función de combate continua” ver: Comité Internacional de la Cruz Roja (2009), *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Disponible en: <https://casebook.icrc.org/case-study/icrc-interpretive-guidance-notion-direct-participation-hostilities>

³⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos (2006) *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/557/>

3.4.1 *Combatientes ilegales* sin protección bajo el DIH

El término *combatiente ilegal* encontró un nuevo significado luego de los atentados del 11/9; a pesar de ser un concepto reconocido en la jurisprudencia estadounidense, la comunidad internacional entendió su relevancia después de que la Administración de George W. Bush decidió clasificar como *unlawful enemy combatant* a todo prisionero capturado en el contexto de la Guerra contra el Terrorismo y detenido en la prisión de Guantánamo.

El concepto de *combatiente ilegal*, que luego se convertiría en *unlawful enemy combatant*, posee sus raíces en el caso *Ex parte Quirin* (1942), en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la jurisdicción de un tribunal militar para juzgar los actos de ocho alemanes capturados en suelo norteamericano acusados de ser espías del gobierno Alemán. (Danner 2007)

La Corte sostuvo que:

Por acuerdo y práctica universal, el derecho de la guerra establece una distinción entre las fuerzas armadas y las poblaciones pacíficas de las naciones beligerantes y también entre los que son **combatientes legales e ilegales**. Los combatientes legales están sujetos a la captura y detención como prisioneros de guerra por fuerzas militares enemigas. Los combatientes ilegales también están sujetos a captura y detención, pero, además, están sujetos a juicio y castigo por tribunales militares por actos que hacen que su beligerancia sea ilegal³⁶.

Más adelante, agrega:

Desde hace mucho tiempo, nuestras autoridades militares aceptan la práctica de tratar a quienes, en tiempo de guerra, pasan subrepticamente del territorio enemigo al nuestro, descartando sus uniformes al ingresar, por la comisión de actos hostiles que implican la destrucción de vidas o propiedades, como combatientes ilegales punibles como tales por una comisión militar. Esta

³⁶Traducción y énfasis propio. P. 317 U. S. 31

práctica, aceptada y seguida por otros gobiernos, debe considerarse como una regla o principio de la ley de la guerra.³⁷

La Corte Suprema no definió los límites de *combatiente ilegal*, lo cual permitió a los Estados Unidos moldearlo de acuerdo a las necesidades del contexto. A través del Tribunal para la Revisión del Estatus de Combatiente (CSRT por sus siglas en inglés), la noción de *unlawful enemy combatant* se modificó hasta considerar en esta categoría a toda persona que fuera parte o apoyara de alguna forma las fuerzas armadas de Al-Qaeda o del Talibán y cualquier otra fuerza que asociada a estos grupos enfrentara hostilmente a los miembros del ejército estadounidense y aliado. Incluyendo también, a aquel que haya participado directamente o brindado apoyo a las fuerzas enemigas durante las hostilidades. Puesto que nombra pero no define el alcance de “hostilidades”, “participación directa” y “apoyo”, la definición propuesta por el CSRT expandió considerablemente la cantidad de personas detenidas en Guantánamo. Bajo la etiqueta de *unlawful enemy combatant*, la Administración de G. Bush podía (como mínimo) detener a una persona hasta el final de las hostilidades y juzgarla por su participación ilegal en las hostilidades. (Danner 2007)

Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, como hemos visto, no reconocen una tercera categoría entre combatientes y civiles. La expresión *combatiente ilegal* que se ha desarrollado en la jurisprudencia estadounidense, no tiene lugar en el DIH. No obstante, cierta parte de la bibliografía asevera que las formas de combate que utilizan los terroristas distan de la esperada de un combatiente y, por lo tanto, retoman el viejo concepto de *combatiente ilegal*. De esta manera, se recortan los derechos que el DIH podría conferirles de pertenecer a alguna de las dos categorías que si están reconocidas dentro de los Convenios.

En su artículo “The Law of War and Illegal Combatants”, Detter (2007) expone tres grupos de personas excluidas a los cuales los terroristas pueden pertenecer: a) Combatiente ilegal; b) Mercenarios; c) Espías.

³⁷Traducción propia. P.317. U. S. 35

Para definir el alcance del primer grupo, la autora recurre a la posición de la Corte Suprema en el caso *Ex parte Quirin*. El deber de distinguirse de la población civil es fundamental, de no respetarse esta obligación los combatientes no podrían diferenciar a la población civil de grupos armados enemigos y, en consecuencia, “la guerra se volvería caótica y confusa” (Detter 2007, p. 1064) Aquellos que, como *modus operandi*, se camuflan entre los civiles, no pueden tener protección bajo las leyes de la guerra y deben ser considerados *combatientes ilegales*; en consecuencia, “no son ni soldados ni civiles” (Detter 2007, p. 1064).

Además de caer por fuera de la protección del derecho de la guerra por ser *combatientes ilegales*, Detter (2007) argumenta que miembros de Al-Qaeda y el Talibán pueden ser considerados mercenarios. La autora se basa en la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entretenimiento de mercenarios (1989) cuyo contenido es similar al art. 47 del Protocolo Adicional I. Recuperemos aquí lo ya dicho con respecto a la Convención, que define como mercenario a toda persona que:

- (a) Es especialmente reclutado localmente o en el extranjero para luchar en un conflicto armado;
- (b) Está motivado a tomar parte en las hostilidades esencialmente por el deseo de obtener ganancias privadas y, de hecho, es prometido, por o en nombre de una de las partes en el conflicto, una compensación material sustancialmente superior a la prometida o pagada a los combatientes de similares rango y funciones en las fuerzas armadas de ese partido;
- (c) no es nacional de una parte en conflicto ni residente de territorio controlado por una de las partes en conflicto;
- (d) No es miembro de las fuerzas armadas de una parte en el conflicto; y
- (e) No ha sido enviado por un Estado que no es parte en el conflicto en servicio oficial como miembro de sus fuerzas armadas.

Para la autora, los terroristas, al igual que los mercenarios, persiguen un beneficio personal con la única observación de que este sería de índole religioso y no material. Empero, Detter (2007) reconoce que las condiciones para ser mercenario son muy estrictas y por consiguiente, pocas personas entrarían en esta categoría.

Por último, en vista de que el comportamiento de los terroristas se asemeja al de los espías, si es detenido durante una misión de reconocimiento podría caer dentro de esta categoría. Es preciso aclarar que, si bien la forma en que procede un terrorista es similar, el art. 46 del Protocolo Adicional I, que la autora no toma en consideración, solo reconoce como espías a los miembros de las fuerzas armadas de un Estado (como hemos sostenido al definir la figura). Por lo tanto, un terrorista que no pertenece a las fuerzas armadas de un Estado, no podría ser identificado dentro de esta categoría bajo los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

En resumen, siguiendo la máxima *ex injuria jus non oritur*³⁸, Detter (2007) infiere que los terroristas están excluidos de toda protección bajo las leyes de la guerra dado que no utilizan uniforme y se esconden entre la población civil, lo que los categoriza principalmente como *combatientes ilegales*.

El estatus jurídico de los terroristas en el ámbito del DIH, en todo caso, depende de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. Si las leyes de la guerra no tienen jurisdicción, por ejemplo si se demuestra que no existe un conflicto armado, la dicotomía combatiente/no combatiente no tiene relevancia. En ese caso, el estatus depende de la regulación doméstica, lo que permitiría calificarlos de *combatientes ilegales* dentro de los Estados Unidos. Detter (2007) remarca esta situación y desestima la aplicabilidad del DIH al conflicto armado en Afganistán después de que los Talibán perdieran su poder sobre el territorio y el gobierno.

Yoo y Ho (2003) también discuten sobre la competencia de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales en el conflicto armado que involucra a Al-Qaeda. Por un lado, fundamentan en el art. 3 común y el Protocolo Adicional II que los grupos terroristas tienen la capacidad de crear un estado de conflicto armado y concluyen que el enfrentamiento entre Estados Unidos y Al Qaeda está “gobernado” por las leyes de la guerra. No obstante, no se expresa con claridad si la competencia de los Convenios deriva del conflicto entre Estados soberanos (Afganistán vs. Estados Unidos) o de la similitud de Al-Qaeda con un Estado en cuanto a capacidad militar, que lo convierte en Parte del conflicto. Por el otro, argumentan que Al Qaeda no es un Estado y, por lo tanto, no es Parte

³⁸ Aquel que actúa en contra de la ley no puede obtener beneficios en resultado de su transgresión.

de los Convenios de Ginebra ni sus Protocolos Adicionales. Afirman que “(...) los miembros de Al Qaeda no pueden reclamar los beneficios de un tratado del que su organización no es parte. Por lo tanto, aunque el conflicto con Al Qaeda se rige por las leyes de la guerra, Al Qaeda no es parte en ninguna de las codificaciones especializadas de esas leyes, los Convenios de Ginebra.” (Yoo y Ho 2003, 216)

Yoo y Ho (2003) al igual que Detter (2007) sostienen que los terroristas de Al Qaeda caen dentro de la categoría *combatiente ilegal* basándose en la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Ex parte Quirin*. Las tácticas utilizadas por Al Qaeda, tales como atacar civiles y camuflarse entre ellos, según los autores, viola los principios de las leyes de la guerra, lo que conlleva a suponer que en el caso de que Al Qaeda fuera un Estado-Nación Parte de los Convenios de Ginebra, sus miembros seguirían siendo *combatientes ilegales*. Dado su estatus, los terroristas no tienen derecho a participar de las hostilidades, no pueden gozar del estatus de prisionero de guerra en caso de ser capturados, y, a diferencia de los civiles, son objetivos atacables.

Como se mencionó antes, para el DIH existen dos categorías a partir del principio de distinción del derecho de Ginebra: los combatientes, definidos por el art. 4 (incisos 1, 2, 3 y 6) del III, y civiles, definidos por oposición en el art. 50 del Protocolo Adicional I como toda persona que no comprendida en el art. 4 (incisos 1,2, 3 y 6) ni el art. 43 del mismo Protocolo. Si bien Yoo y Ho (2003) y Detter (2007) aseguran que los grupos terroristas no cumplen con los requisitos necesarios para ser considerados combatientes, no discuten la posibilidad de que caigan dentro de la categoría de civiles.

Gross (2016) tiene en cuenta esta dicotomía entre combatiente/no combatiente pero la desafía al considerar que no se adapta a la realidad actual. Siguiendo la conclusión de que los grupos terroristas no cumplen con los requisitos de combatiente, su estatus jurídico podría definirse como *civil que participa de las hostilidades*. Un civil, al igual que un *combatiente ilegal*, no posee derecho a participar directamente de las hostilidades. El art. 51 (3) del Protocolo Adicional I, estipula que un civil pierde su protección en el momento y por el tiempo que participe de las hostilidades.

Gross (2016) se centra en la discusión sobre la interpretación del art. 51 (3) y cómo impacta en la guerra contra el terrorismo. El artículo dice: “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si **participan directamente en las hostilidades** y mientras dure tal participación.” Un civil que participa de las hostilidades no pierde su estatus como civil, en el momento en que deja de participar goza de toda la protección conferida a tal categoría. Por lo tanto, la interpretación de “participación directa en las hostilidades” es vital para determinar cuándo un civil es un objetivo militar válido y cuándo debe ser protegido. En otras palabras, condiciona la capacidad de los Estados para “combatir” a los grupos terroristas.

El Comité Internacional para la Cruz Roja afirma que una interpretación limitada de “participación directa en las hostilidades” armoniza con el principio del DIH de proteger a la población civil³⁹. Dicha noción no describe el estatus de una persona sino a la participación en actos hostiles determinados. Esta participación directa en las hostilidades no comprende actos futuros, ya que una interpretación por fuera de actos específicos desdibujaría la diferencia entre la pérdida de protección por participación directa y la pérdida de protección basada en el estatus de combatiente. Expuesto de otra manera, la participación directa debe limitarse al momento en que una persona se involucra en un acto hostil. Si la interpretación fuera amplia y reflejara una continuidad, un civil que participa en las hostilidades sería objetivo atacable en todo momento. El Comité argumenta que, en la realidad operacional, no es posible diferenciar a ciencia cierta un civil que participa de las hostilidades recurrentemente de un civil que toma las armas momentáneamente. El informe concluye que “Basar la pérdida continua de protección en tales criterios especulativos inevitablemente resultaría en ataques erróneos o arbitrarios contra civiles, socavando así su protección (...)” (Comité Internacional de la Cruz Roja 2009, p. 45)

Gross (2016) sostiene que una interpretación limitada, como la que propone el CICR, llevaría a una situación absurda donde los terroristas solo podrían ser atacables en el momento en el que realizan un ataque y no permitiría herirlos durante la planificación y escape de esa situación. Además, argumenta que el art. 51 (3) no representa adecuadamente

³⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja (2009). Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law. Disponible en: <https://casebook.icrc.org/case-study/icrc-interpretive-guidance-notion-direct-participation-hostilities>

la conducta terrorista, ya que fue pensado para regular situaciones donde los civiles toman las armas por un tiempo limitado. Para el autor, “(...) el artículo no tenía la intención de proteger a un civil que se convierte en un combatiente de tiempo completo, y por lo tanto, no hay lugar para la inclusión de los terroristas que dedican sus vidas al terrorismo en el artículo.” (Gross 2016, p. 229)

Concluye que los terroristas no deben ser entendidos como civiles ni como civiles que participan de las hostilidades, considerando que ninguna de las categorías existentes es adecuada para confrontar al terrorismo internacional. El DIH, por lo tanto, debería incorporar, en opinión del autor, una tercera categoría: *combatiente ilegal*. De esta manera, la distinción entre civiles y combatientes se preservaría y los Estados tendrían herramientas para luchar contra los grupos terroristas.

3.4.2 Civiles

Para un grupo de autores, la dicotomía entre combatiente/no combatiente es la base para sostener que los terroristas deberían ser considerados civiles. Puesto que, en su mayoría, los terroristas no cumplen con las condiciones necesarias para ser combatientes, como hemos visto, por oposición caen naturalmente dentro de la categoría de civil. (Sassoli 2006b, Duffy 2005, Saul 2014, Dörmann 2003)

Sassòli (2006b) y Duffy (2005) se apoyan en la interpretación del CICR para afirmar que no existe un vacío entre el Convenio de Ginebra III y el IV: nadie puede caer en medio y, en consecuencia, no estar protegido por ninguno de los dos Convenios.

Sin embargo, para considerarse “persona protegida” bajo el Convenio de Ginebra IV debe satisfacerse un criterio de nacionalidad. Por un lado, el art. 4 protege a toda persona que en cualquier momento y motivo se encuentre en poder de una Parte del conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sea nacional. Es decir, aquellas personas que sean ciudadanos del Estado que las detiene, no gozan de todos los derechos enumerados en el IV Convenio. Por otro lado, en base a las relaciones diplomáticas, el Convenio no entiende como “persona protegida” a los nacionales de un estado neutral que se encuentre en el territorio de un Estado beligerante ni a los ciudadanos de un Estado co-beligerante si este mantiene relaciones diplomáticas con el Estado que lo detiene. Estas

excepciones de nacionalidad se basan en la premisa de que existen otras normas (diplomáticas) que los protegen. No obstante, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) interpretó en el caso *Tadic* que, teniendo en cuenta el objeto y fin del art. 4 del Convenio de Ginebra IV, la protección de los civiles debe extenderse aun si son ciudadanos de la Parte que los detiene cuando no exista un vínculo de lealtad con esa Parte⁴⁰; la relación puramente jurídica de ciudadanía no basta para negar la aplicabilidad del Convenio, por el contrario, es la sustancia de la relación con el Estado que detiene la que debe contemplarse⁴¹.

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, basándose en el objeto y fin del Cuarto Convenio, entendió en este caso que la protección debe extenderse a las personas que se encuentren en poder de una parte, siempre que ésta no les otorgue protección diplomática y los detenidos no le deban lealtad.

Según el art. 5, algunos de los derechos que el Convenio IV confiere a las personas protegidas pueden derogarse en dos situaciones: A) Si en el territorio de una Parte del conflicto, la persona protegida representa una amenaza a la seguridad de dicha Parte; B) Si en territorio ocupado, una persona protegida es detenida realizando actividades de espionaje o de cualquier otro tipo que represente una amenaza para la Potencia ocupante. Sassòli (2006b) reconoce que calificar a grupos terroristas como civiles puede producir resistencia; sin embargo, afirma que en una categoría los casos límite rara vez se asemejan al tipo ideal que se describe en ella, pero, no obstante, están regulados por sus disposiciones. Como civiles, los terroristas que participan de las hostilidades pueden ser atacados y pierden toda protección durante tal participación. Dependiendo su lugar de detención (territorio ocupado o territorio de una Parte en conflicto), los terroristas pueden ser privados de su libertad por razones de seguridad y sus derechos como civiles pueden ser derogados sustantivamente.

⁴⁰TIPY- Cámara de apelaciones – Sentencia – párrafos 168 – 171. 1999. Visto en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

⁴¹Este criterio se denomina “nacionalidad efectiva”, introducido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Liechtenstein v. Guatemala* (1955), donde se sostiene que la nacionalidad no depende solo de la residencia habitual sino de la existencia de una genuina conexión de intereses y sentimientos entre la persona y el Estado. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>

En su artículo “Unlawful Combatants and the Geneva Conventions” Jason Callen (2004) discute la premisa sostenida por el CICR, de que toda persona en manos del enemigo debe tener un estatus bajo el DIH. El autor argumenta que, si bien los *combatientes ilegales* (en este caso terroristas) son civiles que participan de las hostilidades y, por consiguiente, están amparados por el IV Convenio de Ginebra, este tratado no alcanza a todos los tipos de *combatientes ilegales*. Es necesario destacar que la acepción de *combatiente ilegal*, en este caso, refiere a la “ilegalidad” de la participación en las hostilidades. A diferencia de Detter (2007) y Gross (2016), el autor no reconoce una tercera categoría dentro del DIH, sino que la utiliza para describir a toda persona que, sin tener la autorización para hacerlo, toma las armas para combatir.

Callen (2004) identifica dos categorías de *combatientes ilegales*: (A) *combatientes ilegales* capturados en territorio ocupado o en el territorio de una Parte del conflicto; (B) *combatientes ilegales* detenidos en el “campo de batalla” (el autor los denomina “battlefield unlawful combatant”). Esta clasificación deriva del art. 5 del Convenio IV, donde se delimitan los derechos reclamables por los civiles que se involucran en actividades hostiles en territorio ocupado o de una Parte beligerante. Puesto que el artículo no hace referencia a los civiles que participan en las hostilidades en el campo de batalla (territorio disputado que no está controlado por ninguna de las partes en conflicto), el autor infiere que carecen de protección bajo el Convenio IV. Esta interpretación también fue sostenida por Baxter (1951) en su texto “So-called ‘unprivileged belligerency’: Spies, guerrillas, and saboteurs” y retomada por Draper (1971) y Kalshoven (1972). No obstante, Callen (2004) concede la posibilidad de que la falta de derogaciones en relación a los civiles capturados en territorio no controlado implique que estos están protegidos por **todos** los derechos conferidos a las personas protegidas bajo el Convenio.

Considerando que el tratado no excluye expresamente a los “battlefield unlawful combatants”, tanto Callen (2004) como otros autores se basan en evidencia histórica para determinar la intención de las Partes al momento de redactarlo. Una interpretación amplia de “territorio ocupado”, como la que sostiene el CICR en su primer Comentario sobre el Convenio de Ginebra IV (1958), implicaría que existe una situación de ocupación desde el momento de la invasión de las tropas enemigas y ,por lo tanto, no hay distinción entre

territorio ocupado y “campo de batalla”. Mientras que una interpretación más estricta, como la que refuerza Callen (2004), exige cierto nivel de control sobre el territorio por parte de las fuerzas armadas invasoras, por lo cual, cuando este control no es efectivo el territorio se encuentra en disputa y es considerado “campo de batalla”.

Callen (2004) desestima la posición del CICR al considerar que sus argumentos reflejan las aspiraciones personales de sus integrantes más que la visión de los autores de los Convenios. “La interpretación del Comentario de la Convención Civil está abierta a impugnación porque sus editores no proveyeron ninguna cita al Acta Final de la Conferencia de Ginebra que apoyara sus puntos de vista.”(Callen 2004, p. 1046) El autor expone que durante los debates del comité encargado de la redacción del Convenio IV, los delegados manifestaron por consenso que todo *combatiente ilegal* cubierto por dicho Convenio no debía tener derecho a las mismas disposiciones que los civiles. El artículo 5, por consiguiente, se redactó en orden de limitar la protección ofrecida a los *combatientes ilegales* capturados en territorio ocupado o de una Parte beligerante.

En cuanto a la interpretación de “territorio ocupado”, Callen (2004) sugiere que los redactores del Convenio IV consideraban que el territorio ocupado y el campo de batalla eran áreas separadas. Para el autor, los redactores se basaron en la definición de “ocupación” dispuesta en el art. 42 de la IV Convención de la Haya (1907), tratado precursor del Convenio IV, que estipula que “Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse.” Por lo tanto, existe una diferencia entre el campo de batalla y el territorio ocupado.

En conclusión, Callen (2004) asevera que existe un vacío entre el Convenio de Ginebra III y el IV puesto que no todos los *combatientes ilegales* están protegidos bajo las disposiciones del último Convenio. En términos prácticos, el autor razona que el Convenio IV no se aplica a los terroristas de Al-Qaeda y miembros del Talibán detenidos en Afganistán entre 2001 y 2002, puesto que en ese período de tiempo no podía considerarse un territorio ocupado.

3.4.3 Combatientes

Una parte reducida de la literatura propone, sujeta a reservas, la posibilidad de considerar a los terroristas como combatientes. Dicho estatus depende de dos factores: (a) la conexión entre el grupo armado terrorista y las fuerzas armadas regulares de una Parte en conflicto; (b) la aplicabilidad del Protocolo Adicional I.

Szpak (2013) se basa en la estrecha relación entre Al Qaeda y el Talibán durante el conflicto armado en Afganistán para sostener el estatus de prisionero de guerra de todos sus miembros detenidos en Guantánamo. La autora reconoce que los miembros del Talibán, el gobierno *de facto* de Afganistán en aquel momento, representaban las fuerzas armadas de una Parte en conflicto y, en concordancia con el art. 4 A (1) y (3) del Convenio de Ginebra III, de ser detenidos tenían derecho al estatuto del prisionero de guerra. Puesto que los talibanes ejercían el control sobre el 80% del territorio, Szpak (2013) estima que Al-Qaeda obraba bajo su observación y protección. La negativa de entregar a Osama Bin Laden por parte del Talibán evidenciaba, para la autora, esta relación de control. Además, Szpak (2013) propone la existencia de una complementariedad entre estos dos grupos, ya que Bin Laden proporcionaba recursos al gobierno Talibán y este, a cambio, brindaba asilo para sus actividades. En el campo de batalla, ambas milicias actuaban en conjunto haciendo dificultosa su distinción. En resumen, la autora afirma “Al Qaeda estaba tan integrada en los talibanes que no estaba claro cuál controlaba a cuál” (Szpak 2013, p. 388)

Dada la estrecha conexión entre Al-Qaeda y el Talibán, Szpak (2013) interpreta al primer grupo como miembro de las fuerzas armadas de Afganistán y, por consiguiente, reafirma su derecho al estatus de prisionero de guerra. Un contra-argumento posible comprende que esta relación entre ambos grupos no refleja la pertenencia de Al-Qaeda a las fuerzas armadas del Talibán, sino su participación en las hostilidades como una milicia ajena a las fuerzas regulares. En este sentido, los miembros de Al-Qaeda estarían sujetos a las precondiciones expuestas en el artículo 4 A (2) del Convenio III, en orden de obtener el estatus de prisionero de guerra. Szpak (2013), sin embargo, discute esta posición y argumenta que la conformación de las fuerzas armadas de un Estado depende exclusivamente de la legislación doméstica, lo que no impediría que consistieran de varias milicias o cuerpos voluntarios.

Para el gobierno de los Estados Unidos, el incumplimiento de los requisitos de distinción y la falta de respeto de las leyes de la guerra fueron motivos suficientes para negar el estatuto del prisionero de guerra a los talibanes y a los miembros de Al-Qaeda. Las condiciones a las que hace referencia son las dispuestas en el art. 4 A (2) del Convenio de Ginebra III:

Los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:

a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

Szpak (2013), Goldman y Tittmore (2002) y Duffy (2005), manifiestan que la estructura del art. 4 A condiciona el estatus de combatiente al cumplimiento de los requisitos mencionados solo a las milicias y cuerpos voluntarios. Las fuerzas armadas de un Estado, por el contrario, no están obligadas explícitamente a tales disposiciones para obtener el estatus de prisionero de guerra. El primer Comentario del CICR sobre el Convenio de Ginebra III indica que los requisitos del art. 4 A (2) son implícitos para las fuerzas armadas dado que, por su naturaleza, utilizan uniforme, poseen una estructura jerárquica y conocen y respetan las leyes de la guerra. (Preux 1959) Sin embargo, en el Comentario sobre los Protocolos Adicionales, el CICR postula que la inobservancia de dichos requisitos no conlleva a la pérdida del estatus de combatiente. “Si bien el cumplimiento de la ley razonablemente se puede *esperar* de los miembros de las fuerzas armadas regulares, no es *necesario* para obtener el estado de prisionero de guerra.” (Goldman y Tittmore 2002, p. 10)

Aunque Al-Qaeda y el Talibán no llevaran armas a la vista, ni tuvieran un signo distintivo que los identificara y, sobre todo, no dirigieran sus operaciones respetando las

leyes y costumbres de la guerra, sus miembros no perderían su estatus como prisioneros de guerra en caso de ser detenidos. No obstante, de cometer crímenes de guerra, podrían ser juzgados y condenados por tales acciones.

A diferencia de Szpak (2013), Goldman y Tittlemore (2002) consideran que no todos los miembros de Al-Qaeda pertenecían a las fuerzas armadas del Talibán; aquellos que no peleaban junto con los talibanes conformaban otras milicias supeditadas al art. 4 A (2). Mientras las tres primeras condiciones de dicho artículo (pertenecer a una Parte en conflicto, formar parte de un grupo organizado, estar bajo el mando de una persona que responda por sus subordinados) son aplicables colectivamente, las últimas tres (llevar un sello distintivo reconocible a distancia, llevar las armas abiertamente, conducir las operaciones respetando las leyes de la guerra) deben ser acatadas tanto por el grupo como los individuos. Esto quiere decir que, si un miembro de la milicia cumple con todas las condiciones pero la mayor parte del grupo no, se le será negado el estatus de prisionero de guerra. (Goldman y Tittlemore 2002, p. 15) Teniendo esto en consideración, los autores aseveran que pocas milicias pueden o tienen incentivos para cumplir con las condiciones obligatorias estipuladas en el art. 4 A (2). Con respecto a los miembros de Al-Qaeda, los autores aseveran que “(...) es difícil imaginar cómo cualquier miembro de estos grupos podría calificar para ese estatus si alguno de sus miembros cometió crímenes de guerra o no se distinguió de los civiles en el curso de las hostilidades en Afganistán.” (Goldman y Tittlemore 2002, p. 30)

El Protocolo Adicional I relaja los requisitos del Convenio de Ginebra III; bajo esta normativa, los grupos armados terroristas podrían ser considerados combatientes. (Saul 2014) Sin embargo, es necesario recordar que, a diferencia de los Convenios de Ginebra, el Protocolo no fue ratificado ampliamente. Es el caso particular de Estados Unidos, de modo que el conflicto armado internacional con Afganistán no estuvo regulado por este tratado.

El artículo 43 del Protocolo Adicional I define a las fuerzas armadas de manera que se desdibuja la distinción entre combatientes regulares (fuerzas armadas) y combatientes irregulares (milicias). El art. 43 (1) dice: “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 (...)” Además, el

Protocolo Adicional I explicita para todas las fuerzas la obligación de respetar el derecho internacional: “(...) 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.”

El artículo 44, por su parte, estipula que todo combatiente, definido así en el artículo 43, será prisionero de guerra si cae en manos del enemigo. La observación más importante para los grupos armados terroristas se encuentra en el art. 44 (2):

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, salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4.

Más adelante, el art. 44 (3) establece las condiciones mínimas que deberán respetarse para no perder el estatus de prisionero de guerra. Aunque los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil, en situaciones donde esto no sea posible, conservarán su estatuto siempre que, en esas circunstancias, lleven sus armas abiertamente (a) durante todo el enfrentamiento militar y (b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras están tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que van a participar. Este artículo relaja las condiciones de distinción que se establecían en el art. 4 A (2) del Convenio III, ya que basta con llevar las armas abiertamente.

De no cumplir el estándar mínimo dispuesto en el art. 44 (3), el combatiente pierde su derecho a ser considerado como prisionero de guerra pero, no obstante, mantiene las protecciones equivalentes a los prisioneros de guerra por el III Convenio. La consecuencia es que podrá ser juzgada y sancionada por violar las leyes de la guerra.

En resumen, bajo el Protocolo Adicional I, respetando el estándar mínimo del art. 44 (3), Al-Qaeda hubiera obtenido el estatus de combatiente a pesar de no respetar las costumbres de la guerra.

3. 5 Protección bajo el DIH

Definir el estatus jurídico de una persona detenida en contexto de conflicto armado es fundamental teniendo en cuenta que de esto depende el alcance de la protección conferida por el DIH. La categoría *combatiente ilegal*, entendida como un “intermedio” entre civil y combatiente, genera desacuerdo porque resta claridad a la hora de determinar qué derechos amparan a las personas que se encuentran dentro de esta categoría. En los párrafos que siguen se expondrán, aunque no de manera exhaustiva, los derechos que protegen a los terroristas según el estatus jurídico.

El Convenio de Ginebra III, relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra, brinda la mayor protección posible a aquellos combatientes que se encuentran en manos del enemigo. Si cumplen con las condiciones mínimas del combatiente descritas en el apartado anterior, los terroristas tienen están amparados bajo dicho Convenio. Entre las disposiciones más importantes se encuentran: el trato humano sin discriminación negativa y el respeto de su dignidad (art. 13 y 14); estando en cautiverio, los prisioneros de guerra no están obligados a declarar “más que sus nombres y apellidos, su grado, la fecha del nacimiento y su número de matrícula o, a falta de éste, una indicación equivalente” (art. 17), también deberán ser evacuados de la zona de combate evitando que corran peligros innecesarios (art. 19); en cuanto a la internación, los prisioneros no pueden estar detenidos en áreas donde se registren operaciones bélicas (art. 23), la Potencia en cuyo poder se encuentren los prisioneros está obligada a cumplir con las condiciones básicas de alojamiento, alimentación y vestuario (art. 25-28), así como de higiene y atención médica (art. 29-32); el art. 34 estipula que la Potencia que detiene debe respetar y facilitar el ejercicio de la religión, a condición de que se adapten a las medidas disciplinarias dictaminadas por la autoridad militar; los prisioneros pueden ser trasladados siempre y cuando esto no comprometa tu salud (art. 47); el art. 71 concede a los prisioneros el derecho de recibir y expedir cartas, y mantener comunicación con su familia; hacia el final de las hostilidades, los prisioneros de guerra deberán ser puestos en libertad y repatriados inmediatamente (art. 117) a excepción de aquellos contra quienes se haya iniciado un proceso penal por un crimen o delito, en cuyo caso permanecerán detenidos hasta el fin de la causa o la extinción de la pena (art. 119).

El Convenio de Ginebra IV tiene por objetivo proteger a las personas civiles en tiempo de guerra, incluyendo a aquellas que participaron de las hostilidades. Sin embargo, como consecuencia de esta participación ilícita, la mayor parte de los derechos que confiere el tratado se ven limitados. Si en el territorio de una Parte en conflicto, una persona protegida representa una amenaza, dicha Parte puede derogar aquellos derechos que de aplicarse perjudicarían su seguridad estatal. En caso de territorio ocupado, si una persona protegida es detenida realizando actividades de espionaje o de cualquier otro tipo que represente una amenaza para la Potencia ocupante, puede ser privada de su derecho de comunicación. En ambas circunstancias, las personas involucradas deberán ser tratadas con humanidad y, en caso de juicio, se debe garantizar un proceso equitativo y legítimo. Las personas protegidas pueden ser detenidas por delitos cometidos bajo la legislación doméstica del territorio ocupado o aquella que sea impuesta por la Potencia ocupante, lo que incluye la participación en las hostilidades y, además, puede ser internada por la Potencia ocupante si esta considera que representa una amenaza para la seguridad. La decisión de internar a una persona protegida no debe ser arbitraria, el acusado tiene derecho de apelación y su caso debe ser revisado por un tribunal competente cada seis meses⁴².

Stoffels (2009) sugiere que estas derogaciones ofrecen a los Estados cierta flexibilidad peligrosa en su capacidad de acción, dado que permite la detención de civiles sospechados de cometer actos hostiles contra la seguridad del Estado sin mecanismos de control que analicen los argumentos que fundamentan dicha sospecha.

En cuanto al lugar de detención, el art. 49 del Convenio IV estipula la prohibición de todo traslado (en masa o individual) y deportación de personas protegidas internadas hacia el territorio de la Potencia ocupante o cualquier otro país. El art. 76 agrega ciertas disposiciones sobre el trato debido a los detenidos, en el que se incluye la obligación de mantener a las personas protegidas dentro del territorio ocupado.

Como civiles que participan de las hostilidades, de cumplir con los requisitos de nacionalidad, los terroristas tienen derecho a las disposiciones mencionadas dependiendo si fueron detenidos en territorio ocupado o de una Parte en conflicto. Si tenemos en cuenta la distinción que hacen Callen (2004), Draper (1971) y Kalshoven (1972), los terroristas

⁴² Convenio de Ginebra IV, art. 41-43 y 78

capturados en el “campo de batalla” no estarían protegidos por el Convenio IV. Sin embargo, esto no quiere decir que estén desprotegidos totalmente bajo el DIH. El art. 75 del Protocolo Adicional I representa un estándar mínimo de protección obligatorio a todos los Estados por derecho internacional consuetudinario; en él se establecen garantías fundamentales aplicables a toda persona que estando detenida por una Parte en conflicto, no disfruta de un trato más favorable en virtud de los Convenios y el Protocolo Adicional I. El art. 75 prohíbe todo acto, realizado por agentes civiles o militares, contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas detenidas. A su vez, obliga a la Potencia que detiene a informar sin demora las razones por las cuales una persona se encuentra privada de su libertad y, también, insta a liberarla lo antes posible, en caso de haber cometido un delito deberá ser puesta en libertad cuando desaparezcan las causas que justificaron su aprisionamiento. En cuanto a las garantías procesales, el artículo destaca la imparcialidad del tribunal, constituido conforme a los principios del procedimiento judicial ordinario, incluyendo la presunción de inocencia.

El art. 75 protegería a aquellos terroristas que, habiendo sido detenidos por participar de las hostilidades, no estén cubiertos por el Convenio de Ginebra III y el IV. (Duffy 2005, Goldman y Tittmore 2002, Stoffels 2009, Dörmann 2003) Antes de la aprobación del Protocolo Adicional I en 1977, el art. 3 común funcionó como red de seguridad como parte del derecho internacional consuetudinario, puesto que en sus disposiciones se describen algunas de las garantías mínimas descritas en el art. 75. (Dörmann 2003). No obstante, la aplicabilidad del art. 3 común a conflictos armados internacionales generó cierto recelo teniendo en cuenta que su función era dar una regulación mínima a los conflictos armados de carácter no internacional. Detter (2007) rechaza la posición de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hamdan vs. Rumsfeld* de aplicar el art. 3 común a los miembros de Al-Qaeda o cualquier persona que se aliara a este grupo terrorista. Su argumento principal es que, mientras el art. 3 está limitado geográficamente al ámbito interno, el conflicto armado que involucraba a Al Qaeda era “claramente de un carácter *altamente* internacional” (Detter 2007, p. 1081)

Los autores que sostienen la existencia de una tercera categoría por fuera de los Convenios de Ginebra reconocen pocos derechos para los terroristas que caen en ella.

Detter (2007) argumenta que en caso de ser detenidos, los *combatientes ilegales* no tienen derecho al Estatuto del Prisionero de Guerra (Convenio de Ginebra III) y pueden quedar encerrados más allá del fin de las hostilidades. No obstante, están protegidos bajo un estándar mínimo de trato humano que prohíbe el uso de métodos de tortura y garantiza algunos derechos procesales básicos. Detter (2007) sugiere también que el art. 75 del Protocolo Adicional I podría reflejar ese estándar en cuanto a las protecciones judiciales como norma de derecho internacional consuetudinario. La autora resalta la importancia de un estándar mínimo ya que no todos los Estados poseen las mismas reglamentaciones internas; el recurso de *habeas corpus* y la divulgación de evidencia, por ejemplo, no son recursos disponibles en todos los Estados. (Detter 2007, p. 1088)

3.6 Responsabilidad Individual

Puesto que el derecho internacional tiene al Estado como sujeto principal, sus normas están principalmente dirigidas a regular su conducta. Los actores no estatales, en cambio, están sujetos en primera instancia a la legislación doméstica. Los diferentes Convenios y tratados que componen el derecho internacional establecen obligaciones directas para los Estados. Sin embargo, la responsabilidad individual en el derecho internacional es relevante a la hora de juzgar crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad y de agresión. Sin importar el estatus jurídico, aquellos terroristas que hayan cometido alguno de estos delitos podrán ser juzgados a nivel nacional o internacional. No obstante, la Corte Penal Internacional sólo tendrá jurisdicción para hacerlo si existe una remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad o por parte del Estado en el que se cometieron los delitos o cuyos nacionales son sospechosos de ser responsables (siempre que haya ratificado el Estatuto de Roma o aceptado la jurisdicción de la Corte). La existencia de un crimen internacional de terrorismo es discutido por los especialistas; como se expuso en el capítulo 1, la falta de consenso sobre la definición de terrorismo dificulta su posible codificación dentro del Estatuto de Roma.

Aunque los terroristas no puedan ser juzgados por un crimen internacional de terrorismo, algunos autores sostienen algunos de los actos catalogados como terroristas pueden caer dentro de alguno de los crímenes internacionales que caen bajo la jurisdicción de la CPI. Detter (2007), por ejemplo, afirma que Al-Qaeda ha sido culpable de genocidio

por su persecución y ejecución a grupos de personas determinados: cristianos, ciudadanos estadounidenses y miembros del Estado de Israel. La autora fundamenta su posición en los artículos II (a) y III (c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).

El artículo II dice:

(...) se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

*a) **Matanza de miembros del grupo**; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.*⁴³

El artículo III indica:

Serán castigados los actos siguientes: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; **c) La instigación directa y pública a cometer genocidio**; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.⁴⁴

Para la autora, Al Qaeda es culpable de incitar al genocidio bajo el art. III (c) en vista de sus declaraciones sobre el “(...) deber personal de todo musulmán (de) matar a los estadounidenses y sus aliados, civiles o militares (...)” (Detter 2007, p. 1069)

Más adelante, Detter (2007) se basa en los artículos IV y VI para argumentar que los miembros de Al-Qaeda y todo aquel que adopte objetivos similares serán castigados por un tribunal competente en el territorio donde el acto fue cometido, o por la Corte Penal Internacional en el caso de que las Partes Contratantes que hayan aceptado su jurisdicción.

En cuanto a la participación ilícita en las hostilidades, toda persona que tome las armas y no pueda ser considerada combatiente por el Convenio de Ginebra III ni el

⁴³ Énfasis propio.

⁴⁴ Énfasis propio.

Protocolo Adicional I, podrá ser enjuiciada bajo el derecho doméstico. Los terroristas que no cumplan con los requisitos mínimos del art. 44 (3) del Protocolo Adicional I, a pesar de gozar de la protección que establece el Convenio de Ginebra III, son sancionables por su participación ilícita en el combate.



Universidad de
San Andrés

Conclusión

Inter arma silent leges

El derecho internacional humanitario cuestiona la idea de que en tiempos de guerra, las leyes quedan a merced de las necesidades militares. Como cuerpo jurídico que busca proteger un último rastro de humanidad en un contexto cargado de violencia, su aplicación no debe limitarse por requisitos arbitrarios de seguridad (Mofidi y Eckert 2003). Por esto, aunque la amenaza del terrorismo presente nuevos desafíos en la conducción de las hostilidades, las condiciones de humanidad siguen vigentes.

A lo largo de este trabajo pudo observarse que la condición principal para la aplicación del DIH es la existencia de un conflicto armado. Si bien los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales no definen con claridad lo que constituye un conflicto armado, la práctica de los Estados refleja un umbral mínimo de violencia que debe sobrepasarse para que el *ius in bello* comience a regir.

En cuanto a la participación de grupos armados terroristas, los conflictos armados de carácter no internacional (CANI) parecen representar en mayor medida los enfrentamientos que hoy involucran a estos actores no estatales. Sin embargo, para ser considerados Parte del CANI el grupo armado debe tener, como condición mínima, cierto grado de organización. Bajo este tipo de conflictos, el estatus jurídico no es relevante puesto que no existe un privilegio del combatiente. Tanto civiles como miembros de los grupos armados terroristas no poseen derecho a participar de las hostilidades y, en caso de ser vencidos por las fuerzas estatales, pueden ser procesados por tomar las armas.

En contexto de conflicto armado internacional (CAI), considerar a los grupos armados terroristas como Parte independiente es controversial. Como consecuencia de los ataques del 11 de septiembre, un sector de la literatura comenzó a cuestionar la idea de que las guerras sólo involucraban a Estados soberanos. La realidad demostró que actores no

soberanos pueden ejercer el mismo nivel de daño que un Estado. No obstante, el DIH determina claramente que un conflicto armado internacional surge del enfrentamiento entre dos Altas Partes Contratantes, es decir, Estados. Esto no quiere decir que grupos armados terroristas no puedan verse en medio de un conflicto armado internacional que surgió entre dos o más Estados. En estos casos, el estatus jurídico si es relevante porque la protección y responsabilidad varía.

Del análisis crítico de la bibliografía consignada se concluye que no hay una posición libre de objeciones. Los terroristas, como grupo, no poseen un estatus definido. Su situación debe analizarse caso por caso, teniendo en cuenta los tratados que aplican. En aquellos conflictos armados internacionales entre Estados que ratificaron el Protocolo Adicional I, los terroristas tendrán mayor posibilidad de ser reconocidos como combatientes dada la laxitud del art. 44 (3). Sin embargo, teniendo en cuenta que el Protocolo Adicional I no aplica a conflictos contra los Estados Unidos (el principal Estado involucrado en la guerra contra el terrorismo), esta posibilidad se reduce considerablemente. En casos en que el Protocolo Adicional I no tenga jurisdicción o no se cumpla el estándar mínimo del art. 44 (3), los terroristas detenidos podrían ser considerados civiles que participan directamente de las hostilidades. Dos objeciones pueden presentarse: no hay una definición clara de “participación directa en las hostilidades” (por lo tanto, esta categoría puede representar o no a terroristas que participan “tiempo completo”) y, como advierten algunos autores, los terroristas detenidos en el “campo de batalla” podrían quedar excluidos del ámbito de protección del Convenio de Ginebra IV. Bajo esta última objeción, no obstante, los terroristas seguirían teniendo el estatus de civil que participa de las hostilidades pero sus derechos se verían severamente recortados.

Por vía del derecho internacional consuetudinario es difícil concluir que los terroristas carezcan de protección. Como se expuso en el capítulo 3, toda persona en manos del enemigo tiene derecho a las garantías básicas estipuladas en el art. 75 del Protocolo Adicional I y el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Por lo tanto, de no tener estatus de combatiente protegido por el III Convenio de Ginebra, ni estar amparado por el IV Convenio de Ginebra por no cumplir el criterio de nacionalidad o por ser detenido en el campo de batalla, el DIH los protege de igual forma a través del carácter consuetudinario

del art. 75. Se trata de los estándares mínimos que el DIH consagra en complementariedad con el régimen de protección de los derechos humanos, aplicables siempre (en tiempos de paz y en tiempos de guerra) y respecto de todos.

Independientemente del estatus jurídico, la responsabilidad individual por crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad y de agresión es la misma. El estatus solo confiere inmunidad frente a la participación en las hostilidades. Como civiles, los terroristas detenidos pueden ser juzgados por tomar las armas, en la medida en que no estaban autorizados para hacerlos (por no ser combatientes).

En definitiva, sostenemos aquí que reconocer derechos a los terroristas no implica conceder impunidad frente a las atrocidades de sus actos. Los ataques indiscriminados a la población civil son profundamente condenados por la comunidad internacional y sus perpetradores deben ser juzgados. No obstante, la persecución de estas personas no debe apartarse del derecho internacional. Como Mofidi y Eckert (2003) afirman: “Incluso ‘una guerra para librar al mundo del mal’ debería estar sujeta al derecho humanitario” (Modifi y Eckert 2003, p. 92).

Bibliografía primaria

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles*, 10 de diciembre de 1976. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1976-enmod-convention-5tdm2l.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*, 01 enero de 1981. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl6d.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado*, 14 de mayo de 1954. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña* (“Primer Convenio de Ginebra”), 12 de Agosto de 1949, Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar* (“Segundo Convenio de Ginebra”), 12 de Agosto de 1949, Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, 8 de junio de 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 8 de junio de 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Reglamento Anexo a la IV Convención de la Haya 1907*, 18 de octubre de 1907. Disponible en:

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra ("Cuarto Convenio de Ginebra")*, 12 Agosto 1949, 75 UNTS 287. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra ("Tercer Convenio de Ginebra")*, 12 Agosto 1949, 75 UNTS 135. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>

Corte IDH, Caso Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997, Informe N° 55/97. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>

Corte Internacional de Justicia, Caso Liechtenstein v. Guatemala (1955) Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>

Corte Suprema de los Estados Unidos, Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1, 1942. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/>

Corte Suprema de los Estados Unidos, Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 2006. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/557/>

Documentación Presidencial. Orden militar del 13 de noviembre de 2001. *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. Disponible en: <https://fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>

Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*, 04 de diciembre de 1989. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1989-mercenaries-5tdmhy.htm>

Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 09 de diciembre de 1948, RES 260 A (III), Entrada en vigor: 12 de enero de 1951. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

Naciones Unidas, Asamblea General, *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, 9 de diciembre de 1999, entrada en vigor 2002.

Naciones Unidas, Asamblea General, *Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional*, 17 Julio 1998, entrada en vigor 2002. ISBN No. 92-9227-227-6 (Última enmienda 2010) Disponible en:

[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Naciones Unidas, Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, 25 de mayo de 2000. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opaccrc.aspx>

Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI. Disponible en: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>

Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda*, 08 de noviembre de 1994. Disponible en:

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>

Naciones Unidas, Departamento de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas, *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción*, 18 de septiembre 1997. Disponible en:

http://www.un.org/es/disarmament/instruments/convention_landmines.shtml

Naciones Unidas, Departamento de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas, *Convención sobre municiones en racimo*, 30 de mayo de 2008. Disponible en:

<http://www.un.org/es/disarmament/conventionalarms/convention/clustermunitions.shtml>

Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Políticos de las Naciones Unidas, *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, 13 de enero de 1993. Disponible en:

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-chemical-weapons-convention-5tdmhz.htm>

Naciones Unidas, *Tratado sobre el Comercio de Armas*, 24 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://www.un.org/disarmament/es/el-tratado-sobre-el-comercio-de-armas/>

Naciones Unidas, UNESCO, *Convención sobre la prohibición de armas bacteriológicas y sobre su destrucción*, 1972. Disponible en:

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5v5ley.htm>

Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales” (14 de diciembre de 1960)
Disponible en: <http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>

Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (24 de octubre de 1970)

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Fiscal vs. Tadic, Cámara de apelaciones, 1995. Consultado en:
<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>

Bibliografía secundaria

- Baxter, Richard. 1951. So-called 'unprivileged belligerency': Spies, guerrillas, and saboteurs. *British Yearbook of International Law*: 323.
- Bott, Gregory. 2016. The Operations of the Islamic State and The Relevance of International Humanitarian Law. *Australian International Law Journal* : 99-111.
- Broomhall, Bruce. 2004. State Actors in an International Definition of Terrorism from a Human Rights Perspective. *Case Western Reserve Journal of International Law* : 421-441.
- Buis, Emiliano J. 2018. Taming Ares. War, Interstate Law and Humanitarian Discourse in Classical Greece. *Series on Studies in the History of International Law*, vol.26. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff
- Callen, Jason. 2004. Unlawful Combatants and the Geneva Conventions. *Virginia Journal of International Law*: 1025-1072.
- Cohen, Aviv. 2012. Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating an Unused Legal Tool to Combat Terrorism. *Michigan State International Law Review*: 219-257.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2009. Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law.
- Danner, Allison M. 2007. Defining Unlawful Enemy Combatants: A Centripetal Story. *Texas International Law Journal*: Vol. 43 1-14.
- Detter, Ingrid. 2007. The Law of War and Illegal Combatants. *The George Washington Law Review* : 1049-1104.
- Díaz-Barrado, Cástor Miguel. 2009. The Definition of Terrorism and International Law.» Editado por Pablo Antonio Fernández-Sánchez. *International Humanitarian Law Series* 23: 27
- Dörmann, Knut. 2003. La situación jurídica de los "combatientes ilegales/no privilegiados". *Revista Internacional de la Cruz Roja* : 1-19.
- Draper, Gerald. 1995. The contribution of the Emperor Asoka Maurya to the development of the humanitarian ideal in warfare. *Comité Internacional de la Cruz Roja*. <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jmf2.htm>.

- Draper, Gerald. 1971. The status of combatants and the question of guerrilla warfare.» *British Yearbook of International Law*: 173-218.
- Duffy, Helen. 2005. *The 'War on Terror' and the framework of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Goldman, Robert K., y Brian D. Tittlemore. 2002. Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law. *The American Society of International Law Task Force on Terrorism*: 1-57.
- Greenwood, Christopher. 1983. The Relationship between ius ad bellum and ius in bello. *Review of International Studies* (Cambridge University Press) 9, nº 4
- Gross, Emanuel. 2004. The struggle of a democracy against the terror of suicide bombers: ideological and legal aspects. *Wisconsin International Law Journal* : 597-710.
- _____. 2016. The Third Player-Illegal Combatant." *San Diego International Law Journal*: 199-238.
- Higgins, Rosalyn. 1997. "The general international law of terrorism" En *Terrorism and International Law*, de Rosalyn Higgins y Maurice Flory, 13. London: Routledge.
- Kalshoven, F. 1972. The Position of Guerrilla Fighters under the Law of War. *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*: 55.
- Mofidi, Manooher, y Amy E. Eckert. 2003. Unlawful Combatants or Prisoners of War: The Law and Politics of Labels. *Cornell Int' L. J.*: 59-92.
- Neuman, Gerald. 2003. Humanitarian Law and Counterterrorist Force. *European Journal of International Law* : 283-293.
- Norberg, Naomi. 2010. Terrorism and International Criminal Justice: Dim Prospects for the Future. *Santa Clara Journal of International Law*: 11-50.
- Pictet, J. 1958. Commentary: IV Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. *Comité Internacional de la Cruz Roja*
- Preux, Jean. 1959. Commentary: Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. *CICR*.
- Sassòli, Marcos. 2004. Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism. *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*: 195-221.
- _____. 2006a. Terrorism and War. *Int'l Crim. Just.* : 959-981.

- _____. 2006b. Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law. *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research - Harvard University - Occasional Paper Series*: 1-43.
- Sassòli, Marco, Antoine Bouvier, y Anne Quintin. 2011. How does law protect in war? *Comité Internacional de la Cruz Roja*
- Saul, Ben. 2006. *Defining Terrorism in International Law*. Oxford University Press.
- Saul, Ben. 2014. Terrorism and International Humanitarian Law.» *Research Handbook on International Law and Terrorism*
- Stephens, Tim. 2007. International Criminal Law and the response to International Terrorism. *UNSW Law Journal*: 456-481.
- Stoffels, Ruth Abril. 2009. Legal Limbo at Guantanamo Bay. Supreme Court v. Bush Administration: June 29th 2006 Decision. Editado por Pablo Antonio Fernández-Sánchez. *International Humanitarian Law Series* 23 : 457-468.
- Sylvain, Vité. 2009. Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. *International Review of the Red Cross* 91, nº 873
- Szpak, Agnieszka. 2013. The Legal Status of the Guantanamo Bay Detainees - Ten Years Later. *Birkbeck Law Review*: 375-420.
- Weiner, Allen s. 2005. Law, Just war, and the international fight against terrorism: is it war? *CDDRL Working Papers*: 1-29.
- Williamson, Myra. 2009. Terrorism, war, and international law : the legality of the use of force against Afganistan in 2001. *The Ashgate international law series*: 1-295.
- Yoo, John C., y James C. Ho. 2003. The Status of Terrorists. *Virginia Journal of International Law*: 207-228.