

**TERRORISMO, DERECHO INTERNACIONAL  
HUMANITARIO Y CONFLICTOS ARMADOS  
ACTUALES**

por MONTSERRAT ABAD CASTELOS

Profesora Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad Carlos III de Madrid

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL TERRORISMO HA LLEGADO A CONVERTIRSE EN UN RASGO CARACTERÍSTICO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES
- II. LA REGULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL TERRORISMO EN TIEMPO DE CONFLICTO ARMADO EN EL DIH
- III. ¿PUEDEN LAS CONVENCIONES ANTITERRORISTAS DE LAS NACIONES UNIDAS APLICARSE A UN ACTO DE TERRORISMO COMETIDO EN TIEMPO DE CONFLICTO ARMADO?
- IV. ¿PUEDEN COMETERSE ACTOS DE TERRORISMO POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO?
- V. ¿PUEDEN COMETERSE ACTOS DE TERRORISMO CONTRA LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO?
- VI. LAS DIFICULTADES POLÍTICAS EXISTENTES SE REFLEJAN EN LA PARÁLISIS DEL PROYECTO DEL CONVENIO GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO.
- VII. CONSIDERACIONES FINALES

## I. INTRODUCCIÓN: EL TERRORISMO HA LLEGADO A CONVERTIRSE EN UN RASGO CARACTERÍSTICO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES

Cabría comenzar aludiendo a múltiples referencias que aparecen en la prensa escrita y en otros medios de comunicación dando noticia de incidentes concretos que ocurren en conflictos actuales, informando sobre ataques cuya calificación, sobre todo a priori, se hace hartamente difícil. Así, arrancaremos, por ejemplo, haciendo referencia a un suceso fechado en el verano de 2009, en el marco del recrudecimiento de la respuesta talibán a la ofensiva aliada que tenía lugar por aquellas fechas, y en el cual un camión bomba estallaba a la salida de un colegio al Sur de Kabul, provocando la muerte de veintidós civiles y cuatro policías<sup>1</sup>. Citaremos, sólo a título de ejemplo, otras informaciones relativas a las «emboscadas» realizadas por la insurgencia talibán en Afganistán a miembros de las Fuerzas Armadas aliadas, en las que se han utilizado, entre otras, armas de fuego ligeras y granadas, y que han provocado la muerte, entre otros, de soldados estadounidenses y británicos<sup>2</sup>. Recordemos, igualmente, la muerte de siete miembros del CNI español a resultas de un ataque presuntamente cometido por la resistencia iraquí en 2003, a unos cien kilómetros de Bagdad. ¿Constituyen esas acciones actos de terrorismo?<sup>3</sup>.

La respuesta a una pregunta así, además de ser ciertamente muy compleja, requiere un examen caso por caso, detenido, en el cual sería preciso conocer además

---

<sup>1</sup> *El País*, viernes 10 de julio de 2009, p. 5.

<sup>2</sup> Pueden verse, entre muchos otros, *El País* de 11 de noviembre de 2007, en que se daba cuenta de que la milicia integrista talibán era cada vez más fuerte en Afganistán, y ya libraban algunas batallas a tan sólo 30 km de Kabul. Seis soldados estadounidenses y 3 militares afganos habían muerto el día antes en una «emboscada» tendida por la insurgencia talibán a las fuerzas de la OTAN desplegadas en Afganistán (en concreto, en la provincia de Nuristán, en el Este del país), resultando heridos veinte soldados más. Un portavoz del Ejército estadounidense definía el ataque como «una emboscada compleja».

<sup>3</sup> Véanse los repertorios de práctica internacional contenidos en la «Chronique des Faits Internationaux», de la *RGDIP*, fundamentalmente a partir del Vol. 110, Núm. 4 de 2006, pp. 891-933.

ciertos detalles que con frecuencia ni siquiera figuran en las crónicas de los hechos que se manejan normalmente. Aspectos para cuya valoración puede ser preciso realizar un examen equivalente al aportado por una instrucción de los hechos, de carácter judicial o equivalente. Cabe adelantar, además, que todas las circunstancias existentes en cada caso condicionarán la respuesta. Y, junto a ello, dependiendo a su vez de quién sea el intérprete de la condición de tales acciones, se podrá llegar a conclusiones incluso diferentes sobre su valoración, como tendremos ocasión de volver a ver más adelante.

Pero en cualquier caso, traer a colación referencias fácticas de este tipo nos permite introducirnos en la realidad de que a menudo los actos terroristas se realizan en un contexto de conflicto armado, ya sea internacional o, más frecuentemente, interno, aunque a menudo con un componente internacional debido a una presencia militar extranjera en una de las partes, lo cual no excluye su carácter interno, como, por ejemplo, en el caso del conflicto de Afganistán, entre el Gobierno afgano, apoyado por una coalición de Estados y distintos grupos armados, entre los que se encuentran los Talibanes y la organización terrorista Al-Qaeda<sup>4</sup>. A menudo se cometen también actos terroristas en otros conflictos internos como el de Somalia, o en situaciones de ocupación total o parcial del territorio de un Estado o equivalente a estos efectos, como puede ser el caso de Palestina.

Como ha sido puesto de relieve por el CICR<sup>5</sup>, así como por otras Organizaciones No Gubernamentales que trabajan sobre el terreno y por la doctrina, cabe percibir ciertas líneas generales en los conflictos armados actuales; a saber, en primer lugar, son, en su mayoría, de naturaleza interna, sin que ello obste a que cuenten con elementos transnacionales o internacionalizados; en segundo lugar, son asimétricos, a diferencia del pasado, cuando las guerras se libraban entre Estados con aparatos militares que tenían cierta equivalencia entre sí; en tercer lugar, en ellos se produce una desmilitarización a la par que una privatización de la guerra; en cuarto lugar, se emplean armas y métodos de combate no convencionales, incluido el terrorismo; y, en quinto lugar, la mayor parte de las víctimas son personas civiles, a diferencia del pasado en que sólo se convertían en víctimas de forma circunstancial o indirecta<sup>6</sup>.

En este orden de cosas, es de señalar que en el Informe preparado por el CICR para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en 2007, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos

---

<sup>4</sup> Afganistán es uno de los países más afectados por Al Qaeda, junto con Pakistán. Además en la frontera de Afganistán con Pakistán se han venido preparando múltiples atentados en los últimos años. Véase A. COTTEY, «Afganistán and the new dynamics of intervention: counter-terrorism and nation building», *SIPRI Yearbook 2003: Armaments, Disarmament and International Security*, pp. 167 y ss.

<sup>5</sup> Es sabido que el CICR es en realidad una ONG, aunque singular, ya que tiene una capacidad para actuar en el plano internacional en gran medida similar a la de una OI o a la de un Estado, y tiene además un papel muy especial en este ámbito, en cuanto que es promotor y guardián del DIH.

<sup>6</sup> Características que, en líneas generales, también han sido apuntadas por la doctrina tras un análisis de la práctica. Véase el artículo de H. MÜNKLER, «The Wars of the 21st Century», en la *RICR*, March 2003, vol. 85, Núm. 849, pp. 7-21.

armados contemporáneos», se reconoce que si bien «el DIH es en general adecuado (...) los actos de terrorismo plantean algunos desafíos jurídicos concretos». En cualquier caso, se parte de que «en la lucha contra el terrorismo es preciso aplicar una serie de medidas –de investigación, diplomáticas, financieras, económicas, jurídicas, económicas, educativas, y otras semejantes– que abarcan todo el espectro desde tiempo de paz hasta conflicto armado, y que el DIH no puede ser el único instrumento jurídico al que se recurra en una labor tan compleja»<sup>7</sup>. Igualmente, por lo que respecta en concreto a la conducción de hostilidades, es de destacar que la guerra asimétrica, que se caracteriza «por grandes desigualdades en las capacidades militares de las partes beligerantes», si bien no es un fenómeno nuevo, como reconoce el CICR, sí es una característica más común de los conflictos contemporáneos. Además, la asimetría «generalmente hace que los enfrentamientos armados contemporáneos sean más sangrientos, lo que a su vez deja escaso margen para el imperio de la ley. Si bien la guerra asimétrica puede tener muchas facetas, afecta especialmente al cumplimiento de las normas más fundamentales de la conducción de hostilidades, a saber, los principios de distinción y de prohibición de la perfidia»<sup>8</sup>. Igualmente, también es de destacar el posible efecto perverso derivado del hecho de que no exista un estatuto de miembro de las FFAA, de combatiente y de prisionero de guerra en los conflictos armados internos. Ello puede desincentivar a los actores no estatales a cumplir las normas más elementales de DIH, e incluso a cometer actos de terrorismo, como de nuevo se verá *infra*.

## II. LA REGULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL TERRORISMO EN TIEMPO DE CONFLICTO ARMADO EN EL DIH

Dejando ahora a un lado la denominada «guerra contra el terrorismo», emprendida por la Administración Bush de EEUU a raíz de los atentados de 11 de septiembre de 2001, la cual, como es sabido, ha implicado múltiples aspectos sin cabida en el Derecho internacional<sup>9</sup>, ha de tenerse en cuenta que en casos como los referidos

<sup>7</sup> CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos», Doc. 30IC/07/8.4, p. 2.

<sup>8</sup> CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...», Doc. 30IC/07/8.4, *loc. cit.*, p. 17.

<sup>9</sup> La denominada «guerra contra el terrorismo» de EEUU ha generado una rica doctrina. Baste ahora con citar el artículo de PÉREZ GONZÁLEZ sobre «Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el Derecho internacional humanitario», publicado en la *Lucha contra el terrorismo y Derecho internacional*, Cuadernos de Estrategia, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006, pp. 83-105; p. 88 y ss. A su vez, en la contribución de I. LIROLA DELGADO a este mismo Volumen de los *Cursos de Vitoria-Gasteiz* se analiza el estado actual de la respuesta estadounidense una vez que la Administración Obama ha echado a andar. En cualquier caso, cabe señalar que si bien la Administración Obama, en lo que lleva de andadura, ha significado ciertos cambios a este respecto, también ha permitido relevantes continuidades. Véase, asimismo, S. BORELLI, «Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the 'war on terror'», *International Review of the Red Cross*, Volume 87, Number 857, March 2005; M. PÉREZ GONZÁLEZ y J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Huma-

en el apartado I de este trabajo son de aplicación las normas del Derecho internacional penal y del Derecho internacional de los derechos humanos, así como las normas del Derecho internacional humanitario, en particular los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que regulan la protección de las víctimas de los conflictos armados, esto es, de los heridos y enfermos de las FFAA, de los prisioneros de guerra y de las personas civiles, así como los Protocolos Adicionales a tales Convenios, de 1977. No obstante, no puede dejarse de lado que el DIH abarca a su vez toda una serie de otros instrumentos jurídicamente vinculantes, así como el Derecho consuetudinario.

En relación con las normas internacionales sobre derechos humanos, ha de partirse de que éstas incorporan la posibilidad de que los Estados Partes procedan a su suspensión en situaciones excepcionales<sup>10</sup>. A su vez, con respecto a las normas de DIH, ha de tenerse en cuenta que su aplicación presume un cierto umbral de violencia, tanto en los conflictos armados internacionales, como internos, sin alcanzar el cual, podría ser incluso contraproducente y peligroso recurrir a ellas, ya que puede tener el efecto perverso de legitimar o condenar otros actos hostiles, que en realidad no llegan al umbral mínimo de la insurgencia, y otorgarles inmunidad de cara a su posible persecución<sup>11</sup>. Sea como fuere, resultan aplicables los sectores

---

nos», *REDI*, Vol. 54, Núm. 1, 2002, pp. 11 y ss.; y H. TIGROUDJA, «Quel(s) droit(s) applicable(s) à la ‘Guerre au Terrorisme’?», *Annuaire Française de Droit International*, Vol. XLVIII, 2002, pp. 81 y ss. Para una síntesis divulgativa, puede verse F. REINARES, «¿Se acabó la guerra al terrorismo?», *El País*, 24 de agosto de 2009, p. 21.

Cabe precisar a su vez que el CICR siempre ha sido categórico a este respecto: «El derecho internacional humanitario reconoce dos clases de conflictos armados: los internacionales y los no internacionales (...). La cuestión de si un conflicto armado internacional o no internacional forma parte o no de la ‘guerra global contra el terrorismo’ no es de naturaleza jurídica, sino política. La expresión ‘guerra global contra el terrorismo’ no extiende la aplicabilidad del derecho humanitario a todas las situaciones comprendidas en este concepto, sino sólo a aquéllas que constituyen un conflicto armado»; CICR, «La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo», *Declaración oficial de 31-08-2005* (<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html>).

<sup>10</sup> Como es sabido, ha de tratarse de una situación que ponga en peligro la vida de la nación, y, en cualquier caso, la medida de suspensión ha de limitarse estrictamente a las exigencias de la situación, y no ha de resultar incompatible con otras obligaciones impuestas por el Derecho internacional y no puede efectuarse tampoco de manera discriminatoria. De todas formas, la suspensión nunca puede afectar a la prohibición de la privación arbitraria de la vida, de la tortura, de la esclavitud y al principio de legalidad y de irretroactividad penal. Véase, entre otros, el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

A este respecto, el TIJ afirmó en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un Muro en el Territorio palestino ocupado*, que «the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save the through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in article 4 of the [International Covenant on Civil and Political Rights]», *CIJ Recueil*, 2004, para.106.

Sobre ello, véase también Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism*, Fact Sheet N° 32, United Nations, New York and Geneva, 2008

<sup>11</sup> El CICR hace referencia a ello; véase, por ejemplo, su Informe citado, de 2007; *ibídem*. En la doctrina, M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el Derecho internacional ...», *Lucha contra el terrorismo...*, *loc. cit.*, p. 88; y J. N.

normativos arriba citados, junto con las normas relativas al *ius ad bellum*, y en cualquier caso, como precisa Pérez González, descartar la aplicabilidad de uno de esos sectores en la lucha contra el terror por los Estados en situaciones en las que debería aplicarse o propugnar la aplicación parcial y diferenciada de sus reglas «so pretexto de una mayor eficacia en la represión de ciertas conductas puede constituir una violación del Derecho internacional y, a la postre, situar a los justicieros en un nivel equiparable al de los transgresores<sup>12</sup>.

Si bien es cierto que el DIH no ofrece una definición de terrorismo, ha de tenerse en cuenta que prohíbe explícitamente la mayoría de los actos que se cometen contra las personas civiles y los bienes de carácter civil en los conflictos armados. Muchos de los ataques dirigidos contra personas civiles son acciones que, como precisa certeramente el CICR, se considerarían actos «terroristas» si se cometieran en tiempo de paz<sup>13</sup>. Precisamente para evitar la comisión de ciertas acciones, se contiene una serie de prohibiciones explícitas; concretamente, las que se indican a continuación. En primer lugar, el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra estipula que «están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo». En segundo lugar, en el párr. 2d) del artículo 4 del Protocolo Adicional II se prohíben los «actos de terrorismo» contra las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas. Y, en tercer lugar, en las secciones relativas a la conducción de las hostilidades, los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra también prohíben los actos encaminados a sembrar el terror entre la población civil. En el artículo 51.2 del PI y en el artículo 13.2 del PII se establece que «no serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil».

Como se ve, todas las prohibiciones van dirigidas con respecto a las personas civiles, a salvo de la prohibición que figura en el artículo 4.2.d) del Protocolo II, con un alcance más genérico, al extenderse la prohibición hasta acoger los actos de terrorismo contra toda persona que no participe directamente en las hostilidades. Se cubre, por tanto, a las personas que hayan dejado de participar en ellas porque estén heridas, sin defensa, así como al personal médico o religioso.

Además, existen varias disposiciones implícitas, las cuales, como reconoce el CICR, derivan del principio básico de distinción, que vertebra todo el DIH, y según el cual, todas las personas que intervienen en conflictos armados deben hacer una distinción en todo momento entre la población civil y bienes civiles, de un lado, y objetivos militares, de modo que los ataques sólo puedan dirigirse hacia estos últimos. De esta piedra angular del Derecho aplicable a los conflictos armados se derivan otras muchas normas específicas, por ejemplo, la prohibición de ataques in-

---

PAUST, «There is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11th», *ASIL Task Force on Terrorism*, November 2002, p.3.

<sup>12</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el Derecho internacional humanitario...», *Lucha contra el terrorismo...*, Cuadernos de Estrategia, *loc. cit.*, p.85.

<sup>13</sup> CICR, Sitio Web, apartado relativo al *Derecho internacional humanitario y el terrorismo*.

discriminados, el uso de «escudos humanos» o la toma de rehenes, tanto de civiles como de personas que ya no participan en las hostilidades<sup>14</sup>.

Partiendo pues, en todo caso, de que tanto las acciones como las normas aplicables pueden ser sustancialmente diferentes entre los hechos cometidos en tiempo de paz o, por el contrario, en un contexto de conflicto armado, pueden suscitarse dos interrogantes fundamentales, o tal vez una con doble cara: por una parte, ¿se pueden cometer actos de terrorismo *por* Miembros de FFAA *en situación de conflicto armado*? Y, por otra, ¿se pueden cometer actos de terrorismo *contra* Miembros de FFAA *en situación de conflicto armado*? Pero antes, todavía debe plantearse otra cuestión, relativa a las Convenciones *antiterroristas* de las NU, a saber, si éstas pueden aplicarse a un acto de terrorismo cometido en tiempo de conflicto armado.

### III. ¿PUEDEN LAS CONVENCIONES ANTITERRORISTAS DE LAS NACIONES UNIDAS APLICARSE A UN ACTO DE TERRORISMO COMETIDO EN TIEMPO DE CONFLICTO ARMADO?

La respuesta a las interrogantes planteadas en el apartado anterior alberga un contenido especialmente complejo, ya que el sentido y alcance de la contestación que se dé no depende sólo de lo dispuesto en las normas del Derecho internacional humanitario, sino también de lo dispuesto en esas normas del Derecho internacional penal. Por ello, resulta de especial relevancia determinar si estos instrumentos convencionales específicamente dirigidos a la persecución penal del terrorismo pueden ser o no aplicables a los actos cometidos en circunstancias de conflicto armado, y, si lo son, hasta qué punto pueden serlo.

Lo cierto es que, de los trece instrumentos *antiterroristas* elaborados hasta la fecha y vigentes en el ámbito de las Naciones Unidas<sup>15</sup>, sólo cuatro Convenciones se refieren a normas o a conceptos ínsitos en el Derecho internacional humanitario. Son, en concreto, la Convención contra la toma de rehenes (1979)<sup>16</sup>, la Convención para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997)<sup>17</sup>, la

<sup>14</sup> CICR, Sección «Terrorismo y Derecho internacional humanitario», Sitio Web del CICR.

A la vista de este marco normativo, puede indicarse que «while there are difficulties in quantifying ‘terror’ in war and in differentiating it from the ether of fear which surrounds and permeates conflict, the international community has consciously condemned the deliberate terrorization of civilians as a tactic. The meaning of terrorism in IHL is distinct from the meaning of terrorism outside armed conflicts»; B. SAUL, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, 2006 p. 319.

<sup>15</sup> Para un análisis de toda la evolución habida, véase C.M. DÍAZ BARRADO, «El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo», *Lucha contra el terrorismo y Derecho internacional*, Cuadernos de Estrategia, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006, pp 53-80.

<sup>16</sup> La Convención fue adoptada por la Resolución 34/146 de la AGNU, el 17 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de junio de 1983, y actualmente tiene 167 Estados Parte. Entre las últimas ratificaciones, destacan las de Colombia (2005), Irlanda (2005), Tailandia (2007) o Marruecos (2007). Para el estado de ratificaciones, véase *UN Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General* (<http://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx>).

<sup>17</sup> La Convención fue adoptada por la Resolución A/RES/52/164 de la AGNU, el 15 de diciembre de 1997. Entró en vigor el 23 de mayo de 2001, y actualmente cuenta con 164 Estados Parte; *ibidem*.



Convención para la represión de la financiación del terrorismo (1999)<sup>18</sup> y la Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear (2005)<sup>19</sup>. De todas formas, abordan las referencias al Derecho internacional humanitario de manera muy diferente entre sí.

Así, en primer lugar, la Convención para la represión de la financiación del terrorismo prevé, en su artículo 2.1.b) que «comete delito» en el sentido prescrito por el Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: (...) cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo».

Y en segundo lugar, de un lado, la Convención contra la toma de rehenes y, de otro lado, la Convención para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y la Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear incorporan cláusulas que son muy diferentes entre sí, incluso podría decirse que resultan en gran medida opuestas. En efecto, según el artículo 12 de la Convención contra la toma de rehenes se prevé que «siempre que los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra o los Protocolos adicionales a esos Convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los Estados Partes en la presente Convención estén obligados en virtud de esos Convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes, la presente Convención no se aplicará a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados, tal como están definidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos, en particular los conflictos armados mencionados en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo Adicional I de 1977, en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración 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»<sup>20</sup>. A su vez, la Convención para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y la Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear contienen una cláusula similar entre

<sup>18</sup> La Convención fue adoptada por la Resolución A/RES/54/109 de la AGNU, el 9 de diciembre de 1999. Entró en vigor el 10 de abril de 2002, y actualmente cuenta con 171 Estados Parte; *ibídem*.

<sup>19</sup> La Convención fue adoptada por la Resolución A/RES/59/290 de la AGNU, el 13 de abril de 2005. Entró en vigor el 7 de julio de 2007, y actualmente cuenta con 63 Estados Parte; *ibídem*.

<sup>20</sup> A pesar de que su contenido no suponga precisamente un modelo de redacción, sí deja entrever su significado, y, en todo caso, permite intuir el delicado y arduo juego de transacciones que hubo que efectuar entre los diferentes grupos de Estados para llegar a un acuerdo en torno a su redacción. Para obtener detalles sobre ello, más que acudir a los Informes del Comité *Ad Hoc*, cuyas actas poco o nada revelan acerca de las deliberaciones habidas a este respecto, resulta esclarecedora la lectura del artículo de W. D. VERWEY, en el *AJIL*, como se verá *infra*.

sí, incluida en sus artículos, 19.2 y 4.2, respectivamente. Según su tenor, «las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el derecho internacional humanitario, que se rijan por ese derecho no estarán sujetas al presente Convenio y las actividades que lleven a cabo las fuerzas armadas de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas de derecho internacional, no estarán sujetas al presente Convenio»<sup>21</sup>.

¿Cómo calificar ambos tipos de cláusulas? Mientras que la contenida en la Convención contra la toma de rehenes podría categorizarse, en realidad, como una *cláusula puente*, las segundas constituyen, en realidad, auténticas *cláusulas de exclusión*. En efecto, la *cláusula puente* de la Convención contra la toma de rehenes supuso una auténtica primicia jurídica en su día, y a través del vínculo jurídico que establece con el DIH, la Convención podrá aplicarse también en tiempo de conflicto armado. Es más, será aplicable, si los Estados afectados por un incidente son Parte en ella, siempre que los instrumentos de DIH, esto es, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales de 1977, no impongan la obligación *aut dedere aut judicare*. La pertinencia de esta cláusula resulta obvia, pues con ella no sólo podrían evitarse los inconvenientes derivados de las lagunas, si las hubiere, de los instrumentos de Ginebra en la previsión de la obligación *aut dedere aut judicare*, sino también extender su ámbito de aplicación a aquellos casos de toma de rehenes que, pese a estar cubiertos por las normas de DIH de modo que llegue a imponerse el principio de jurisdicción universal obligatoriamente, su aplicación llegara a frustrarse por la ausencia de la condición de Parte de alguno de los Estados afectados en el Protocolo I o en el Protocolo II de 1977, dado que la aceptación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se ha convertido en absolutamente universal<sup>22</sup>.

#### IV. ¿PUEDEN COMETERSE ACTOS DE TERRORISMO POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO?

Para responder a esta cuestión, debe partirse, según mi criterio, de que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden cometer este tipo de actos, al menos en el terreno de los hechos. No obstante, la contestación que se ofrezca desde el punto de vista jurídico internacional variará dependiendo del cuerpo de normas elegido, ya que la respuesta es diferente según se trate de unas u otras. Así, mientras que

---

<sup>21</sup> Asimismo, según los artículos 19.1 y 4.1, también respectivamente, de las mismas Convenciones, «Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y de las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario».

<sup>22</sup> Para un examen de la cláusula y de sus implicaciones, puede verse M. ABAD CASTELOS, «La toma de rehenes como crimen internacional. Examen del Derecho aplicable en tiempo de paz y en situación de conflicto armado», *Lucha contra el terrorismo y Derecho internacional*, Cuadernos de Estrategia, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006, pp. 137-204, especialmente, pp.147 y ss.

las normas del DIH parten de una presunción afirmativa al respecto, por el contrario, alguna de las Convenciones *antiterroristas* parte precisamente de una asunción expresa en sentido negativo. Así, por lo que respecta de un lado a las normas del DIH, ha de tenerse en cuenta que las prohibiciones contenidas en la regulación reseñada en el apartado II de este trabajo van dirigidas principalmente a las FFAA de los Estados, aunque haya de reconocerse que tienen simultáneamente otros destinatarios, como las personas civiles -que habrán de abstenerse de participar en las hostilidades-, los movimientos de liberación nacional en el Protocolo I, el personal médico o religioso, etc. Luego, por consiguiente, la respuesta a la interrogante planteada ha de ser, a mi juicio, positiva cuando se contempla la aplicabilidad de las normas del DIH. Y lo mismo ha de contestarse cuando se plantea la posible aplicación de la Convención contra la toma de rehenes, siempre que se cumplan las condiciones previstas en su artículo 12, vistas *supra*. No obstante, si se contempla la aplicabilidad de las Convenciones para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y para la represión de los actos de terrorismo nuclear, la conclusión habrá de ser negativa, debido a las cláusulas de exclusión, en la medida en que al cumplirse la condición prevista en ellas, y regirse sus actos en general, por tanto, por las normas del DIH, el efecto de las cláusulas de exclusión de las Convenciones no deja lugar a dudas: los actos de referencia quedan exceptuados, sin remisión, de su ámbito de aplicación<sup>23</sup>.

¿Cómo valorar la exclusión impuesta por estas cláusulas? Lo cierto es que no hay una opinión pacífica. Es más, siempre cabe encontrar valoraciones incluso opuestas. Así, mientras a juicio de autores como B. SAUL, «it makes sense to exclude the activities of State armed forces and non-State forces recognized under humanitarian law (as long as Protocol I is extended to liberation forces as argued earlier). Otherwise, criminalizing terrorism might interfere in the carefully constructed parameters of permissible violence in armed conflict, potentially unravelling compliance with the law of war and endangering civilians (the alternative is to impose concurrent liability, just as crimes against humanity and genocide apply alongside war crimes law in armed conflicts)»<sup>24</sup>. Por el contrario, D. O'DONNELL opina que «it is unfortunate that the exclusionary clauses contained in two earlier treaties exclude terrorist acts committed with certain types of weapons, such as explosives, from the scope of international law against terrorism for reasons of this kind. This precedent is no reason to widen the loophole and exclude other acts of terrorism from the scope of international law against terrorism. The version of draft Article 20 [18] (3) proposed by the OIC member states, which would preclude the application of the future Convention only to acts committed by military

<sup>23</sup> Lo mismo cabe decir, en realidad, de los actos cometidos por los Miembros de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz, debido a la aplicación de la cláusula contenida también en los artículos 19.2 y 4.2 de la Convención para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y de la Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear, en virtud de la cual, «las actividades que lleven a cabo las fuerzas armadas de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas de derecho internacional», no estarán sujetas a su aplicación.

<sup>24</sup> B. SAUL, *op. cit.*, p. 318.

forces in peacetime that do not violate international human rights law or other basic principles of international law, is a more appropriate way of ensuring the complementarity of these branches of international law. It is, indeed, more in harmony with the rule of law, because it comes closer to applying the same rules to all acts of terror, regardless of the identity of the perpetrator»<sup>25</sup>.

## V. ¿PUEDEN COMETERSE ACTOS DE TERRORISMO CONTRA LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO?

La respuesta a esta segunda interrogante puede ser, si cabe, todavía más difícil, y además, debe tenerse en cuenta sobre todo, a mi juicio, que ni siquiera tendrá una solución unívoca, al menos apta para satisfacer a todos los posibles intérpretes capaces de intervenir en el tráfico jurídico. Para empezar, es necesario partir de la premisa de que en el escenario de un conflicto armado se puede matar a los miembros del personal militar enemigo. Es así. El derecho humano a la vida, aun siendo inderogable, debe sujetarse en situación de conflicto armado a los condicionamientos impuestos por el DIH. Por consiguiente, dado que éste se asienta sobre la base de que matar a un combatiente enemigo, si no se incumple ninguna norma relativa a la conducción de hostilidades o a la protección de las víctimas, es un acto lícito de guerra, se trata de un primer condicionamiento a tener en cuenta.

Pero además, ha de tenerse en cuenta que uno de los elementos caracterizadores del terrorismo, tal y como se ha sobreentendido en muchos instrumentos, es que se dirige contra civiles. Así lo suele hacer constar la doctrina al aproximarse a la posible definición del terrorismo<sup>26</sup>. Tal vez en esta línea podría ubicarse el DIH, al menos si uno dirige el punto de mira hacia sus prohibiciones *explícitas*, puesto que en ellas se hace mención expresa a las personas civiles, salvo en el caso de la prohibición contenida en el artículo 4.2.d) del Protocolo II, la cual, como hemos visto, contempla a *las personas que no participen directamente en las hostilidades*

<sup>25</sup> D. O'DONNELL, «International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces», *IRRC*, Vol. 88, Number 864, December 2006, pp. 853-880; p.878.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, A. REMIRO entiende por terrorismo internacional «una aplicación de violencia a la población civil de forma indiscriminada con el fin de, mediante el terror, satisfacer objetivos políticos en el marco de las relaciones internacionales», «Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden», *REDI*, Vol. 53, Núm. 1, 2001, pp.125-171; p.127.

También el Congreso de los EE.UU., al definir el terrorismo internacional, que implica «citizens or territory of more than one country», como una «premeditated, politically motivated violence perpetrated against non-combatant targets»; 22nd Congress of the United States, par. 2656 f (d) (1)-(2), 1994.

La Resolución 1566 del Consejo de Seguridad (2004) se refiere a «los actos criminales inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo (...)»; para. 3 de su parte dispositiva.

*o que hayan dejado de participar en ellas.* Asimismo, la *victimización* de personas civiles ha parecido ser un elemento clave también en tiempo de paz. De hecho, en una primera etapa de la elaboración de las *Convenciones antiterroristas* de las NU sólo se contemplaban actos dirigidos contra personas o bienes de carácter civil. Ello fue así en lo que atañe a la Convención de Tokio, de La Haya o de Montreal, en las que se excluía su aplicación a las «aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía»<sup>27</sup>. Sucedió lo mismo en relación con la Convención para la prevención y represión de los actos dirigidos contra la seguridad de la navegación marítima, la cual excluye de su ámbito de aplicación a los «buques de guerra» y a los «buques propiedad de un Estado, o utilizados por éste, cuando estén destinados a servir como unidades navales auxiliares o a fines de índole aduanera o policial»<sup>28</sup>.

No obstante, también es cierto que últimamente un requerimiento así parece haberse ido rebajando. Así, entre las últimas Convenciones adoptadas, cabe destacar que la Convención contra los actos de terrorismo nuclear, de 2005, no hace distinción en lo que atañe al personal o a las instalaciones que pueden ser objeto de las acciones perseguidas por ella, ya que pueden ser civiles o militares<sup>29</sup>.

Lo cierto es que varios autores han afirmado la posibilidad de considerar como actos de terrorismo ciertas acciones dirigidas contra miembros de las Fuerzas Armadas en situaciones de conflicto armado. En esta línea, se encuentran Hans-Peter Gasser<sup>30</sup>, Pérez González o Rodríguez-Villasante<sup>31</sup>. Tal línea de razonamiento parte del postulado básico que de que el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o los medios de hacer la guerra no es ilimitado, por ello, «cabe la posibilidad de que ciertos actos de violencia bélica llevados a cabo contra quienes tienen derecho a combatir puedan ser calificados de actos terroristas, como sería el caso del empleo de armas o de métodos de hacer la guerra que, causando por su propia índole males superfluos o innecesarios, responda en las circunstancias del caso -teniendo en cuenta, por otra parte, la obligación de respetar el principio de proporcionalidad- a una intención deliberada de aterrorizar al enemigo. También podrían calificarse de terroristas, en el contexto de los conflictos armados internacionales, ciertos actos de violencia brutal que utilizaran métodos perversos (como el ataque a traición, excluido el posible recurso a estratagemas no prohibidas) (artículo 37 del Protocolo adicional I), que quebrantaran la prohibición de ordenar que no haya supervivientes o de conducir las hostilidades en función de tal decisión (artículo 40) o que constituyeran una violación grave y flagrante de la prohibición de atacar

<sup>27</sup> Artículo 1.4 de la Convención de Tokio, artículo 3.2 de la Convención de La Haya y artículo 4.1 de la Convención de Montreal.

<sup>28</sup> Artículo 2.1.a) y b).

<sup>29</sup> Véase su artículo 2.

<sup>30</sup> H. P. GASSER, «Actos de terror, 'terrorismo' y Derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Núm. 847, 2002.

<sup>31</sup> Véase J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «Actos terroristas y Derecho internacional», *Revista General de Marina*, Vol. 250, Núm. 3, marzo 2006, pp. 199-213; e *id.*, «Tratamiento de los actos terroristas por el Derecho internacional humanitario y protección de las víctimas de la guerra», *Tiempo de Paz*, Núm.64, primavera 2002, pp. 50-62.

al enemigo fuera de combate (artículo 41). Lo mismo cabría decir de aquellas contravenciones de las reglas de los Convenios I, II y III de Ginebra que establecen obligaciones precisas de respeto y protección de los combatientes que caigan heridos o enfermos o que se rindan, en caso de que revistieran especial gravedad y que por las circunstancias de su realización pudiera deducirse la intención de causar terror<sup>32</sup>».

A su vez, por lo que se refiere a las guerras de liberación nacional, incluidas en el artículo 1.4 del Protocolo adicional II, se ha interpretado por asesores jurídicos estadounidenses, así como por un sector de la doctrina, en su mayoría de igual nacionalidad, que el artículo 44.3 del Protocolo adicional I tendría el efecto de legitimar incluso actos de terrorismo, al rebajar los requisitos que distinguen a los guerrilleros de la población civil. Como es sabido, tal disposición prevé que «los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente: a) durante todo enfrentamiento militar; y b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar». Sin duda, la interpretación aludida de esta previsión ha condicionado en gran medida la falta de ratificación del Protocolo adicional I por Estados Unidos<sup>33</sup>, que a estas alturas sigue sin ser Parte, junto a otros Estados como Israel, India, Marruecos, Turquía, Túnez, Irán, Indonesia o Tailandia, entre otros<sup>34</sup>. No obstante, además de resultar obvio que nada en el Protocolo I ofrece apoyo para que los movimientos de liberación nacional puedan cometer actos terroristas con impunidad<sup>35</sup>, puede razonarse que, por el contrario, les proporciona un incentivo para cumplir con las normas jurídicas aplicables; de hecho, al menos desde el punto de vista teórico, se recompensa con el otorgamiento del estatuto de prisionero de guerra<sup>36</sup>.

Teniendo todo ello en cuenta, podría razonarse que los actos terroristas no tienen por qué afectar necesaria o exclusivamente a personas o a bienes civiles. Tal vez podría argumentarse que la *victimización* de civiles es, efectivamente, un rasgo característico, pero no una *conditio sine qua non*. El abandono de este elemento por parte de las NU en alguna de sus últimas Convenciones podría indicar su carácter no esencial. No obstante, también puede considerarse que el hecho de que se haya

---

<sup>32</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Lucha contra el terrorismo y Derecho internacional...», *loc. cit.*, pp. 93 y 94.

<sup>33</sup> Posición mantenida, entre otros, por A. D. SOFAER, «The U.S. Decision Not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims», *American Journal of International Law*, Vol. 82, 1988, pp. 784 y ss.

<sup>34</sup> Véase el estado de ratificaciones en el sitio web del CICR: <http://www.icrc.org>.

<sup>35</sup> En esta línea, véase G. H. ALDRICH, «Prospects for United States ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions», *American Journal of International Law*, Vol. 85, January, 1991.

<sup>36</sup> Cfr. B. SAUL, *Op. cit.* 2006, pp. 317 y 318.

dejado de incluir en la Convención contra los actos de terrorismo nuclear no parece decisivo, pues al fin y al cabo, de poco sirve adjetivar o caracterizar las instalaciones contra las que se dirigen los ataques de este tipo, si civiles o militares. Si el ataque es nuclear, inevitablemente se llevará por delante a unas y a otras. De todas formas, tampoco parece baladí determinar su objetivo.

Cumple señalar, por otra parte, que el ataque contra fuerzas armadas puede tener el efecto (además de la voluntad) de aterrorizar a civiles. No parece haber nada en la normas del DIH que impida hacer una interpretación extensiva a estos efectos, a diferencia de lo que sucede en lo que se refiere a la conceptualización de los actos de terrorismo como *crímenes de lesa humanidad*, en cuanto que en ellos el bien jurídico protegido sí es precisamente, de manera esencial, la población civil<sup>37</sup>. Habría que preguntarse si todas las disposiciones explícitas del DIH que incorporan la prohibición de actos de terrorismo son o no taxativas. Tal vez pueda sostenerse que no pretenden enumerar todos los posibles actos de terrorismo, sino especificar las disposiciones de lo que está prohibido con respecto a las personas civiles. ¿Acaso pueden significar esas prohibiciones explícitas que esas mismas acciones no deberán ser consideradas terroristas si se dirigen contra un combatiente? En cualquier caso, el hecho de que no se prohíban específicamente actos de terrorismo contra quienes participan activamente en las hostilidades o aunque no se describan ciertas posibles acciones calificándolas como terrorismo, a diferencia de lo que sí se hace con respecto a otras, como por ejemplo la perfidia o un ataque indiscriminado, no tiene por qué significar que no puedan constituir actos de terrorismo o apreciarse como tales. ¿Cuál es el *quid*? El terrorismo tiene varios elementos caracterizadores, algunos pueden ser esenciales y otros simplemente característicos. El atentar contra civiles no es un rasgo esencial en tiempo de paz. ¿Tiene que serlo en situación de conflicto armado? La respuesta no es fácil, y probablemente tampoco unívoca<sup>38</sup>. En cualquier caso, nos situamos en la línea de Gasser, Pérez González y Rodríguez-Villasante, ya que nos inclinamos a pensar que ni en los Convenios de Ginebra ni en los Protocolos de 1977 ni en el Derecho consuetudinario relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados hay elemento alguno que excluya la posibilidad de que un acto dirigido contra miembros de las fuerzas armadas con la intención de aterrorizar a éstos o/y a la población civil pueda constituir o considerarse un acto de terrorismo, con independencia de que tal conducta encaje idóneamente, además, en otro tipo penal.

En cualquier caso, un acto de terrorismo puede ser calificado como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad, si se *cumplen* una serie de condi-

<sup>37</sup> El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional entiende por tal cualquiera de los actos en él incluidos, «cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque».

<sup>38</sup> Se ha expresado, en este sentido, que «expanding the concept of terrorism to include attacks against military targets –like expanding it to cover attacks against property as well as attacks against the person– weakens somewhat the moral opprobrium attached to it. Crimes against civilians are generally more widely and passionately condemned than those against military personnel», D. O'DONNELL, «International treaties against terrorism and the use of terrorism...», *loc. cit.*, p 879.

ciones<sup>39</sup>. ¿Es sólo, entonces, una cuestión de denominaciones? Podría serlo, en cierto modo. En este sentido, el CICR señala que «una vez alcanzado el umbral del conflicto armado, podría argumentarse que poco aporta designar ‘terroristas’ la mayoría de los actos de violencia contra civiles o bienes de carácter civil porque esos actos ya constituyen crímenes de guerra en el marco del DIH». Y, en consecuencia, «las personas que presuntamente hayan cometido crímenes de guerra pueden ser objeto de enjuiciamiento penal por los Estados de conformidad con las bases de la jurisdicción del Derecho internacional; y, en caso de violaciones graves en el marco definido por los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I deben ser objeto de enjuiciamiento penal, de conformidad con el principio de jurisdicción universal»<sup>40</sup>.

De todas formas, también hay que ser consciente de que al margen de lo que pueda ser una consideración más o menos objetiva por parte de un legislador internacional, incluso de la *instrumentalización* política que de ello pueda hacerse<sup>41</sup>, la solución práctica de cada caso será precisamente eso, una solución del caso. Y ese tratamiento casuístico quedará casi siempre en manos del operador jurídico interno, a veces el poder ejecutivo, que se ve enfrentado con una demanda de extradición, a veces en el poder judicial, que se ve en la situación de aplicar, en virtud de cualquiera de los principios de competencia penal que sea pertinente, el tipo penal más adecuado respetando el principio de legalidad. Pero nada podrá evitar que lo

<sup>39</sup> También en este sentido, CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...», Doc. 30IC/07/8.4, *loc. cit.*, p. 7.

<sup>40</sup> CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...», Doc. 20IC/07/8.4, p. 8. Al mismo tiempo, el CICR señala que el término mismo de terrorismo «es muy susceptible a interpretaciones políticas subjetivas y que darle una definición jurídica probablemente no contribuirá a reducir sus repercusiones emocionales o su utilización»; *ibídem*.

<sup>41</sup> En este sentido, habría que tener en cuenta, como indica REMIRO, que «un movimiento o grupo que combate contra la ocupación extranjera sólo podría ser calificado *terrorista* si hace de métodos de esta naturaleza (a saber, la violencia indiscriminada sobre una población civil) el eje vertebral de su actividad. De no ser así, podrá ser responsable de este o aquel acto terroristas, sin contaminar su propia condición como movimiento político e insurgente, de la misma manera que la comisión de un crimen de guerra o una violación de Derechos Humanos fundamentales no hace del gobierno de un Estado democrático un gobierno criminal. En este sentido, es por ejemplo, simplista, desacertada y muy interesada la inclusión (...) del *Hizbolla* libanés entre las organizaciones terroristas. La disposición de los *calificadores* a incluir y excluir a unos u otros, según los vientos que corren en un momento determinado, ilustra sobre la instrumentalización política del tipo»; «Terrorismo internacional, principios agitados», *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (Directores); Editorial Tecnos, Madrid, 2009; pp.17-46; p. 19.

El CICR precisa que la necesidad de diferenciar entre «actos de guerra legítimos» y «actos de terrorismo» reviste particular importancia en situaciones de conflictos armados no internacionales, «en las que todos los actos de violencia por parte de grupos armados organizados contra objetivos militares están sujetos, en todo caso, a procesamiento penal interno. La tendencia a calificarlos, además de ‘terroristas’ puede mermar el incentivo de los grupos armados a respetar el DIH, y puede ser también un obstáculo en un posible posterior proceso político de resolución del conflicto»; CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...», Doc. 30IC/07/8.4, *loc. cit.*, p. 6; p. 9.



que sea un acto terrorista para el intérprete A, no lo sea para el intérprete B. El margen de discrecionalidad en este ámbito existe, y a la fuerza llevará consigo la heterogeneidad de la jurisprudencia interna y de la respuesta gubernamental. Si en el futuro, fuera revisado el Estatuto de la CPI al efecto de incorporar el terrorismo entre los crímenes de competencia de la Corte, su inclusión podría influir, casi seguro, en una armonización progresiva a estos efectos. No obstante, dicha inclusión se perfila, al menos con los parámetros manejados en estos momentos, como remota, si no impracticable.

## VI. LAS DIFICULTADES POLÍTICAS QUE EXISTEN SE REFLEJAN EN LA PARÁLISIS DEL PROYECTO DEL CONVENIO GLOBAL CONTRA EL TERRORISMO

Aunque las negociaciones sobre el proyecto de Convenio *Global* están actualmente *empantanadas*, parece demasiado tarde debatir a estas alturas sobre la pertinencia o no de contar con una nueva Convención de corte integral, puesto que aun con la parálisis existente, ya no parece posible dar marcha atrás<sup>42</sup>. Debe recordarse, además, que la parálisis se debe a la falta de entendimiento, fundamentalmente entre los Estados *occidentales*, de un lado, y los Estados de la OCI, de otro, acerca de una disposición, el proyecto de artículo 18. Aun así, el hecho de que el desencuentro se refiera a una única disposición no debe llevar a desestimar su importancia, puesto que en ella se proyecta el ámbito de aplicación completo de la Convención.

El debate sobre la pertinencia de una Convención global o comprehensiva ha tenido lugar en los últimos años. De ahí cabe rescatar algunos de los méritos atribuidos a la existencia de un tratado global; en particular, como ha argumentado Andrea Gioia, la oportunidad de contar con una definición general, y por tanto residual del fenómeno, que venga a colmar las lagunas dejadas por los tratados sectoriales elaborados hasta la fecha, además de tener en cuenta la conveniencia de ser coherentes con la solución dada al problema de la financiación del terrorismo, al cual, en el aspecto concreto a que atañe, sí se ha respondido por fin de modo global en la Convención de 1999. Además, sería una oportunidad para paliar, simultáneamente, el carácter excesivamente restrictivo de la definición contenida en la Convención de 1999 sobre la financiación del terrorismo y el carácter excesivamente amplio de la que fue incluida en algún ámbito regional<sup>43</sup>. A todo ello, aun debería añadirse el argumento de que la adopción de una definición convencional en el ámbito universal indudablemente favorecería la consolidación de una norma consuetudinaria que califique el terrorismo como crimen internacional, indepen-

<sup>42</sup> Para una síntesis de la evolución del proyecto, con acceso a los principales documentos oficiales, puede acudir al Sitio Web de las NU (en concreto, <http://www.un.org/law/terrorism/index.html>).

<sup>43</sup> En palabras de G. GUILLAUME, «to combat terrorism without defining it remained possible for as long as the Word itself was not uttered. However, to make use the term as we do today, often without determining its true scope, does carry certain drawbacks. It tends to give rise to uncertainty and leaves Status the possibility of making unilateral interpretations geared towards their own interests, particularly with respect to Security Council»; «Terrorism and International Law», *ICLQ*, Vol. 53, July 2004, pp. 537-548; p. 540.

dientemente del hecho de que ciertos actos de terrorismo puedan constituir un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad<sup>44</sup>. Esta novedad tendría consecuencias prácticas importantes debido a que, si bien la existencia de tal norma está reconocida por la doctrina, en la jurisprudencia nacional, al no contarse con una definición convencional así de referencia, todavía se plantean dificultades a menudo, llegando a negar la aplicación del principio de jurisdicción universal a actos de terrorismo no contemplados específicamente como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad<sup>45</sup>, además de otras posibles ventajas<sup>46</sup>.

En esta línea de destacar los posibles beneficios de una nueva Convención global, cabe destacar que el principal avance práctico que, en mi opinión, traerá consigo será contar, en general, con una definición, una descripción general de los actos de terrorismo. Pero ello no supondrá ningún efecto jurídico adicional sobre el concepto de cada *categoría* de terrorismo regulada en los tratados sectoriales anteriores. La delimitación efectuada por los tratados sectoriales permanecerá intacta. Tanto las definiciones, como las demás disposiciones sustantivas y procesales incorporadas en dichos Convenios sectoriales continuarán plenamente vigentes y, además, con igual alcance. Por ello, el Convenio *Global* vendrá a cumplir, en realidad, una función residual. Como se dispone expresamente en el propio proyecto, en caso de que resulten aplicables un Convenio sectorial y el Global en relación con el mismo acto entre Estados que sean Parte en ambos, prevalecerán las disposiciones del sectorial. Cabe señalar además que, aun en ausencia de una previsión así, el resultado práctico sería el mismo. No puede haber, por consiguiente, ningún elemento de ‘riesgo’ en esta interacción normativa y en la solución aportada.

Así las cosas, es sabido que el proyecto de *Convenio Global* contiene una definición de terrorismo, pero no hay acuerdo con respecto al ámbito de aplicación. Prácticamente todos los Estados son conscientes de que lo que entra (o deja de entrar) por la puerta de la definición, puede salir (o entrar) por la ventana del ámbito de aplicación. La actitud de los Estados miembros de la OCI en relación con la cláusula de exclusión incluida en el proyecto de artículo 18 con respecto a los actos de terrorismo cometidos en situación de conflicto armado, así como con respecto al *terrorismo de Estado*, es la clave de la solución que finalmente se aporte. En 2005, el entonces coordinador del Comité *Ad Hoc* sobre Terrorismo de la Sexta Comisión de la AGNU, el Embajador R. Rowe, de Australia, había elaborado una

---

<sup>44</sup> No obstante, desde otra óptica, también se ha apuntado que podría generarse una norma consuetudinaria a partir de las definiciones nacionales; sobre ello, C. LIM, «The Question of a Generic Definition of Terrorism under General International Law», *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, V. Ramraj, M. Hor and K. Roach (Eds.), CUP, Cambridge, 2005, pp. 17 y ss.; pp. 62-63.

<sup>45</sup> Cfr. GIOIA, A., «Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l’umanità», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1/2004, pp. 5-69; p. 67.

<sup>46</sup> Además, como apunta B. SAUL, «intellectually, definition would also supply clarity in studying terrorism, since the methodological difficulties of researching ‘terrorism’ stem partly from the conceptual confusion about its content. Indeed, it is not possible coherently or systematically to describe, analyse, understand or ultimately counter the threat posed by terrorism unless there is basic agreement on what constitutes it»; B. SAUL, *Defining Terrorism in International Law...*, Oxford University Press..., *op. cit.*, p. 320.

propuesta apoyada, entre otros, por los Estados miembros de la UE, Estados Unidos y Suiza<sup>47</sup>; pero por otro lado, se redactó otra por los países de la OCI, defendida también, entre otros, además de por los Estados pertenecientes a tal organización, por Cuba y la República Democrática de Corea<sup>48</sup>. Posteriormente, en 2007, la coordinadora del Comité *Ad Hoc*, la delegada griega María Telalian, propuso un «paquete», cuyo contenido, como tal, no se puede negociar: o se toma o se deja<sup>49</sup>. Posteriormente, la Asamblea General aprobó una Resolución en diciembre de 2008 prácticamente de trámite, sin que se hubiera producido ningún progreso real respecto al proyecto de Convenio durante todo el año<sup>50</sup>. Actualmente, la situación del proyecto permanece casi congelada en la práctica. La reunión que tuvo lugar durante el verano de 2009 sí pareció concluir con un ambiente mejorado y con mani-

<sup>47</sup> Este texto tenía el siguiente contenido:

«1. Nothing in this Convention shall affect other rights, obligations and responsibilities of States, peoples and individual under international law, in particular the purposes and principles of the Charter of the United Nations, and international humanitarian law.

2. The activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, which are governed by that law, are not governed by this Convention.

3. The activities undertaken by the military forces of a State in the exercise of their official duties, inasmuch as they are governed by other rules of international law, are not governed by this Convention.

4. Nothing in this article condones or makes lawful otherwise unlawful acts, nor precludes prosecution under other laws».

<sup>48</sup> Su tenor era el que se reproduce a continuación:

«1. Nothing in this Convention shall affect other rights, obligations and responsibilities of States, peoples and individual under international law, in particular the purposes and principles of the Charter of the United Nations, and international humanitarian law.

2. The activities of the parties during an armed conflict, including in situations of foreign occupation, as those terms are understood under international humanitarian law, which are governed by that law, are not governed by this Convention.

3. The activities undertaken by the military forces of a State in the exercise of their official duties, inasmuch as they are in conformity with international law, are not governed by this Convention.

4. Nothing in this article condones or makes lawful otherwise unlawful acts, nor precludes prosecution under other laws».

<sup>49</sup> Su propuesta contiene una adición al Preámbulo, una adición al párrafo 4 y un nuevo párrafo 5 para el proyecto de artículo 18. En lo que respecta al Preámbulo, se añade una frase del último párrafo preambular de la Convención contra los actos de terrorismo nuclear y cometidos con bombas: «Noting that the activities of military forces of States are governed by rules of international law outside the framework of this Convention and that the exclusion of certain actions from the coverage of this Convention does not condone or make unlawful otherwise unlawful acts, or preclude prosecution under other laws». Por lo que se refiere a la adición al párrafo 4, ésta consiste en la apostilla que aparece con letra cursiva: «(...) nor precludes prosecution under other laws; *acts which would amount to an offence as defined in article 2 of this Convention remain punishable under such laws*». Y, por último, en lo que se refiere al nuevo párrafo 5, su contenido es el siguiente: «this Convention is without prejudice to the rules of international law applicable in armed conflict, and particularly to those applicable to acts lawful under international humanitarian law».

<sup>50</sup> Res. A/RES/63/129, de 11 de diciembre de 2008, sobre «Medidas para eliminar el terrorismo internacional». La Resolución prevé, en su par. 23, que el Comité *Ad Hoc* se reúna del 29 de junio al 2 de julio de 2009, para seguir negociando el proyecto de Convenio.

festaciones de voluntad para realizar avances concretos, debido fundamentalmente a las reuniones bilaterales informales mantenidas por Telalian. No obstante, se dejaban entrever otros indicadores que mostraban que la adopción de la Convención no parecía inminente, a saber: la posible preferencia de EEUU por la propuesta del anterior Coordinador; la rebaja en sus exigencias por parte de algún Estado árabe, como Siria, pero permanencia de las reticencias de otros, como Egipto; y, sobre todo, la existencia de diferentes posturas en el seno de la UE<sup>51</sup>.

En definitiva, las mismas cláusulas de exclusión que fueron aceptadas en 1997 y en 2005 por todos, en las Convenciones relativas a los actos terroristas cometidos con bombas y a los actos de terrorismo nuclear, no lo son, sin embargo, ahora por los países de la OCI para el convenio global. Desde un punto de vista jurídico internacional, la propuesta de la Coordinadora M. Telalian para el párrafo 5 del artículo 18 del proyecto del Convenio Global contra el Terrorismo constituye en realidad el elemento clave de la misma. Aun partiendo de que no se trata, ni mucho menos, de un texto ideal, puede resultar en principio, aceptable. Las razones que avalan mi consideración positiva al respecto son, en síntesis, las siguientes.

En primer lugar, la propuesta de Telalian para el artículo 18.5 contiene un cierto grado de ambigüedad jurídica, que parece una dosis de incertidumbre justa para superar las críticas formuladas desde distintos ámbitos, especialmente por los países de la OCI. Tal ambigüedad se produce porque no se opera una delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación, entre el Convenio Global contra el Terrorismo, de un lado, y el DIH, de otro. Dicho de otra forma, la indeterminación existe porque se trata de una *non prejudice clause*; es decir, una cláusula que precisamente tiene por objeto declarar que el Convenio Global de ningún modo podrá afectar a la condición que tengan los actos que no resulten prohibidos a la luz del Derecho internacional humanitario<sup>52</sup>. Tal cláusula despliega sus efectos, pues, en un plano

---

<sup>51</sup> En este sentido, A. VIRELLA, entonces Consejero jurídico en la Misión de España ante la ONU, en Nueva York, manifestaba su opinión de que, por una parte, sería útil que, en el transcurso de aquellos meses ciertos Estados en el seno de la UE aclarasen su postura sobre sus «líneas rojas», pues se podría colocar a la UE en dificultades para reaccionar si más tarde se diesen pasos positivos por otros actores de la negociación; y, por otra parte, manifestaba su autorizada opinión sobre que «el proceso podría beneficiarse en estos momentos de [ciertas ] medidas»; en concreto, de «un facilitador», más que un coordinador, «aunque podría ser la misma persona, a quien cada parte le diga lo que aceptaría si las demás también lo hicieran (principio del paquete, evitando una negociación, regateo o tira-y-afloja); y contactos bilaterales de la UE con los principales actores protagonistas (quizá en el marco de reuniones de diálogo político) para facilitar avances y que algunas capitales tomen las riendas del asunto y no sus delegados en NY (pienso en Egipto y Pakistán)»; (correspondencia electrónica intercambiada con la autora del presente artículo).

<sup>52</sup> Según explicaba M. Telalian en el propio Comité Ad Hoc, «this paragraph is drafted in such a way that it is balanced and neutral without attempting to go further. Indeed, it will be for the parties and consequently the judicial authorities to make interpretations in the light of circumstances in relevant specific cases. As we are all aware, this is a criminal law enforcement instrument. Parties to the Convention will be responsible for its implementation in the context of other rules that form part of the international legal system. In any given case, the parameters of consideration may be different. Any relationship between the Convention and international humanitarian law would have to be determined in accordance with the circumstances of particular case. What is key to this element is the principle that international humanitarian law is not prejudiced by this Convention. And, as we all

general, a modo de paraguas que cubre no sólo todo el artículo 18, sino el Convenio entero, y sin perjuicio de las exclusiones concretas del ámbito de aplicación del Convenio que se efectúan en los párrafos 2 y 3 del artículo 18. A través del párrafo 5 del artículo 18 del proyecto se podría superar, entonces, la oposición frontal de la OCI con respecto a la versión de las cláusulas de exclusión contenidas en las Convenciones contra los actos terroristas cometidos con bombas y de carácter nuclear, por considerar que existe un desequilibrio entre la posición, de un lado, de las *Fuerzas armadas*, cuyas actividades quedarán excluidas de la aplicación de la Convención en los supuestos contemplados en los párrafos 2 y 3 del artículo 18, y, de otro lado, de los *actores no estatales* que intervienen en conflictos armados, cuya actuación no se prevé específicamente en tales disposiciones<sup>53</sup>.

En segundo lugar, la propuesta del proyecto de párrafo 5 del artículo 18 en el *paquete* propuesto por M. Telalian tiene el mérito de preservar íntegramente los párrafos 2 y 3 del proyecto del artículo 18. Esta ventaja no es baladí, ya que si la propuesta de la Coordinadora resultara aceptable para todos en la negociación, sería una vía adecuada para que la propuesta de cambio de la OCI en torno al artículo 18.3 quedase, en realidad, superada y vacía de contenido. En efecto, según la propuesta de la OCI se excluirían del ámbito del Convenio las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, no en cuanto se rijan por otras normas del Derecho internacional, sino sólo *en la medida en que estén de conformidad* con las mismas.

Y, por último, en tercer lugar, la propuesta de Telalian para el artículo 18.5 del proyecto tiene la virtud de preservar la unidad del DIH. En efecto, esta es la cara positiva de la ausencia de la delimitación o de la superposición de los ámbitos de aplicación entre el Derecho internacional *antiterrorista* y el DIH. Si la cara en cierto modo negativa era la ambigüedad y los inconvenientes derivados de la misma, lo plenamente satisfactorio en este sentido es que el texto de la Coordinadora Telalian aquí examinado al menos respeta la unidad e integridad del DIH, sin fragmentarlo, a diferencia de alguna otra propuesta anterior<sup>54</sup>.

---

know the application of that law does not legitimize the recourse of force by anybody in whatever way»; M. TELALIAN, «Statement by Ms. Telalian, Informal Consultations on the Comprehensive Convention, Ad Hoc Committee on Terrorism, 3<sup>rd</sup> Meeting, 9 February 2007, p. 4.

<sup>53</sup> En cualquier caso, ha de repararse en que esta dosis de ambigüedad que encierra la delimitación del ámbito de aplicación también abre la puerta a posibles interpretaciones en direcciones incluso opuestas, esto es, tanto para evitar casos de impunidad, como para dejar escapar ciertos actos criminales que encajen perfectamente en el tipo penal previsto en el Convenio. Así, sin ir más lejos, la condición que integra la regla de delimitación del ámbito de aplicación del art. 18.2 del proyecto de Convenio se formula en parte indicando que no estarán sujetas a él las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado que «*se rijan*» / «*are governed*» por el DIH. Parece claro a la vista de esta expresión, que la misma también puede dejar margen, a mi juicio, para una interpretación dispar dependiendo de quién sea el intérprete. En este sentido, cabe contemplar, en una gama a escala de posibles diferentes significados atribuibles a tal expresión, dos con efectos prácticos totalmente diferentes en un caso dado: a) interpretar que «*se rijan*» como simplemente que «*se regulen*»; o, en cambio, b) interpretar que «*se rijan*» significa que normas del DIH resulten efectivamente aplicables porque concurren además una serie de circunstancias (por ejemplo, ratificación del Protocolo I por los Estados afectados, etc.).

<sup>54</sup> La cual precisamente por este motivo había suscitado las reticencias del CICR.

Centrándonos ahora en la posible *dimensión práctica* del futuro Convenio en su versión actual, ha de tenerse en cuenta que su aplicación podría llegar a quedar bloqueada en ciertas situaciones. Pero tal inaplicación tendría lugar, no en virtud de la *non prejudice clause* que incorpora, sino por excluir ciertos actos de su ámbito de aplicación en los párrafos 2 y 3 del artículo 18. Aun así, también es cierto que a través de la práctica, sobre todo a través de la adaptación posterior de los Derechos internos a la nueva norma convencional y fundamentalmente por medio de la aplicación judicial (aunque también de la actuación política, en los casos en que se deba responder a una petición de extradición, y ésta dependa según el ordenamiento interno del Poder ejecutivo), podrían llegar a superarse ciertos límites que presenta el actual artículo 18 del proyecto de Convenio<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Vale la pena comprobar, en cualquier caso, qué podría suceder con respecto a situaciones que proliferan en la realidad actual, en que muchos actos de terrorismo son cometidos en una situación de conflicto armado como contexto de fondo. Veamos si algunas situaciones son susceptibles o no de encajar en el texto de referencia del proyecto, esto es, en la versión actual del *paquete* propuesto por Telalian. Así:

– *IRAQ*: dado que muchos actos de terrorismo acontecidos allí durante los últimos años no son cometidos ni por Fuerzas Armadas ni por insurgentes, sino por personas privadas miembros de distintos grupos terroristas que operan allí aprovechando la situación de caos, anarquía y desestabilización en que se ha sumido el país, de mantenerse el texto de Telalian, sí se podría aplicar el Convenio a tales actos de terrorismo.

– *AFGANISTÁN*: en gran medida sucede lo mismo, al menos en lo que respecta a los actos que responden a los parámetros expresados en relación con Iraq.

– *ISRAEL / AUTORIDAD NACIONAL PALESTINA / HAMÁS*: la situación de los territorios ocupados es tremendamente compleja. Y, ciertamente, al igual que la aplicación del DIH resulta controvertida, por la oposición de Israel, también parece que pueda llegar a serlo la aplicabilidad del futuro Convenio Global, máxime cuando en virtud de la versión actual del artículo 18.2 del proyecto de Convenio «no estarán sujetas» a éste, «las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el derecho internacional humanitario, que se rijan por ese Derecho».

Así, de un lado, por lo que se refiere al *DIH*, hay que tener en cuenta que Israel no ha ratificado el Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en cuyo art 1.4 precisamente se reconoce que una *guerra de liberación* de este tipo constituye un conflicto armado de carácter internacional), a la vez que viene negando la aplicabilidad *de iure* del IV Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de la población civil, por no considerarse ‘Potencia ocupante’ en los términos del IV Convenio. Sin embargo, además de que el CICR también viene velando por su aplicación, cabe mencionar la sentencia del TS israelí, en la cual se afirma, que aparte de las disputas existentes sobre la soberanía, es obligación del Estado respetar las normas del DIH, en concreto del IV Convenio. De todas formas, por motivos obvios (la cadena de mando de infracciones concretas -a menudo presuntas violaciones graves del DIH- puede establecerse con claridad no sólo hasta el Ministro de Defensa, sino más arriba), Israel no ejerce su jurisdicción sobre los presuntos autores israelíes de este tipo de violaciones del DIH, como los denominados «*ataques letales selectivos*»; así, por ejemplo, el que tuvo lugar en el verano de 2002, utilizando artefactos explosivos en zonas densamente pobladas, que acabó con la vida también de 14 personas civiles (con respecto a los cuales se había admitido inicialmente una querrela en nuestra Audiencia Nacional; hecho que en gran medida acabó motivando la restricción del principio de jurisdicción universal en la LOPJ española, a través de la reforma que tuvo lugar en 2009, al igual que antes se había hecho en países de nuestro entorno, como Bélgica o Alemania) o los realizados con motivo de la terrible intervención en Gaza entre diciembre de 2008 y enero de 2009.

Ha de destacarse, además, de otro lado, la ausencia de Israel entre los Estados Parte de la Convención contra la toma de rehenes. Por consiguiente, la cláusula puente incluida en su artículo 12 no

Ciertamente, un profesor de Derecho internacional puede considerar, en cualquier caso, que una Convención *global* o *general* como la que se está negociando debe evitar potenciales lagunas y casos de impunidad en la comisión de actos de

---

podrá recibir aplicación. Israel sí ha ratificado la Convención contra los actos terroristas cometidos por bombas (lo hizo el 10 de febrero de 2003). De todas formas, debido al juego de su cláusula de exclusión, vista *supra*, los actos cometidos por sus Fuerzas Armadas en situación de conflicto armado quedan exceptuados. Como subraya, en este sentido, D. O'Donnell, «(...) Members of the armed forces of a state enjoy even broader protection: the Convention against terrorist bombings is not applicable to them, provided only that they have committed an act of terrorism in the exercise of their official duties, even if that act is not covered by international humanitarian law. This means that the Convention is inapplicable to them even for acts of terrorism committed with explosive devices during peacetime»; D. O'DONNELL, «International treaties against terrorism and the use of terrorism...», *loc. cit.*, p. 879.

Por lo que se refiere específicamente al proyecto del *Convenio Global*, teniendo ahora en mente también la versión que está encima de la mesa de negociación, hay que ser conscientes de la complicación extrema que existe en relación con el caso de *Hamás*, que recrudesció su actividad a partir de 1994, al comenzar una campaña de atentados terroristas con una frecuencia sin precedentes, asesinando civiles. *Hamás* fue declarada organización terrorista (por la UE, EEUU, Israel, Canadá, Australia, Japón). A mi juicio, una consideración así es fundada. La organización siempre se ha negado a aceptar los tres puntos básicos exigidos por las NU para avanzar en el proceso de paz, uno de los cuales es precisamente renunciar a la violencia terrorista. De hecho, sus dirigentes siempre han apoyado públicamente «los ataques suicidas contra civiles» como medio para el logro de sus objetivos, algo que, como es obvio, puede resultar un acto claro de terrorismo tanto a la luz de las normas del DIH como del proyecto de Convenio Global. De hecho, las *Brigadas de Izz ad-Din al-Qassam* son el brazo armado de *Hamás* y realizan ataques contra objetivos civiles. *Hamás* no tomó parte en la vida política de la ANP desde su formación hasta 2006, cuando en enero de ese año los palestinos votaron mayoritariamente a su favor, como nueva opción política frente a *Al Fatah*. Desde entonces, la situación empeoró notablemente. Se impusieron sanciones, estando el poder del Gobierno dividido entre Mahmud Abbas, el Jefe de Fatah, y el Primer Ministro Ismael Haniya, por *Hamás*, con una división fáctica entre Gaza y Cisjordania. Desde entonces Al Fatah mantiene parcialmente el control de la Autoridad Nacional Palestina en Cisjordania y *Hamás* gobierna la ANP de la Franja de Gaza (siendo la ANP de Gaza el objetivo principal de la invasión israelí de diciembre de 2008 y enero de 2009).

Existen múltiples problemas que hay que tener en cuenta, entre otros: de falta de reconocimiento del Gobierno de *Hamás* (gran parte de la Comunidad internacional no reconoce al Gobierno de *Hamás*, sino al de Mahmud Abbas, al que además prestan ayuda financiera); de una guerra interna (entre *Al Fatah* y *Hamás*); de incluso de falta de control efectivo sobre una parte del territorio.

En síntesis, puede decirse que, si bien el reconocimiento de Gobiernos es un acto en esencia político, el que medie o no puede llegar a generar implicaciones jurídicas desde el punto de vista del Derecho internacional. Pero además, e igualmente importante, es la relevancia que en este ámbito alcanza el principio de efectividad. A la luz de todo ello hay que concluir que, si bien *Hamás* hoy por hoy sólo es Gobierno efectivo en una parte del territorio, lo es en esa parte. Así las cosas, y dada la diversidad de grupos terroristas que operan en tal área (*Brigadas de Izz ad-Din al-Qassam*, *Yihad Islámica*, *Brigadas de los Mártires al-Aqsa*, etc.) hay que tener en cuenta que algunos están afiliados a un partido político o/y a un Gobierno, pero otros no. Por tanto, la determinación de si existe o no un nexo entre el autor de una acción terrorista y las fuerzas armadas gubernamentales quedará en último término a la decisión judicial (o, en su caso, política). Por consiguiente, cabe concluir que existe el riesgo de que *Hamás* alegue que actividades de miembros de células terroristas deben considerarse como «actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado», que se rigen por el DIH, de acuerdo con el art. 18.2 del proyecto de Convenio, y, en ese sentido, quedar excluidas de la aplicación del Convenio Global. Y, en la misma línea, cabe el riesgo de que el operador jurídico estatal encargado de la aplicación del futuro Convenio mantenga esta misma apreciación.

terrorismo<sup>56</sup>. En particular, en mi opinión, debería intentar evitarse que la aplicación del futuro Convenio resultara impedida *a priori* y de *manera sistemática* en relación con ciertos actos de terrorismo, sólo porque son cometidos con una situación de conflicto armado como contexto de fondo<sup>57</sup>. Resulta obvio, a mi juicio, que los actos *genuinamente terroristas* (y sólo ellos), deberían ser calificados y tratados como tal, independientemente de cuál sea la situación en la que se cometan, dado que la mayoría de Estados tienen interés en que tales conductas se repriman. Sin embargo, lejos de los bienintencionados postulados de la doctrina, en particular de los profesores de Derecho internacional, se sitúan a menudo los *intereses* de los Estados, que sus delegados en las negociaciones simplemente tienen que limitarse a defender. Falta aquí, en suma, el consenso necesario al respecto, de cara a las negociaciones del proyecto de Convención.

También desde mi punto de vista ideal, tal vez cabría cumplir los objetivos aludidos a través de otras fórmulas técnicas concebidas para el proyecto del párrafo 2 del artículo 18, relativo al ámbito de aplicación que actualmente tiene paralizadas las negociaciones<sup>58</sup>. Sin embargo, encontrar una fórmula que dé satisfacción simultáneamente al grupo de Estados occidentales y de la OCI parece ahora mismo una tarea enormemente difícil, incluso tras el cambio de Administración en los EEUU. Es verdad que una fórmula de deslinde, pero a la vez con carácter de puente, como la que se incluyó en la Convención contra la toma de rehenes permitió superar una situación de bloqueo hasta cierto punto similar a la que ahora se está viviendo<sup>59</sup>, y que, según mi criterio, se acercaría a una solución *ideal* (otra vez

---

– *ESPAÑA (en relación con la banda terrorista ETA)*: el Convenio resultaría plenamente aplicable a cualquier acto terrorista cometido o presuntamente cometido por miembros de la banda armada, por ejemplo, fuera del territorio español o contra personas extranjeras (si no concurre ningún elemento de *extranjería* el Convenio no se aplica, de acuerdo con lo dispuesto en el proyecto).

<sup>56</sup> Objetivo que, por otra parte, en nada traba o entorpece la legitimidad del uso de la fuerza por los movimientos de liberación nacional, derecho del que éstos gozan cuando están sometidos a una ocupación colonial, racista o extranjera, y que deben ejercitar de conformidad con las normas del Derecho internacional de los conflictos armados.

<sup>57</sup> Se podrían tomar como muestra los muchos actos de terrorismo acontecidos en Iraq en los últimos años, que, como se ha expresado *supra*, no han sido cometidos por fuerzas armadas ni por insurgentes, sino por personas privadas miembros de grupos terroristas, como Al-Qaeda, que han venido operando allí tras la desestabilización causada tras la intervención estadounidense que tuvo lugar en 2003. Y la verdad es que Al-Qaeda sigue siendo fuerte y atentando allí con frecuencia todavía, a finales de 2009. Actos de esta índole, quedan, en la práctica, fuera del ámbito de aplicación de la inmensa mayoría de las Convenciones internacionales *antiterroristas*, pudiendo derivarse de tal falta de cobertura múltiples supuestos de impunidad.

Como se ha señalado, Al-Qaeda «reúne unas características de organización globalizada y en red más avanzadas que cualquier otro grupo violento religioso o nacionalista. La estructura de Al-Qaeda tiene muchas semejanzas con la forma de organizarse de las ONG internacionales o de las redes de la sociedad civil»; al respecto, véase M. KALDOR, «Terrorismo global», *Papeles de cuestiones internacionales*, Núm. 84, invierno. 2003-2004, pp. 11-29; pp. 22 y ss.

<sup>58</sup> Y también con respecto al párrafo 3, relativo a los actos cometidos por las fuerzas armadas del Estado «en el cumplimiento de sus funciones oficiales».

<sup>59</sup> Debido al enfrentamiento de dos posturas hasta entonces irreconciliables durante sus trabajos preparatorios, y que permitió que finalmente la Convención fuera adoptada en 1979. A través, por tanto, de una serie de cesiones y concesiones múltiples se llegó a la elaboración del texto final de la



desde la óptica de un profesor de Derecho internacional)<sup>60</sup>. Sin embargo, una cláusula así no se ha vuelto a utilizar desde entonces, y tal como están las cosas, hay que reconocer que ya pertenece al terreno de la ciencia ficción que pudiera volver a utilizarse una idea similar, precisamente en gran medida ahora por el efecto simbólico y práctico que implicaría su inclusión en una Convención de lucha *global* contra el terrorismo. Es más, ha de tenerse en cuenta que incluso propuestas menos «peligrosas» para los intereses de los distintos grupos de Estados no se han considerado aceptables hasta ahora. Esto no significa, de todas formas, que, incluso en la hipótesis de que el *paquete* actual de Telalian no llegara a aceptarse por parte de los Estados, no cupiera idear nuevas fórmulas<sup>61</sup>. Otra cosa distinta será medir sus posibilidades de generar un consenso.

---

disposición contenida en su artículo 12. A pesar de que en el Informe del Grupo de Trabajo del Comité *Ad Hoc* encargado de la redacción de la Convención y en las actas oficiales de los trabajos de la Sexta Comisión apenas se dan datos que permitan conocer los detalles sobre lo que realmente aconteció, gracias al artículo que posteriormente publicaría el delegado holandés en el *American Journal of International Law* se puede acceder a esa información, que puede resultar especialmente valiosa. Según cuenta el delegado holandés en aquella ocasión, W. D. VERWEY, se llegó a un compromiso global que contenía una serie de elementos interrelacionados, entre los que se encontraban los que se destacan a continuación: en primer lugar, el acuerdo sobre la necesidad de reafirmar la legitimidad de la lucha de los pueblos por la autodeterminación contra los regímenes coloniales, racistas o extranjeros; en segundo lugar, que esa reafirmación debería figurar en el Preámbulo y en ningún otro sitio; y, en tercer lugar, que, en lo referido al ámbito de aplicación de la Convención, debería dejarse sentado que la Convención contra la toma de rehenes no podría reemplazar, sino sólo complementar, las Convenciones anteriores que de algún modo se refiriesen a los mismos problemas, aplicables en tiempo de paz y en tiempo de conflicto armado, particularmente, las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977; W. D. VERWEY, «The International Hostages Convention and National Liberation Movements», *AJIL*, Vol. 75, 1981, pp. 69-92.

<sup>60</sup> Se trataría de establecer una complementariedad entre el Derecho internacional antiterrorista o, lo que es lo mismo, el sector del Derecho internacional penal que se dedica a la lucha contra el terrorismo en el plano universal y el Derecho internacional aplicable a los conflictos armados. De este modo, la futura Convención podría aplicarse, no sólo a los actos de terrorismo cometidos en tiempo de paz y de tensiones o de disturbios internos, sino también a los delitos cometidos en situación de conflicto armado. Además, ello podría dotar a su vez de mayor coherencia al proyecto de Convención, la cual pretende ser integral y llenar las lagunas provocadas por el carácter fragmentado de la respuesta convencional habida hasta la fecha. De esta forma, se conseguiría que la definición o la descripción de terrorismo que aportara la futura Convención fuera realmente comprehensiva y que su ámbito de aplicación fuera verdaderamente integral o general, al quedar cubiertos todos los actos de terrorismo cometidos en cualquier circunstancia, tiempo y lugar.

<sup>61</sup> Por ejemplo, podrían encontrarse, a mi juicio, otras posibles fórmulas, aunque no sean equidistantes de ambas posiciones. A continuación, se ofrecen algunas posibilidades.

Por una parte, en relación con el proyecto del artículo 18.2, cabrían fórmulas como las siguientes: a) «Las actividades de las fuerzas armadas y de otros combatientes legítimos durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el Derecho internacional humanitario, [que se rijan por ese Derecho] [a las que se aplique este Derecho], no estarán sujetas al presente Convenio»; b) «Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado y de otros combatientes que gocen de un estatuto jurídico de Parte en conflicto de conformidad con el Derecho internacional humanitario, y [que se rijan por éste] [a las que se aplique éste], no estarán sujetas al presente Convenio»; c) «Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado y de otros combatientes legítimos de conformidad con el Derecho internacional, y [que se rijan por el Derecho internacional humanitario]

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Existe un debate que se inició sobre todo a raíz del 11-S y que ha prolongado su vigencia hasta el presente. Se refiere a la posible categorización tanto del *ius ad bellum* (tocando en particular en este caso aspectos como los relativos a la legítima defensa<sup>62</sup>), como del *ius in bello* como actual o, por el contrario, como obsoleto<sup>63</sup>. A este respecto, cabe señalar que, si bien siempre cabe encontrar opiniones para todos los gustos, un intérprete autorizado de las normas de DIH, como es el CICR, se pronuncia categóricamente sobre su adecuación para cubrir la realidad del presente<sup>64</sup>. Es cierto que el grueso del DIH fue concebido en un momento histórico determinado; de hecho, la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra tuvo lugar con la experiencia de la II Guerra Mundial aún caliente, y ello explica que todos los principios que subyacen en ellos estén concebidos para los conflictos armados internacionales *tradicionales*, con ejércitos regulares que combaten entre sí. Pero

---

[a las que se apliquen las normas del Derecho internacional humanitario], no estarán sujetas al presente Convenio».

Por otra parte, con respecto al proyecto de artículo 18.3, cabrían asimismo fórmulas como las siguientes: a) «Las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que se apliquen otras normas del Derecho internacional, no estarán sujetas al presente Convenio»; b) «Las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que resulten aplicables otras normas del Derecho internacional, no estarán sujetas al presente Convenio»; c) «Las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, a las que [se aplique] [resulte aplicable] el Derecho internacional humanitario, no estarán sujetas al presente Convenio».

Se trata, pues, de tres posibles fórmulas que podrían incorporarse, alternativamente, en los párrafos 2 y 3 del artículo 18 con leves alteraciones formales. Todas ellas se introducen sobre el texto consolidado del Coordinador de 2005 (la versión más próxima a las Convenciones contra el terrorismo con bombas y de carácter nuclear, vigentes desde 2001 y 2007, respectivamente) y tienen en común que podrían evitar la introducción de un párrafo 5 adicional. Desde mi punto de vista, podrían suponer un equilibrio entre la necesidad de que los países *occidentales* no cruzasen ninguna línea roja y que, a la vez, no se lesionasen intereses de los países de la OCI. Pero aun así, es probable que ninguna fuese considerada aceptable ni por unos ni por otros.

<sup>62</sup> Al respecto, véase M. PÉREZ GONZÁLEZ, «La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 55, Núm.1, 2003, pp. 187-204.

<sup>63</sup> Entre muchos otros, puede verse F. DE MULINEN, «New situations of violent use of force. Committee for the Protection of Human Life in Armed Conflicts», *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre / The Military Law and the Law of War Review*, Vols. 3-4, N. 42, 2003, pp. 452-465; en especial, pp. 456 y ss.

<sup>64</sup> El CICR considera que «los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos adicionales de 1977, complementados por las normas del derecho humanitario consuetudinario, siguen siendo el marco de referencia para reglamentar el comportamiento en conflictos armados (...) los principios y normas básicos que rigen la conducción de las hostilidades y el trato debido a las personas que han caído en manos enemigas (las dos áreas esenciales del DIH) continúan reflejando un equilibrio razonable y pragmático entre las demandas de necesidad militar y las que responden a cuestiones de humanidad»; CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...», Doc. 30IC/07/8.4, *loc. cit.*, p. 6.

aun con los resquicios que puedan tener estas normas, conservan su vigencia. Al mismo tiempo, debe tomarse en consideración que la mayor parte de los problemas se producen en la práctica.

Aun admitiendo que los mecanismos de control con frecuencia fallan, por su propia insuficiencia o por su deficiente aplicación, la mayor parte de las brechas del sistema tiene lugar por factores de índole en gran medida práctica; a saber, por los incumplimientos de las normas existentes; por las insuficiencias de los mecanismos de control; por las ausencias de ciertos Estados en la ratificación de los Protocolos I y II; por la existencia de medios y métodos de combate que desconocen el principio de igualdad; por la participación de las empresas militares de seguridad privada, etc<sup>65</sup>. No parece alarmista advertir, incluso, que la revisión de algunos aspectos del DIH podría ofrecer la oportunidad a los Estados, en cambio, para ampliar su libertad de acción en vez de para fortalecer la protección de las víctimas<sup>66</sup>. Un riesgo, por otra parte, nada desdeñable.

Sin perjuicio de lo dicho, también puede reconocerse que la aptitud del marco normativo existente para regular la realidad no obsta a admitir la posible conveniencia de contar con nuevas normas específicas sobre problemas concretos que ha mostrado la lucha contra el terrorismo en un contexto de conflicto armado. Puede entresacarse así la idoneidad de contar con reglas relativas a la clasificación y trato de los detenidos<sup>67</sup> o a cómo articular los interrogatorios<sup>68</sup>, cómo enfrentarse a los terroristas suicidas o qué hacer con los remanentes de guerra, así como establecer nuevos mecanismos de control específicos que garanticen la protección de las víctimas de forma eficaz<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Dice el CICR que «la causa principal del sufrimiento en situaciones de conflicto armado y violaciones del DIH sigue siendo la no aplicación de las normas vigentes -ya sea por no existir la necesaria voluntad política o por alguna otra razón- más que por la inexistencia de normas o su falta de idoneidad»; CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...», Doc. 30IC/07/8.4, *loc. cit.*, p. 6.

<sup>66</sup> Cfr. M. SASSÖLI, «La 'guerre contre le terrorisme', Le Droit Humanitaire et le statut de prisonnier de guerre», *The Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XXXIX, 2001, pp. 211-252; p.242.

<sup>67</sup> A. ROBERTS, «The Laws of War in the War on Terror», *Terrorism and the Military*, W.P. Heere (Ed.), TMC Asser Press, The Hague, 2003, pp. 65 y ss.; p. 92.

<sup>68</sup> En este sentido, M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Lucha contra el terrorismo y Derecho internacional...», *loc. cit.*, p. 101.

<sup>69</sup> C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE y F. JIMÉNEZ, *Terrorismo y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, pp. 100 y 101.

K. WATKIN señala, por su parte, que «incorporation of human rights principles of accountability can have a positive impact on the regulation of the use of force during armed conflict. Given the close interface between these two normative frameworks in some types of armed conflict, their mechanisms of accountability will inevitably need to be reconciled; but systems of accountability developed to regulate the use of force domestically cannot simply be transferred to the international humanitarian law context. Consequently, both status and human rights supervisory bodies may have to readjust their understanding of the role human rights law can play in enhancing the accountability framework regarding the use of deadly force in armed conflict. No gaps in the effort to apply appropriate norms of humanity can be allowed»; «Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict», *AJIL*, Vol. 98, Number 1, 2004, pp. 1-34; 34.

Aun entre los sinsabores causados por las graves violaciones de los últimos años, tal vez quepa encontrar incluso algún signo de esperanza, en cuanto que al menos algunas de ellas podrían haber servido para lograr una mayor sensibilización e inculcar un mayor conocimiento del DIH. El CICR reconoce este extremo de modo genérico en el Informe preparado para la XXX Conferencia de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, de 2007. Manifiesta en concreto que «aunque el sufrimiento que inflige la guerra no ha cambiado, los últimos cuatro años se han caracterizado por una mayor sensibilización pública respecto del DIH y sus normas básicas y, por tanto, de los actos que constituyen violaciones de esas normas básicas. Los principios y normas del DIH han sido el centro de interés no solamente de los debates habituales de grupos de expertos sino también, y cada vez más, del escrutinio intenso y de gran alcance por parte del Gobierno, los círculos académicos y los medios de comunicación. El creciente interés y sensibilización en torno al DIH deben estimularse y acogerse con agrado, teniendo presente el hecho de que el conocimiento de cualquier conjunto de leyes es un requisito previo para una mejor observancia»<sup>70</sup>. Parece oportuno recordar que con ocasión del escándalo relativo a la inflicción de torturas y otros tratos inhumanos o degradantes en centros de detención como la prisión de Abu Ghraib, salió a la luz cómo al menos algunos de los autores de tales infracciones no habían recibido una instrucción adecuada y específica en DIH, en concreto en las obligaciones que les incumbían en virtud de los Convenios de Ginebra<sup>71</sup>. Es previsible, afortunadamente, que cada vez quepan menos carencias así, con lo que ello implica de cara a la prevención de abusos y violaciones futuras. No obstante, cabe añadir a su vez que el propio CICR dispara la voz de alarma sobre un riesgo derivado del hecho de que el DIH haya salido de los círculos de expertos para ingresar en el ámbito público, y no es otro que el consiguiente aumento del riesgo de politización de la interpretación y la aplicación de sus normas<sup>72</sup>.

Resulta un punto de partida inquebrantable, en todo caso, que los actos de terrorismo son siempre absolutamente injustificables, y que el peso de la ley del Estado de Derecho debe caer con todo su rigor sobre los autores. Pero es crucial también que ese rigor de la respuesta no se encuentre fuera del orden normativo *internacional* existente, siendo el parámetro legal *interno* secundario a estos efectos<sup>73</sup>. En términos del CICR, «la lucha contra el terrorismo sólo puede ser legítima

---

<sup>70</sup> CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...», Doc. 30IC/07/8.4, *loc. cit.*, p. 5.

<sup>71</sup> Es justo reconocer el papel relevante y complementario que han desempeñado las ONG y los medios de comunicación en este sentido, realizando un descubrimiento y una difusión irreemplazables.

<sup>72</sup> CICR, «El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos...», Doc. 30IC/07/8.4, *loc. cit.*, p. 6.

<sup>73</sup> Más extensamente, véase Ch. SWINARSKI, «Del terrorismo en el Derecho internacional público», *Derecho internacional humanitario y Temas de Áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos*, Núm. 78, pp. 533-547; conclusión en el apartado VIII. También se afirma que «(...) Il faut ajouter à cela que bien des mesures antiterroristes adoptées par les États après le 11 septembre 2001 ont suscité des inquiétudes quant à la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. L'effet sans

si no atenta contra los valores fundamentales compartidos por la humanidad»<sup>74</sup>, o, en otras palabras, las de la AGNU, no puede olvidarse «la necesidad de mantener y salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes y las normas internacionales generalmente aceptadas»<sup>75</sup>. Debe respetarse y garantizarse el respeto a los derechos humanos de los terroristas o presuntos terroristas, «pues la desmesurada o desproporcionada represión del terrorismo deslegitima a las autoridades públicas y, a la postre, o termina por convertirse en terrorismo desde el Estado o engendra terrorismo contra el Estado, o ambas cosas al mismo tiempo»<sup>76</sup>.

Teniendo en cuenta los *excesos* de los últimos años<sup>77</sup>, incluido el llamado *Derecho Penal del enemigo*<sup>78</sup>, el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo subrayaba, en su Informe de 2008, que «todos los aspectos del Derecho y la práctica en la lucha contra el terrorismo deben ajustarse a las normas internacionales

---

consteste le plus pervers du terrorisme, vérifié ces dernières années, este de pousser les États à faire des entorses aux droits civils et politiques fondamentaux. La lutte contre le terrorisme pose ainsi un dilemme essentiel: soit considérer que le terrorisme étant par essence une négation du droit, les moyens de la réponse peuvent se situer, par une sorte de symétrie symbolique ou instinctive, en dehors du droit ('Nécessité n'a pas de loi', dit l'adage); sois considérer au contraire que ce n'est que dans le respect et la promotion des valeurs fondamentales niées par les terroristes et, par conséquent, par des moyens légaux, que le combat sera remporté. À cet égard, si les juridictions internationales admettent que certaines dérogations limitées à la jouissance des droits de l'homme sont admises pour l'efficacité de la lutte contre le terrorisme, il este en revanche impératif de veiller à ce qu'elle n'y porte pas atteinte de manière excessive (...); J. C. MARTIN, *Les Règles Internationales relatives à la Lutte contre le Terrorisme*, Bruylant, Bruxelles, 2006; p. 562.

<sup>74</sup> CICR, «Proteger la vida y la dignidad: ninguna guerra está por encima del Derecho internacional», 10-05-2004 (disponible en su Sitio Web).

<sup>75</sup> Resolución 42/159 AGNU, par. 16.

<sup>76</sup> J. ALCAIDE FERNÁNDEZ, «Derechos humanos y terrorismo: límite, fundamento y solución», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia Vol. 5*, Universidad del País Vasco, 2005; pp 11-48; pp. 41 y 42.

<sup>77</sup> Sobre las distintas concepciones en el modelo de reacción (europeo, basado en un esquema de «seguridad interior», y americano, asentado en un presupuesto de «defensa»), véase A. FERNÁNDEZ TOMÁS, «Terrorismo, Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, pp. 191-263.

<sup>78</sup> En este sentido, los cambios generados a partir del 11-S han desembocado en una especie de *Derecho Penal del enemigo*, concepto que había sido avanzado por el penalista alemán Günter JAKOBS en 1986. El *Derecho Penal del enemigo* se asienta sobre la idea de que «no todos los ciudadanos son personas», puesto que hay «personas y enemigos». El «Derecho penal del enemigo», pues, acogería un conjunto de normas jurídico penales para cuyos destinatarios no rigen las garantías que forman parte de los estándares del trato en los Estados de Derecho. No obstante, como el mismo Jakobs ha argumentado con posterioridad, en su autodefensa, no hay una postulación del Derecho penal del enemigo en su trabajo, sino simplemente la detección de su presencia al revisar las respuestas ofrecidas por diversos ordenamientos jurídicos para la represión de distintos tipos de delitos, entre los que ocupa un lugar importante el terrorismo (también la criminalidad organizada, el narcotráfico o determinados delitos sexuales). Véase G. JAKOBS y M. CANCIO MELÍA, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, 2ª Edición, 2006. También puede consultarse F. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *Los peligros de estrategias terroristas desbocadas*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 81 y ss.

les de derechos humanos, incluido el derecho a un juicio imparcial»<sup>79</sup>. Habida cuenta de las prácticas emergentes en la lucha contra el terrorismo, el Relator Especial destacaba, entre otros, los siguientes principios básicos que integran las «mejores prácticas para garantizar el derecho a un juicio imparcial en las causas de terrorismo»:

« a) Todas las personas con independencia de su nacionalidad o de su situación de apatridia, deben tener acceso a los tribunales en la sustanciación de las acusaciones de carácter penal formuladas contra ellas o para la determinación de sus obligaciones de carácter civil (...)»<sup>80</sup>.

b) Los requisitos de independencia e imparcialidad de los jueces o de otras personas que ejerzan funciones judiciales no pueden limitarse en ningún contexto. Los funcionarios judiciales deben estar exentos de toda forma de influencia política en la adopción de decisiones. Sólo se deben utilizar tribunales militares para enjuiciar a personal militar por delitos de naturaleza militar, y los juicios ante esos tribunales deben ajustarse plenamente al párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Debe evitarse utilizar tribunales especiales o especializados en las causas de terrorismo (...)»<sup>81</sup>.

c) El derecho a un juicio imparcial supone que exista una administración de justicia abierta. Toda exclusión de la prensa o el público por consideraciones de seguridad nacional debe efectuarse únicamente en la medida estrictamente necesaria y decidirse caso por caso, y debe ir acompañada de mecanismos adecuados de observación o examen;

d) Cuando se obligue a una persona a suministrar información durante una audiencia con fines de investigación o de reunión de datos de inteligencia, el dere-

<sup>79</sup> *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Doc. A/63/223, 6 de agosto de 2008, p. 22.

<sup>80</sup> «Este acceso deber producirse sin demora y debe incluir la posibilidad de que todo fallo condenatorio de carácter penal y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. En el caso de las personas detenidas en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, es especialmente necesario que la situación de esas personas sea clara y que exista la posibilidad de solicitar una examen judicial en profundidad de su situación y de la licitud de su privación de libertad que pueda conducir a su liberación. Por lo que respecta al establecimiento de listas de entidades terroristas o entidades asociadas, mientras no se haga un examen independiente de las listas en el marco de las Naciones Unidas, en los países se tiene que poder acceder a la revisión judicial de toda medida de aplicación. La persona objeto de tales medidas debe ser informada de las medidas adoptadas y de los hechos que se le imputan y poder ser oída en un plazo razonable por el órgano competente que haya adoptado la decisión. Las personas que se encuentren detenidas, incluso en centros de internamiento para inmigrantes, deben poder ser oídas por un juez respecto de la legalidad de su detención en un plazo no superior a las 48 horas desde dicha detención. Cuando exista una situación de detención prolongada al margen de un auténtico proceso penal (como la detención preventiva o con fines de investigación), una autoridad judicial debe examinar periódicamente, como mínimo cada siete días, la necesidad de que la persona continúe detenida».

<sup>81</sup> «Si bien la participación de funcionarios judiciales en audiencias con fines de investigación no constituye *per se* una violación del artículo 14, el poder judicial debe conservar facultades procesales para asegurar que esas audiencias se ajustan al estado de derecho y no ponen en peligro la independencia de los jueces».

cho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable requiere que la información obtenida en esas audiencias, o que se derive exclusivamente de los datos revelados en ellas, no se utilice contra esa persona (...)»<sup>82</sup>.

e) Como para todo delito, en el enjuiciamiento por actos de terrorismo se deberían observar, en la misma medida, los estrictos requisitos del derecho penal aplicables a los delitos ordinarios. El principio de igualdad de medios procesales requiere, además, que todas las partes disfruten de los mismos derechos procesales (...).

f) La defensa debe disponer de todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar al tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas exculpatorias (...)»<sup>83</sup>.

g) Las situaciones en que se retrase la posibilidad de disponer de abogado o se excluya la representación letrada por motivos de seguridad no deben ser permanentes, no deben menoscabar la capacidad de la persona para defenderse y, en caso de que se halle detenida, no debe crear una situación en que la persona esté efectivamente incomunicada (...)»<sup>84</sup>.

En el mismo orden de cosas, ha de insistirse en algo que no por reiterado, incluso manido, deja de ser verdad: el terrorismo es un problema global que exige una respuesta global. En efecto, cualquier respuesta, para ser eficaz, debe contar con la acción concertada de los distintos Estados, de las Instituciones internacionales y de la sociedad civil. Sin embargo, la Comunidad internacional no está haciendo lo suficiente. La actuación, a su vez, del órgano más operativo a estos efectos de las NU, el Consejo de Seguridad, es objeto de justas críticas, por su doble raseo, por sus excesos y defectos de actuación, y por ciertas reacciones *ad hoc*<sup>85</sup>.

Es obvio que en el combate contra el terrorismo será preciso el recurso a medidas de fuerza, incluidas en su caso acciones militares, pero también una articulación coordinada de medidas policiales, políticas, diplomáticas, judiciales, sociales, económicas... La lucha contra el terrorismo ha de ser global y plural en diversos planos, y actuar sobre las raíces del terrorismo. La Comunidad internacional y los

---

<sup>82</sup> «No debe haber agentes del orden presentes en las audiencias celebradas para recabar datos de inteligencia, y debe existir y mantenerse una clara distinción entre la reunión de datos de inteligencia y la investigación penal. Las pruebas obtenidas mediante tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no pueden, en ninguna circunstancia, utilizarse para enjuiciar o sancionar a una persona. Si existen dudas sobre el carácter voluntario de las declaraciones de los acusados o los testigos, por ejemplo cuando no se facilite ninguna información sobre las circunstancias en que se formularon o cuando la personas se encuentre en situación de detención arbitraria o secreta, no se deberán tomar en consideración esas declaraciones (...)».

<sup>83</sup> «La protección de la seguridad nacional puede justificar que se ofrezca información expurgada, siempre que se adopten mecanismos compensatorios para asegurar que no se menoscabe el derecho general a un juicio imparcial, se tenga conocimiento de las acusaciones formuladas y se pueda responder a ellas».

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 22-24.

<sup>85</sup> Como lo sintetiza REMIRO, el Consejo de Seguridad no ha ejercido todas las funciones que la Carta le atribuye y sí ha asumido, en cambio, funciones que la Carta no le asigna, «siendo los mismos Estados Unidos los que lo han urgido a ello para servir su propia política antiterrorista»; A. REMIRO, «Terrorismo internacional, principios agitados...», *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 32.

Estados, tanto en el plano institucional multilateral como en otros planos, deberían actuar, muchísimo más de lo que lo hacen, sobre las raíces profundas del terrorismo<sup>86</sup>, en definitiva, sobre las causas que con frecuencia están en la base del rencor, del resentimiento y de la desesperación que lleva a actuar a los terroristas.

---

<sup>86</sup> En esta línea, S. MORÁN, por ejemplo, en relación con la lucha contra el terrorismo *yihadista*, afirma que un combate eficaz debe centrarse, en primer lugar, en mejorar las condiciones de vida en el Magreb («el terrorismo no deriva directamente de la miseria, pero con un crecimiento demográfico explosivo las ingentes masas de jóvenes sin perspectivas son presa fácil de ideologías fanatizadas que generan, a su vez, el caldo de cultivo propicio para que surjan potenciales suicidas»); en segundo lugar, en la prevención de actos de terrorismo (intentado sobre todo evitar el reclutamiento y la radicalización de islamistas, actuar sobre las fuentes de financiación, el apoyo social...); y en tercer lugar, en impedir la creación de santuarios; S. MORÁN BLANCO, «Cooperación multidireccional y combate multidimensional contra la red magrebí de Al Qaida», *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (Directores); Editorial Tecnos, Madrid, 2009; pp.147-190; pp. 183 y ss.