

**TERRORISMO INTERNACIONAL: “LA GUERRA DE
NUESTRO TIEMPO”**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

LINDA ALEJANDRA RIVERA MACEDO

ASESOR: MTRO. JOSE LUIS VALLARTA MARRÓN

MEXICO D.F., 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, por ser la mujer que más admiro en el mundo,

A mi papá, por ser un ejemplo de perseverancia y empeño,

A mi hermano, por alegrar mi vida y llenarme de orgullo,

A mi abue, por el amor y la confianza,

A mis tíos, Alejandra, Silvia, Andrés y Marco, por creer en mí,

A mis amigos, Irma Castañeda, Alejandra Escobar, Alejandra Palomares, Paola Garnica, Francisco Torres, Guillermo López Tenorio, Miguel Reyes, Lennin Hernández, Raúl Alcalá, Ariel Salanueva, Julieta Lira y Daniela Jácome, por estar conmigo en todo momento; debo mucho de lo que soy a ustedes; los admiro y quiero,

A Pablo, mi compañero de viaje, por ayudarme a materializar aquella plática en la banca de la Facultad,

A mis amigos de la Consultoría Jurídica, en especial a Pedro Echeverría, por el apoyo y motivación para seguir adelante,

A mi asesor de tesis, el Doctor José Luis Vallarta Marrón, por su gran disposición, paciencia e interés en el desarrollo de este trabajo,

A la Universidad Nacional Autónoma de México: maestros ejemplares, Jessup, experiencias, ideas, sueños, metas, amigos; es un orgullo pertenecer a esa Institución.

"Somos del mismo material del que se tejen los sueños,
nuestra pequeña vida está rodeada de sueños."

William Shakespeare

TERRORISMO INTERNACIONAL: “LA GUERRA DE NUESTRO TIEMPO”

Introducción	1
Capítulo 1: Marco jurídico actual: <i>ius ad bellum</i> y <i>ius in bello</i>	7
1.1. Cuarto principio de la Carta de las Naciones Unidas: prohibición del uso de la fuerza.....	7
1.1.1. Excepciones a la prohibición del uso de la fuerza	12
1.1.1.1. Legítima defensa.....	12
1.1.1.1.1. Condiciones para ejercer el derecho a la legítima defensa	14
1.1.1.1.2. Legítima defensa colectiva	19
1.1.1.1.3. Cuestión de la legítima defensa preventiva.....	21
1.1.1.2. El Consejo de Seguridad: Uso de la fuerza para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales	23
1.2. Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados ...	25
1.2.1. Aplicación del derecho internacional humanitario	28
1.2.1.1. Conflicto armado internacional	30
1.2.1.2. Conflicto armado no internacional	31
1.2.1.3. Conflicto armado internacionalizado	32
1.2.2. Aspectos específicos del derecho internacional humanitario	33
1.2.2.1. Objetivo militar: principio de distinción y proporcionalidad	34
1.2.2.2. Protección humanitaria.....	36
1.2.2.2.1. Víctimas civiles	37
1.2.2.2.2. Personas protegidas.....	39
1.2.2.2.3. Prisioneros de guerra	40
Capítulo 2: Terrorismo Internacional.....	43
2.1 El crimen del terrorismo.....	43
..2.1.1. Antecedentes.....	43

2.1.2. Problema respecto a la posible definición del crimen de terrorismo ..	45
2.1.3. Elementos del crimen	51
2.1.4. Adjudicación de responsabilidad penal a individuos por terrorismo...	53
2.2. Responsabilidad internacional por terrorismo	55
2.2.1. Regulación del terrorismo en el derecho internacional. Obligación de prevenirlo y sancionarlo)	55
2.2.2. Regulación del terrorismo en el sistema de Naciones Unidas	62
2.2.2.1. Asamblea General de las Naciones Unidas	63
2.2.2.2. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	66
2.2.2.2. Actuaciones del Secretario General	71
2.2.3. Adjudicación de responsabilidad internacional a Estados por terrorismo	74
2.3. Terrorismo de Estado	76
2.4. Terrorismo global	78
2.4.1. La red terrorista llamada Al-Qaeda	80

Capítulo 3: Derecho aplicable a la “guerra contra el terrorismo” 83

3.1 Uso de la fuerza: el Consejo de Seguridad y la pertinencia de la Resolución 1368.....	84
3.1.1. El derecho a la legítima defensa	88
3.1.2. Legítima defensa preventiva.....	92
3.1.3. Nuestra visión sobre lo que hubiera sido el camino respecto del caso afgano	96
3.2. Derecho Internacional humanitario aplicable al conflicto afgano	99
3.2.1. Naturaleza del conflicto armado en el caso Afganistán	101
3.2.2. Detenidos en la “guerra contra el terrorismo”: caso Guantánamo.	103
3.2.2.1. Posición de Estados Unidos de América respecto de los prisioneros en Guantánamo.	105
3.2.2.2. La condición jurídica de los prisioneros en Guantánamo	106

3.2.2.3. Consecuencias jurídicas por calificar a los detenidos en Guantánamo como personas protegidas bajo el Derecho Internacional humanitario	110
3.3. La interacción del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos	113
3.4. La batalla judicial en las cortes federales estadounidenses	116
Conclusiones.....	120
Fuentes	124

INTRODUCCIÓN

En la mañana del 11 de septiembre de 2001 se registraron los cuatro ataques terroristas con mayor cobertura, seguimiento y difusión de la historia, no por ello los más atroces.

Días después, el Presidente de los Estados Unidos de América, George W. Bush, emitió un discurso por el cual calificó tales atentados como actos de guerra. En ese momento terrorismo y guerra se mezclarían según la percepción estadounidense.

La conmoción mundial fue enorme después de ver las escalofriantes imágenes que golpeaban a la actual potencia mundial. Conmoción que dio paso a un casi global sentimiento de indignación y a numerosas muestras de apoyo por parte de las autoridades de diferentes Estados y de organismos internacionales.

Este ambiente político fue aprovechado por Estados Unidos de América para emplear una estrategia en contra del fenómeno del terrorismo, en diferentes planos; por ejemplo, en el plano diplomático la intención era crear el mayor apoyo posible por parte de los miembros de la Organización de las Naciones Unidas para enrolarse en la llamada “guerra contra el terrorismo” , la cual iniciaba con ataques en contra de Al-Qaeda, red terrorista a la que le fueron atribuidos los ataques del 11 de septiembre de 2001, situación que

colocó a los países ante la disyuntiva de estar con Estados Unidos de América o en contra de él.

El término “guerra contra el terrorismo”, dio pie a numerosas críticas y estudios, ya que hablar de guerra en el Derecho Internacional, tradicionalmente implica la confrontación armada entre dos o más Estados, llevada a cabo por las fuerzas armadas respectivas.

Esta nueva “guerra” rompió la idea tradicional de conflicto entre Estados. Un nuevo tipo de conflicto asimétrico apareció entre la actual potencia más poderosa y un enemigo casi virtual con una estructura transnacional descentralizada, insertada dentro del amplio horizonte de la globalización. Ese nuevo enemigo usa un *modus operandi* cualitativamente distinto que, en lugar de atacar frontalmente a su enemigo, busca golpearlo y desestabilizarlo tomando provecho de sus puntos débiles.

En el presente trabajo de investigación, en primer lugar deseamos dejar en claro que, en virtud de que no se puede librar una guerra contra un fenómeno, las actuaciones llevadas a cabo por Estados Unidos de América y sus aliados no son en términos estrictos una guerra, ya que partimos de la premisa que sólo es posible combatir -en términos militares.- contra una parte identificable en un conflicto armado. Por estas razones, sería más apropiado hablar de "lucha contra el terrorismo", lucha que, actualmente, adopta múltiples facetas.

Esta lucha contra el terrorismo fue materializada el 7 de octubre de 2001, fecha en la que Estados Unidos de América y sus aliados respondieron a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, con una intervención militar denominada por el mando estadounidense como "operación libertad duradera" luego de que se pretendiera llamarla "operación justicia infinita", nombre que fue rechazado y modificado por insinuar motivaciones religiosas y mesiánicas.

La intervención en Afganistán se dio, ante la negativa del régimen Talibán que gobernaba ese Estado de entregar a Osama Bin Laden que estaba en ese país, considerado el terrorista más buscado por el Gobierno estadounidense. Estados Unidos integró un componente de gran escala que involucraba el uso de la fuerza militar, el cual emprendió una serie de bombardeos sobre Afganistán, con el fin de contactar a la Alianza del Norte. Esa Alianza está integrada por diferentes facciones de grupos armados que tenían como objetivo derrocar el régimen talibán que gobernó Afganistán.

Vale mencionar que Afganistán sólo fue el inicio de esa lucha contra el terrorismo. Basta recordar aquel discurso del 20 de septiembre de 2001, en el cual el Presidente estadounidense George W. Bush señaló que la guerra contra el terrorismo "no concluirá hasta que todos los grupos terroristas de alcance global hayan sido encontrados, detenidos y vencidos" con lo cual iniciaron intervenciones militares en varios Estados en pos de la supresión terrorista global.

Al respecto, debemos aclarar que en el presente trabajo, dada la magnitud de información y contextos, sólo nos enfocaremos a aquellas actuaciones llevadas a cabo en Afganistán, principalmente a la legalidad del uso de la fuerza empleada por Estados Unidos de América y sus aliados, así como al Derecho aplicable antes, durante y después de la intervención.

Este trabajo, está enfocado al estudio de esos acontecimientos, que sin duda marcan el Derecho Internacional sin abrogarlo, confrontados a los principios, instituciones y mecanismos que constituyen nuestro marco jurídico internacional actual.

En el primer capítulo abordaremos el actual marco legal aplicable a cualquier acción surgida en el marco de esta lucha contra el terrorismo respecto del uso de la fuerza unilateral por parte de los Estados. Al respecto, recordaremos el derecho a la legítima defensa y los requisitos para ejercerla. Asimismo, presentaremos un extracto del Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados.

En el segundo capítulo analizaremos el fenómeno del terrorismo, como crimen, y la responsabilidad que la comisión de éste delito lleva consigo. Además presentamos los mecanismos que la Organización de las Naciones Unidas ha implementado a través del tiempo.

Finalmente, en el tercer capítulo estudiaremos el caso particular de la intervención militar llevada a cabo el 7 de octubre de 2001 en Afganistán, por

Estados Unidos de América y otros, a raíz de los atentados sufridos el 11 de septiembre.

Estudiaremos la legalidad de las actuaciones de aquellos Estados enrolados en esa lucha contra el terrorismo, así como la consistencia conforme a Derecho del desarrollo de tal intervención.

Intentaremos demostrar que nuestro marco jurídico actual responde a las necesidades de defensa frente a las modalidades actuales del terrorismo y a las respuestas de la comunidad en su intención de erradicarlo.

La hipótesis de trabajo es que, independientemente de que se pudiera buscar una actualización o una futura reestructuración del Derecho Internacional, los Estados, en su defensa contra el terrorismo, cuentan con los mecanismos vigentes de la Organización de las Naciones Unidas que pueden ser eficaces si hay voluntad política para usarlos y, por otra parte, están obligados a respetar el marco jurídico actual, so pena de violar las obligaciones internacionales e incurrir en responsabilidad.

A lo largo de la investigación, utilizaremos dos métodos: el método deductivo que nos servirá para mostrarnos el marco jurídico aplicable, principios y doctrina, para la futura confrontación, así como el método inductivo, a través de la subsunción de hechos recientes y de gran difusión a las normas jurídicas aplicables; nos referimos en particular a la intervención en Afganistán, que ya percibimos como de dudosa legalidad.

Capítulo 1: Marco jurídico actual: *ius ad bellum* y *ius in bello*.

Cuarto principio de la Carta de las Naciones Unidas: prohibición del uso de la fuerza.

Hace sesenta y tres años, las naciones victoriosas de la Segunda Guerra Mundial se reunieron en San Francisco para firmar la Carta de las Naciones Unidas en la que se comprometían, fundamentalmente, a “preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra”.¹

Para cumplir tal propósito, en 1945, los Estados se dieron a la tarea de crear, con el precedente de la Sociedad de las Naciones,² un marco institucional, un nuevo sistema de seguridad colectiva que confiriera a la comunidad internacional mecanismos para afrontar los nuevos retos internacionales, con la finalidad de garantizar la paz y seguridad entre las naciones. Este sistema descansa, entre otros, en los siguientes pilares:

- La prohibición de la amenaza y del uso unilateral de la fuerza como medio lícito de acción en las relaciones internacionales, con el reconocimiento explícito de dos excepciones;
- El control y monopolio institucionalizado del uso de la fuerza para garantizar la paz y seguridad internacionales mediante la creación de un

¹ Carta de las Naciones Unidas. (adoptada el 26 de junio de 1945; entró en vigor el 24 de octubre de 1945). Preámbulo.

² De conformidad con el discurso, ante el Congreso de los Estados Unidos de América, de los 14 puntos dado por el Presidente Woodrow Wilson, el 8 de enero de 1918, en el cual hizo un llamado a las naciones europeas en conflicto para que detuvieran el fuego y dieran paso a la reconstrucción del continente a través de catorce propuestas, entre las cuales se encontraba la creación de la Sociedad de las Naciones, con el objeto de garantizar mutuamente la independencia política y la integridad territorial tanto de los Estados grandes como de los pequeños.

órgano central con competencia para identificar amenazas o quebrantamientos a la paz y actos de agresión;

- El establecimiento de un mecanismo para la implementación de medidas colectivas de carácter coercitivo que pueden llegar a involucrar el uso de la fuerza armada;³
- Reconocimiento del derecho inmanente a la legítima defensa en caso de ataque armado.

Lo anterior se ve reflejado en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas donde se establece la máxima de “asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común”.⁴ Es decir, tanto los Estados miembros como la misma Organización de las Naciones Unidas, deberán proceder conforme a los principios establecidos en el artículo 2 de la Carta.

El cuarto principio prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza como medio lícito de acción en las relaciones internacionales, expresamente señala que: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.⁵

Vale la pena comentar que el cuarto numeral del artículo 2 de la Carta es considerado por diversos autores como la piedra angular de la Carta en

³ Cfr. RANDELZHOFFER, Albrecht, “Artículo 2. 4.” en *The Charter of the United Nations; A Commentary*. (SIMMA, Bruno Editor) *et al.* Segunda Edición. Oxford University Press. Nueva York, EUA. Volumen I. 2002. P.114.

* Todas las traducciones contenidas en el presente trabajo han sido realizadas por la autora.

⁴ Carta de las Naciones Unidas. *Op. Cit.* Séptimo párrafo del Preámbulo.

⁵ *Idem.* Cuarto numeral, artículo 2.

materia de paz y seguridad internacionales,⁶ lo cual significa un adelanto en el sistema de seguridad mundial, ya que prohíbe en las relaciones internacionales no sólo “guerras” sino cualquier uso fáctico de la fuerza o amenaza de recurrir a la misma.⁷

Además, en el marco jurídico internacional, la prohibición del uso de la fuerza se ha consolidado como una norma de derecho consuetudinario y como tal obliga a todos los Estados de la comunidad internacional.⁸

En este sentido, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha confirmado la vigencia de la norma en cuestión a través de varias declaraciones,⁹ una de las más destacadas es 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, en la cual reitera que cualquier “amenaza o uso actual de la fuerza constituye una violación al Derecho Internacional y de la Carta de las Naciones Unidas y no se empleará nunca como un medio para resolver cuestiones internacionales”.¹⁰

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, máximo órgano jurídico de las Naciones Unidas, abordó el asunto de la prohibición del uso de la fuerza,

⁶ Ver por ejemplo, JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas (Comentario teórico-práctico de la Carta)*. S.N.E. Escuela de Funcionarios Internacionales. Madrid, 1958. P. 45., en el cual el autor considera el artículo 2 numeral 4º como la regla básica del Derecho Internacional público.

⁷ Evidentemente, esta disposición es más compleja que las disposiciones al respecto establecidos en el Pacto de Sociedad de Naciones y posteriormente en el Pacto Briand-Kellog. Por ejemplo, el preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones se refería a ciertos compromisos de “no recurrir a la guerra” y establecía procedimientos para buscar una solución pacífica entre los Estados antes del inicio de las hostilidades. Por su parte el artículo 1 del Pacto Briand-Kellog, mismo que condenaba “la guerra” como medio de solución de controversias internacionales y pedía a los miembros desistir de su uso como herramienta de la política nacional en sus relaciones mutuas; pero sin condenar o referirse a otro tipo de conflicto, hostilidad o uso de la fuerza armada.

⁸ Cfr. AKEHURST, Michael. *Modern introduction to international law*. Séptima Edición. Editorial Routledge Gran Bretaña, 1997. P. 309. Cfr. SHAW, Malcolm. *International law*. Cuarta Edición. Cambridge University Press. Reino Unido, 1997. P. 781.

⁹ “Declaración sobre efectividad de los principios de abstención al uso de la fuerza en las relaciones internacionales”. Resolución de la Asamblea General 22 (XLI), adoptada el 18 de noviembre de 1987. UN Doc. A/42/766. *Observancia estricta de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales y del derecho de los pueblos a la libre determinación*. Resolución de la Asamblea General 2160 (XXI), adoptada el 30 de Noviembre de 1966. La cual prohíbe la amenaza o uso de la fuerza contra los movimientos de liberación nacional en los años cincuenta y sesenta.

¹⁰ “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV) adoptada el 24 de octubre de 1970. UN Doc. A/8082.

en el caso *Nicaragua*. En este trascendental caso, la Corte sostuvo que el principio contenido en el cuarto numeral del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas no sólo era Derecho en virtud de un tratado, sino de Derecho Internacional consuetudinario; por lo tanto, una norma que todo Estado, sea miembro o no de las Naciones Unidas, debe observar.¹¹

Asimismo, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y algunos doctrinarios argumentan que la norma de la Carta relativa a la prohibición del uso de la fuerza en sí constituye un ejemplo de una regla de Derecho Internacional que ha alcanzado el rango de *ius cogens*.¹²

El contenido del cuarto numeral del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas ha dado lugar a grandes controversias doctrinales en virtud de la complejidad en la interpretación de todos sus conceptos y términos sustantivos. Por ejemplo, el término “fuerza”¹³ o el concepto “amenaza del uso de la fuerza”, así como la interpretación, *a contrario sensu*, de dicha prohibición; es decir, se habla de una licitud del uso de la fuerza en caso de que esta no se use en contra de la integridad territorial o independencia política de cualquier Estado, o licitud del uso de la fuerza en caso de que dicho uso sea compatible con los propósitos de las Naciones Unidas¹⁴.

¹¹ Cfr. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. (Nicaragua v. United States of America) (Judgement) [1986] ICJ Rep 14. P. 88, para. 187-192.

¹² Cfr. AKEHURST, Michael. *Modern introduction to international law*. Op. Cit. P. 311.

¹³ Por ejemplo, existen una interpretación amplia y otra estricta del término fuerza. En el primer caso, la interpretación amplia comprende cualquier clase de coerción: ya sea económica, política, psicológica, entre otras. La crítica al respecto consiste en que si esta tesis fuera aceptada, un Estado sólo podría utilizar acciones de presión económica o política contra aquellos Estados que hayan violado el artículo 2 numeral 4º utilizando la fuerza económica o política, pero no la fuerza armada y en este caso, el Estado en cuestión no podría invocar la legítima defensa del artículo 51, ya que esta disposición se refiere únicamente a los casos de ataque armado. La interpretación estricta se basa en que, a pesar de que la Carta utiliza en algunas disposiciones la palabra “fuerza”, pero en otras utiliza “fuerza armada” (Preámbulo, artículo 41 y 46), si se contextualiza el artículo 2 numeral 4º se entenderá que se refiere a la fuerza armada. En apoyo a la misma, se ha señalado que en la “*Declaración relativa a 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*”, instrumento que constituye una interpretación autorizada de los principios de la Carta, únicamente se hace referencia a la fuerza militar, confirmando la conclusión que el artículo 2, numeral 4º se refiere exclusivamente al uso de la fuerza - militar- armada.

¹⁴ Por ejemplo, un Estado podría argumentar la licitud de recurrir al uso de la fuerza para proteger derechos humanos en el territorio de otro o para ejercer un derecho, siempre que dicho recurso no afecte la integridad territorial o independencia política de otro Estado.

En nuestra opinión, concurrimos con José Luis Vallarta Marrón, al considerar que la prohibición establecida en la Carta de las Naciones Unidas es total, salvo las dos excepciones prescritas en la Carta, que más adelante desarrollaremos, ya que resulta inconcebible una amenaza o uso de la fuerza que no sea violatoria de la esencia de la Carta; esto es, de sus propósitos y principios.¹⁵

Además, reiteremos que la Carta de las Naciones Unidas es un tratado que debe “interpretarse de buena fe”, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, en el contexto de estos, y teniendo en cuenta el objeto y fin del instrumento¹⁶.

Excepciones a la prohibición del uso de la fuerza

La Carta de las Naciones Unidas establece dos excepciones a la prohibición del uso de la fuerza dispuesta en el cuarto numeral del artículo 2, mismas que abordaremos brevemente a continuación.

Legítima defensa

Ningún sistema de seguridad colectiva que prohibiere el recurso a la legítima defensa contra un Estado podría tener éxito.

¹⁵ VALLARTA MARRÓN, José Luis. *Derecho Internacional Público*. Facultad de Derecho, UNAM / Editorial Porrúa. México, D.F. 2006. pp. 331.

¹⁶ Respecto a la interpretación de un tratado internacional, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (adoptada el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331, establece que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Adicionalmente, el mismo artículo dispone que el contexto comprenderá, entre otros, el preámbulo y anexos.

Kelsen desarrolla lo anterior al precisar que la legítima defensa debe ser permitida aún dentro de un sistema de seguridad colectiva basada en un monopolio del ejercicio del uso de la fuerza. En efecto, la legítima defensa es una excepción a esta prohibición y debe ser un intervalo provisional entre un acto del uso ilegítimo de la fuerza, un acto de agresión y las acciones colectivas que la comunidad, a través de su órgano central, tomará como sanción en contra del uso ilegal de la fuerza.¹⁷

Para los efectos de este trabajo de investigación, la legítima defensa puede definirse como el uso legítimo de la fuerza, que satisfaga las condiciones prescritas por el Derecho Internacional, en respuesta a un uso ilegal de la fuerza previo.¹⁸

Cabe señalar que, si bien el Pacto de la Sociedad de Naciones estableció el deber de los Estados Miembros de asistir al Estado Miembro que ejerciera su derecho a la legítima defensa, la Carta de las Naciones Unidas es el primer instrumento jurídico internacional de alcance universal que reconoce expresamente, en el artículo 51, el derecho inmanente de los Estados de recurrir al uso de la fuerza en legítima defensa:

“Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que

¹⁷ Cfr. KELSEN, Hans. *Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations*. American Journal of International Law. Volumen 42 Numero 4 Octubre 1948. P. 784-785.

¹⁸ Cfr. DINSTEIN, Yoram. *War, Agression and Self-defense*. Tercera Edición. Cambridge University Press. Reino Unido, 2001. P. 175.

estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.¹⁹

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua*, así como en la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares,²⁰ claramente estableció que el derecho a la legítima defensa existe como un derecho inmanente²¹ bajo la Carta de las Naciones Unidas, así como bajo el derecho consuetudinario.

Es así que por primera vez se acota y limita el recurso a la legítima defensa “como respuesta a un ataque armado, no como una medida preventiva frente a una amenaza o sospecha de malas intenciones por parte de un potencial enemigo”.²²

Condiciones para ejercer el derecho a la legítima defensa

En virtud de que la Carta carece de estipulación expresa, la doctrina ha establecido ciertas condiciones a satisfacer para ejercer la legítima defensa:

- Que tenga por objeto rechazar un ataque armado,
- Que sea una reacción necesaria, proporcional e inmediata,²³
- Que sea provisional a la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

¹⁹ Carta de las Naciones Unidas. *Op. Cit.* Artículo 51.

²⁰ *Cfr. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Op. Cit.* P. 94. y *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)* [1996] I.C.J. Rep 245 P. 245 para 41.

²¹ De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* 2001, Academia Española. Vigésima segunda edición, Madrid. 2001. Inmanente significa que es inherente a algún ser o va unido de un modo inseparable a su esencia, aunque racionalmente pueda distinguirse de ella.

²² VALLARTA MARRÓN, José Luis. *Derecho Internacional Público. Op. Cit.* P. 335.

²³ Muchos autores sólo exigen la necesidad y proporcionalidad para ejercer el derecho. Nosotros somos de la postura de la necesidad de los tres requisitos. *Cfr. DINSTEN, Yoram. War, Agresion and Self-defense. Op. Cit.* P. 183. y *Cfr. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Op. Cit.* Para. 176. Señala “existe una norma específica con arreglo a la cual la legítima defensa sólo justifica medidas que sea proporcionales al ataque armado y necesarias para responder a él; se trata de una norma bien establecida en el Derecho consuetudinario.”

Respecto a la primera condición, en el caso *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia señaló que los Estados cuentan con el derecho a recurrir al uso de la fuerza armada únicamente en contra de un ataque armado.²⁴

En el contexto del ejercicio de la legítima defensa, la condición de “ataque armado” es la más controvertida, porque actualmente no existe una definición aceptada por la comunidad internacional para tal concepto.

Vallarta Marrón, hace un análisis respecto a este punto, en el cual se refiere al texto en francés de la Carta de las Naciones Unidas, misma que utiliza la expresión “*agresión armée*”, “[...] lo cual nos lleva a pensar que no cualquier uso ilegítimo de la fuerza armada es el ataque armado que, según la Carta de las Naciones Unidas, da pie a la legítima defensa; [sino] sólo una *agresión* que, según la definición de la Asamblea General [...] lleve aparejada la condición de que sólo un acto de cierta magnitud y gravedad puede ser base para el ejercicio de la *legítima defensa*”.²⁵

Un acercamiento a la definición del término agresión y su alcance fue otorgado por la Asamblea General en la Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974, en la cual uno de sus incisos señala que la agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

Por lo tanto y de acuerdo con Vallarta Marrón, para los efectos del artículo 51 de la Carta, no basta un uso ilegal de la fuerza para poder ejercer el

²⁴ Idem. Para. 94

²⁵ VALLARTA MARRÓN, José Luis. *Derecho Internacional Público. Op. Cit.* 336.

derecho a la legítima defensa, sino al ser víctima de una agresión armada “debe tener características, alcance o magnitud que justifique el uso de la fuerza [...]”.²⁶

La Corte Internacional de Justicia, apoya lo anterior al establecer que un ataque armado debe ser juzgado por su escala y efectos y que, además, deberá ser entendido como acciones de fuerzas armadas regulares.²⁷

En relación con la segunda condición, antes mencionada, es fundamental destacar que de conformidad con la costumbre internacional cualquier uso de la fuerza en el ejercicio de la legítima defensa deberá responder a un estado de necesidad, así como satisfacer los requisitos de proporcionalidad e inmediatez.²⁸

Por la expresión “estado de necesidad” *état de necessity* se designan los casos excepcionales en que la única forma que tiene un Estado de salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es, mediante el incumplimiento de otra obligación internacional momentáneo.²⁹

La necesidad de que un Estado recurra al uso de la fuerza presupone que todas las alternativas “pacíficas” han sido agotadas, que no existe un curso de acción alternativo o que éste resultaría inefectivo. Para algunos, la necesidad implica la existencia de un peligro inminente, como lo pueden ser ataques que han sido anunciados o movimientos militares que indican el ataque.

²⁶ Idem. P. 336.

²⁷ Cfr. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. *Op. Cit.* Para.195

²⁸ Cfr. JENNINGS, R.Y. *The Caroline and McLeod Cases*. The American Journal of International Law Volumen 32. Número 1 Enero, 1938. P. 89

²⁹ Cfr. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura de la Comisión de Derecho Internacional, en los trabajos del 53°. Período de Sesiones (23 abril – 1 junio y 2 julio – 10 agosto 2001) UN Doc A/56/10. Artículo 25.

De acuerdo con Brownlie, la esencia de la legítima defensa radica en el requisito de la proporcionalidad;³⁰ esto no quiere decir que una reacción por parte un Estado víctima de un ataque armado requiera simetría, sino que dicha reacción deberá implementarse en función de la escala y efectos del ataque en curso, de tal forma que, se evite hacer uso excesivo de la fuerza.

Un requisito intrínsecamente vinculado con los dos anteriores es el de la inmediatez, ya que entre mas tiempo pase entre un ataque armado y la correspondiente reacción, la circunstancia de estado de necesidad para recurrir al uso de la fuerza podría desaparecer. En otras palabras, no deberá existir una demora excesiva o innecesaria entre un ataque armado y el ejercicio de la legítima defensa.³¹

Al respecto vale la pena comentar que no todos los doctrinarios aceptan la inmediatez como un requisito para ejercer el recurso a la legítima defensa, algunos sostienen que la respuesta al ataque en la práctica no necesariamente debe ser tan inmediata como la teoría lo exige y esto se debe al tiempo que puedan tardar las negociaciones diplomáticas entabladas tanto por los Estados involucrados como por la comunidad internacional, además de la intención de lograr alcanzar una posible solución por la vía amigable, antes de recurrir al uso de la fuerza legal en legítima defensa.

Lo anterior no quiere decir, que justifiquemos largos periodos de tiempo entre el ataque armado y la respuesta, que solamente dan pie a una

³⁰ Cfr. BROWNLIE, Ian. *International law and the use of force by States*. Oxford University Press. Reino Unido, 1963. P. 249.

³¹ Cfr. DINSTEIN, Yoram. *War, Agression and Self-defense*. Op. Cit. P. 184 en inglés: "there must be no undue time-lag between the armed attack and the exercise of the right". A pesar de estar señalado en la Carta de las Naciones Unidas, actualmente, no existe una policía internacional colectiva que se encuentre lista en caso de un ataque armado para repeler la agresión. De tal forma, todo queda en manos del Estado agredido, quien tendrá que actuar (de acuerdo a los condiciones y requisitos señaladas anteriormente) por su cuenta, para no tener que esperar una respuesta judicial sobre el asunto para responder en consecuencia.

intervención militar con intenciones ajenas a un contraataque y que más bien encajarían en la figura de las represalias armadas proscritas por el Derecho Internacional.³²

La tercera condición para el ejercicio de la legítima defensa, se refiere a la temporalidad del ejercicio; es decir, los Estados podrán llevar a cabo medidas en contra de un ataque armado hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

La Carta de las Naciones Unidas impone, en el artículo 51, una obligación al Estado víctima de reportar inmediatamente al Consejo de Seguridad cualquier medida que lleve a cabo en el marco de la legítima defensa.³³

Así, el Estado debe enviar su informe al Consejo de Seguridad para que éste estudie los hechos y tome las medidas necesarias.³⁴ Éstas podrán aprobar retroactivamente el uso de la fuerza por parte del Estado agredido, solicitar el cese al fuego y retiro de las fuerzas armadas de la zona en la que se encuentran, declarar como agresor a quien está, supuestamente, ejercitando la legítima defensa o, incluso, establecer medidas de seguridad colectiva; referidas en el artículo 42 y en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.³⁵

³² "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV)" *Op. Cit.*

³³ También podemos encontrar esta obligación en tratados regionales, por ejemplo, el Tratado del Atlántico Norte, Washington 4 de abril 1949. UNTS 243, prevé en el artículo que la Organización actúe "en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y además señala que todo ataque armado de esta naturaleza y toda medida adoptada en consecuencia se pondrán inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad.

³⁴ Carta de las Naciones Unidas *Op. Cit.* Artículo 39.

³⁵ *Cf.* KELSEN, Hans. *The law of the United Nations*. The London Institutes of World Affairs. New York, EUA. 1951. P. 970.

Es así como el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas logra, por primera vez, la centralización del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales,³⁶ ya que a pesar de que el Estado será quien ejerza, por necesidad, un contraataque en el marco de la legítima defensa, finalmente será el Consejo de Seguridad el órgano encargado de controlar y definir cada actuación.³⁷

Legítima defensa colectiva

Conforme a la Carta de las Naciones Unidas, la legítima defensa podrá ser individual o colectiva, esto significa que cualquier miembro de las Naciones Unidas está autorizado para asistir con sus fuerzas armadas a un Estado agredido en contra del atacante inicial.³⁸

Lo anterior generó un debate doctrinal, sobre la permisión de la legítima defensa colectiva a Estados que no hayan sido afectados de alguna manera por el ataque armado.

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua* concluyó que, además de satisfacer las condiciones y requisitos ya señalados anteriormente, existen dos condiciones adicionales para el ejercicio colectivo de la legítima defensa. La primera es que el Estado que invoque el ejercicio a la defensa colectiva debe declararse víctima de un ataque armado; esto significa

³⁶ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas (Comentario teórico-práctico de la Carta)*. Op. Cit. P. 80.

³⁷ Cfr. KELSEN, Hans. *Principles of international law*. Fletcher School studies in International Affairs/ Rinehart & Company. Inc. New York, EUA. 1952. P. 44.

³⁸ Para profundizar sobre el tema de la legítima defensa colectiva ver: KELSEN, Hans. *Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations*. Op. Cit. P. 792.

que un tercer Estado no goza del derecho a ejercer legítima defensa colectiva en virtud de la su propia evaluación de un incidente internacional que involucre el uso de la fuerza. Segunda, la víctima deberá expresamente solicitar la asistencia en contra de la agresión, así la víctima será quien designe a los participantes en su defensa.³⁹

El reconocimiento de la naturaleza colectiva del derecho a la legítima defensa se refleja en varios tratados internacionales,⁴⁰ en los cuales se habla de una obligación para actuar y apoyar al Estado agredido; cuando, en principio, la obligación de enviar tropas debe ser decisión del Estado que apoya al agredido.

Remarcamos que, sólo el Consejo de Seguridad podrá autorizar las medidas de seguridad colectiva intencionadas para mantener la paz y seguridad internacionales que no estén justificadas en la legítima defensa de cualquier Estado, aunque el Consejo podrá, y en la práctica lo hace, autorizar a organizaciones regionales o colectivas tomar esas en su nombre.⁴¹

Cuestión de la legítima defensa preventiva

La existencia de un derecho de legítima defensa preventiva o anticipada, es decir el derecho a recurrir a la fuerza en legítima defensa antes

³⁹ Cfr. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*. *Op. Cit.* Para 199-200.

⁴⁰ Tratado del Atlántico Norte. *Op. Cit.* Artículo 5 "Art. 5. Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en América del Norte, se considerará como un ataque dirigido contra todas ellas y en consecuencia acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes así atacadas, adoptando seguidamente, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte.", Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, Río de Janeiro, 2 Septiembre 1947, 21 UNTS 324, artículo 3(1) "Las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado Americano, será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos, y en consecuencia, cada una de dichas Partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas." Carta de la Organización de los Estados Americanos, Bogotá 1948 UNTS 119, en el artículo 28, "Toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados americanos".

⁴¹ Carta de las Naciones Unidas. *Op. Cit.* Artículo 46: "Los planes para el empleo de la fuerza armada serán hechos por el Consejo de Seguridad con la ayuda del Comité de Estado Mayor".

que ocurra un ataque armado o para prevenirlo, es un tema controvertido en el que las opiniones divergen.

Como ya se ha mencionado, el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas permite el recurso del uso de la fuerza “en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas”; es decir, éste expresamente señala como requisito para ejercer la legítima defensa la existencia de un ataque armado, sin hacer alusión a una amenaza.

Como ya mencionamos las opiniones doctrinales se encuentran divididas, de un lado por aquellos doctrinarios que apoyan la existencia y legalidad de este derecho. Ellos argumentan que sería irracional e ilógico requerir a un Estado que espere la materialización de un ataque armado para recurrir a la fuerza en el ejercicio de la legítima defensa; con la salvedad de que el ataque sea claramente inminente y que el daño que pudiere provocar sea tan grande que la acción defensiva resultare esencial.⁴²

Del otro lado, los oponentes a este derecho preventivo hablan sobre el peligro que podría derivar de la autorización de un ataque preventivo como ejercicio de legítima defensa anticipada, ya que éste solo estaría basado en una valoración unilateral hecha por el Estado que ejerce la legítima defensa, que en última instancia puede o no materializarse⁴³. Los partidarios de esta postura en respuesta a la inminencia del ataque señalan que cualquier Estado podrá actuar “legalmente” al ejercer la legítima defensa, desde el momento en el que el

⁴² Cfr. O. SCHACHTER, “*The right of States to Use Armed Force*”, citado en DUFFY, Helen. *The war on terror and the framework of Internacional law*. Editorial Cambidge University Press. Reino Unido, 2005. P. 154.

⁴³ Cfr. DUFFY, Helen. *The war on terror and the framework of Internacional law*. Op. Cit. P. 155.

ataque armado realmente inicie, es decir al primer indicio o movimiento, el Estado que responde estará legitimado para actuar más no antes.⁴⁴

Al respecto, nosotros defendemos la postura respecto a la inexistencia de ese derecho, ya que consideramos que sale de la esfera de la legalidad, y que la simple idea del derecho implicaría una violación directa a la prohibición general del uso de la fuerza incorporado en la Carta de las Naciones Unidas. No por ello consideramos que un Estado carezca del derecho a defenderse fuera de su territorio, pero no como medida preventiva o anticipada, sino como acto de defensa frente a un agresor que ya no es potencial sino real.

El Consejo de Seguridad: Uso de la fuerza para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

En una situación en la que la legítima defensa resultara injustificada, el único uso legítimo de la fuerza sería el ordenado por el Consejo de Seguridad.

El capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, otorga amplios poderes al Consejo de Seguridad para, en primer lugar, determinar la existencia de una posible amenaza a la paz, quebrantamientos de la paz o acto de agresión y, en segundo lugar, emitir resoluciones que autoricen medidas de seguridad de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.⁴⁵

⁴⁴ Idem. P. 155.

⁴⁵ Carta de las Naciones Unidas. *Op. Cit.* Artículo 39.

Estas medidas, con carácter de coercitivas, podrán ser de dos tipos: las comprendidas en el artículo 41 de la Carta, que no impliquen el uso de la fuerza; por ejemplo, interrupción total o parcial de las relaciones económicas de los medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas⁴⁶ y las que impliquen el uso de la fuerza armada comprendidas en el artículo 42 del mismo instrumento.

El lenguaje utilizado en las resoluciones del Consejo de Seguridad bajo Capítulo VII puede ser recomendatorio o mandatorio. Cuando el lenguaje es mandatorio, la resolución es jurídicamente vinculante y obligatoria para todos los miembros de las Naciones Unidas, en virtud del artículo 25 de la Carta.

De conformidad con el artículo 43 de la Carta, para mantener la paz y seguridad internacionales, los Estados se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad las fuerzas armadas, la ayuda y facilidades, incluso el derecho de paso. En la práctica, los Estados no han logrado poner a disposición sus ejércitos. Por esta razón, actualmente, el Consejo de Seguridad autoriza a los Estados miembros a emplear el uso de la fuerza para cumplir ciertos objetivos.⁴⁷

⁴⁶ Si el Consejo de Seguridad estima que las medidas de que trata el artículo 41 de la Carta son inadecuadas o han demostrado serlo, podrá hacer uso de la fuerza armada para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

⁴⁷ Por ejemplo, el 22 de junio de 1994, conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y en virtud de la resolución 929 (1994) del Consejo de Seguridad, el Consejo autorizó a los Estados Miembros para que realizaran la operación haciendo uso de todos los medios necesarios y lograr así sus objetivos humanitarios. A no ser que la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas a Rwanda (UNAMIR) pudiera realizar su mandato antes que ellos, la operación tendría una duración máxima de dos meses. Los Estados Miembros interesados cubrirían los gastos de la puesta en práctica de la operación. La iniciativa francesa se puso en marcha el 23 de junio de 1994 con el nombre de Operación Turquesa. Países contribuyentes, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, el Brasil, el Canadá, el Chad, el Congo, Djibouti, Egipto, España, Etiopía, la Federación de Rusia, Fiji, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, la India, Jordania, Kenya, Malawi, Malí, el Níger, Nigeria, los Países Bajos, el Pakistán, Polonia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Eslovaca, Rumania, el Senegal, Suiza, el Togo, Túnez, Uruguay, Zambia y Zimbabwe. Fuente: http://www.un.org/spanish/Depts/dpko/dpko/co_mission/jun_sep.htm. Además, 21 de febrero de 2007, el Consejo de Seguridad en virtud de la resolución 1744 (2007) autorizó el establecimiento de una misión de paz de la Unión Africana en Somalia con el objetivo de ayudar a estabilizar al país, además de respaldar el diálogo y la reconciliación nacional. La resolución, adoptada unánimemente por los 15 miembros del Consejo, otorga a la misión – que recibirá el nombre de AMISOM– un mandato inicial de seis meses e incluye medidas para garantizar el libre movimiento y la protección de los actores involucrados en el proceso político. Fuente: <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=8865>.

Finalmente, vale señalar que el Consejo de Seguridad, órgano político, cuenta con un amplio margen discrecional para determinar la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión,⁴⁸ así como para decidir cuales medidas son necesarias para el restablecimiento de la paz y seguridad internacionales, y cuales serán dictadas bajo Capítulo VII.⁴⁹

Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados.

Una vez que se recurre al uso la fuerza, el conjunto de normas aplicables son las dispuestas por Derecho el Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, que rige la conducción de las hostilidades. En este capítulo expondremos, brevemente, el marco jurídico aplicable, para el posterior estudio del caso del conflicto armado en Afganistán.

El Derecho Internacional humanitario es parte integrante del Derecho Internacional positivo. Antes se conocía como leyes y usos de la guerra o *ius in bello*.

Swinnarski define al Derecho Internacional humanitario como el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, destinadas a ser aplicadas durante los conflictos armados internacionales y no internacionales y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflictos a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra

⁴⁸ Vale mencionar que actualmente no existe definición de esos tres conceptos, lo cual da un margen de actuación aún mayor al Consejo de Seguridad para la imposición de medidas bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

⁴⁹ La amenaza a la paz, quebrantamiento a la paz o agresión, no deben ser necesariamente un asunto entre Estados; en la práctica, el Consejo de Seguridad ha determinado que diversas circunstancias internas pueden constituir una amenaza para la paz. Por ejemplo, la Misión de las Naciones Unidas en Haití (UNMIH) es establecida por el Consejo de Seguridad en 1993 para apoyar la modernización del ejército y la creación de un nuevo cuerpo policial, pero los golpistas, impidieron el despliegue de la misión. En 1994, las fuerzas multinacionales restauran el gobierno legítimo y UNMIH entra de nuevo en vigor para garantizar la seguridad, crear el cuerpo profesional de la policía nacional y propiciar las condiciones para montar unas elecciones imparciales. Sustituyéndola por UNSMIH, UNTMIH, MIPONUH sucesivamente. Los países contribuyentes, Argelia, Bangladesh, Canadá, Djibouti, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Francia, Malí, los Países Bajos, el Pakistán, el Togo y Trinidad y Tobago.

o que protege a las personas que participan o han dejado de participar en las hostilidades y a los bienes afectados, por el conflicto.⁵⁰

Notamos que la anterior definición limita la protección a las personas que participan o han dejado de participar en las hostilidades. En ese sentido, consideramos que podríamos completarla al incluir dicha protección de la población civil, en virtud de que éstos son actores pasivos o víctimas potenciales en un conflicto y definitivamente conforman un sector protegido por el Derecho Internacional humanitario.

A partir de 1949, el *corpus* del Derecho Internacional humanitario se ha enriquecido, desarrollado y actualizado constantemente. El pilar del mismo lo constituyen los cuatro convenios multilaterales, los cuales establecen las reglas expresamente reconocida por la mayoría de los Estados y son reflejo de la costumbre internacional, conocidos como Convenios de Ginebra: El Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Primer Convenio); el Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Segundo Convenio); el Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Tercer Convenio); y el Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Cuarto Convenio). Además, existen dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, de 1977: Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; y Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional.⁵¹

⁵⁰ Cfr. SWINNARSKI, Christopher. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CICR. San José, Costa Rica, 1994. P.11.

⁵¹ Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949 (Primer Convenio de Ginebra), 75 UNTS 31, en vigor desde el 21 de octubre de 1950; Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas

En ese entendido y siguiendo lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho aceptados son también fuente del Derecho Internacional humanitario. Como fuente secundaria, se encuentran las decisiones judiciales, por ejemplo de los tribunales de Naciones Unidas *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y Rwanda⁵² en las cuales se interpreta el Derecho Internacional humanitario y su aplicación en casos específicos. Y finalmente la doctrina, fuente auxiliar para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Aplicación del Derecho Internacional humanitario

Las reglas para la aplicación del Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados las encontramos en el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el cual prevé que los Convenios se aplicarán en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varios Estados parte, aún cuando uno de ellos no haya

en el mar del 12 de agosto de 1949 (Segundo Convenio de Ginebra), 75 UNTS. 85, en vigor desde el 21 de octubre de 1950; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (Tercer Convenio de Ginebra), 75 UNTS. 135, en vigor desde el 21 de octubre de 1950; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra del 12 de agosto de 1949 (Cuarto Convenio de Ginebra), 75 UNTS 287, en vigor desde el 21 de agosto de 1950. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) del 8 de junio de 1977, 1125 UNTS 3, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978. Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra del 12 Agosto de 1949, y relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales (Protocolo II), 1125 UNTS 609, entrado en vigor el 7 de Diciembre de 1978. Aunque de conformidad con la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. *Op. Cit.* P. 256 Para. 75 señala que "dentro de las 'leyes y costumbres de la guerra' se consideran, entre otros, las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, la Declaración de San Petersburgo de 1864, la Declaración de Bruselas de 1874, El Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra en Tierra de la Conferencia de la Haya de 1898 y las Convenios de Ginebra (1864, 1906, 1929 y 1949) y los dos Protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra adoptados en 1977". Además de los textos y tratados relativos al Derecho Internacional humanitario, por ejemplo, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados del 10 de octubre de 1980; 1342 UNTS 137, Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción del 18 de septiembre de 1997, 36 ILM 1507 (Tratado de Ottawa).

⁵² International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (*ICTY* por sus siglas en inglés) establecido mediante la resolución del Consejo de Seguridad 827 (1993) del 25 de mayo de 1993. UN Doc S/RES/827(1993) y International Criminal Tribunal for Rwanda establecido mediante resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994) adoptada el 8 de noviembre de 1994. UN Doc S/RES/955(1994).

reconocido el estado de guerra. Así como en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado parte, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.

Queremos hacer notar que, a pesar de que los Convenios señalan en el caso de guerra declarada, para efectos de aplicación del Derecho Internacional humanitario la palabra “guerra” ha sido reemplazada por el término “conflicto armado” a fin de lograr su aplicación en situaciones mucho más variadas; ya que la característica esencial de cualquier conflicto armado, internacional o no internacional, es el recurso de la fuerza entre dos o más partes identificables.

Actualmente, el Derecho Internacional humanitario, no define el término “conflicto armado”. Al respecto, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el *caso Tadić*, señaló que existe un conflicto armado cuando se ejerce el recurso a la fuerza armada entre Estados o violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado.⁵³

El mismo artículo 2 común a los Convenios de Ginebra señala que si uno de los Estados en conflicto no es parte de los mismos, aquel Estado que si lo sea, estará obligado por ellos en sus relaciones recíprocas, así como con aquella potencia que no sea parte, si ésta acepta y aplica sus disposiciones.

Respecto a la aplicación temporal del Derecho Internacional humanitario, ésta iniciará desde el comienzo del conflicto armado extendiéndose más allá del cese de las hostilidades hasta el cierre general de

⁵³ *Prosecutor v. Dusko Tadić* (Decisión on the defense for interlocutory appeal on jurisdiction) caso No. ICTY-94-1-AR72, (Appeals Chamber), 2 October 1995. Párrafo 70.

las operaciones militares o hasta que se instaure una paz general. En el caso de los conflictos internos hasta que se logre un arreglo pacífico.⁵⁴

En relación con la aplicación territorial, será en todo el territorio de los Estados beligerantes en conflicto o en el caso de conflictos no internacionales será en todo el territorio bajo el control de un Estado, independientemente de que se libren combates o no.⁵⁵

Ya que contamos con los ámbitos de aplicación, debemos comentar que los conflictos armados se pueden calificar de acuerdo a la participación de las partes identificables, esto es, puede ser un conflicto armado internacional, no internacional o incluso un conflicto armado internacionalizado.

Conflicto armado internacional

Un conflicto armado internacional surge cuando un Estado dirige fuerzas armadas o una intervención de miembros de la fuerza armada a otro Estado, independientemente de su duración o intensidad.

El citado caso *Tadić* señala que un conflicto armado será considerado internacional cuando un Estado o varios Estados intervienen en un conflicto no internacional, a través del envío de sus tropas al otro Estado, ya sea por invitación del Gobierno del Estado o de la parte rebelde; al tener otros participantes actuando en su nombre o al otorgar soporte directo a las operaciones militares por una de las partes.⁵⁶

⁵⁴ Artículo 6 del Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra *Op. Cit.*, aunque en el artículo 118 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra del *Op. Cit.* señala, hasta el cese de actividades hostiles.

⁵⁵ En el caso *Prosecutor v. Dusko Tadić. Op. Cit. Para. 70* señala que incluye tierra, ríos y espacio aéreo.

⁵⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadić. Op. Cit. Para. 137-140.*

A partir la década de los setenta, las guerras de autodeterminación en contra de dominaciones coloniales, fueron incluidas, igualmente dentro del rubro de conflicto armado internacional.⁵⁷

Este tipo de conflicto, será el ámbito de estudio del presente trabajo, por lo que los principios que más adelante expondremos serán aplicables a los conflictos armados internacionales.

Conflicto Armado no internacional

Los elementos constitutivos de la definición que constan en el Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales se enlistan a continuación:

- un conflicto que tiene lugar en el territorio de un Estado,
- por fuerzas armadas de ese Estado que se oponen a otras fuerzas armadas o grupos armados identificables que no reconocen su autoridad o grupos armados entre sí,⁵⁸
- quienes están bajo el mando de una autoridad responsable y
- ejercen un dominio sobre una parte del territorio de dicho Estado que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concentradas, y aplicar las disposiciones de Derecho humanitario del Protocolo II.

⁵⁷ Los movimientos de liberación están protegidos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.* Artículo 1.4.

⁵⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (adoptado el 1 de julio de 1998; entró en vigor el 1 de julio de 2002) UN DOC A/CONF.183/9. Artículo 8.2.f.

Esta clase de conflicto está sujeto a un régimen mucho más limitado en cuanto a tratados se refiere. En primer lugar, cuentan con la protección del artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, relativo a los conflictos no internacionales, el cual consiste en un conjunto de garantías mínimas de trato humano que el Derecho pueda otorgar a las víctimas de conflictos armados en cualquier tiempo y lugar y prohibiciones a los combatientes.

El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales expande las provisiones aplicables a los conflictos no internacionales; ya que contiene provisiones mucho más detalladas respecto de las garantías, trato de heridos y enfermos y la protección a la población civil. Sin embargo, este Protocolo aplica solamente a los Estados que hayan, ratificado o adherido, a diferencia del artículo 3 común reconocido como costumbre internacional.

Para los efectos del Protocolo anteriormente señalado, no son considerados como conflicto armado no internacional las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que carecen del carácter de conflictos armados⁵⁹.

Conflicto armado internacionalizado

El término conflicto armado internacionalizado describe hostilidades internas que se convierten en internacionales. Algunas de las circunstancias

⁵⁹ Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales *Op. Cit.* Artículo 1. 2.

que pueden dar lugar a esa internacionalización son numerosas y, por lo general, complejas.

La expresión conflicto armado internacionalizado incluye las guerras entre dos facciones internas respaldadas por Estados diferentes, las hostilidades directas entre dos Estados extranjeros que intervienen militarmente en un conflicto armado interno respaldando a grupos enemigos y las guerras en que se produce una intervención extranjera para apoyar a un grupo rebelde que lucha contra un Gobierno establecido.⁶⁰

La dificultad de estos conflictos, radica en que aunque los conflictos armados internacionalizados tienen características especiales que los diferencian de los internacionales como de los internos, no existe absolutamente ninguna base para una normativa intermedia entre el Derecho aplicable en los conflictos armados internos y el que rige las guerras internacionales.

Por lo tanto, la aplicación del Derecho Internacional humanitario en los conflictos armados internacionalizados implica caracterizar los enfrentamientos como totalmente internacionales o totalmente no internacionales, en función de las diversas pruebas establecidas en los Convenios de Ginebra, sus Protocolos y el Derecho Internacional consuetudinario.

Aspectos específicos del Derecho Internacional humanitario.

⁶⁰ D. SCHINDLER, "*El Derecho Internacional humanitario y los conflictos armados internos internacionalizados*", Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR), No. 53, 1982, p. 279. Algunos de los conflictos armados internos internacionalizados más evidentes de la historia reciente son la intervención de la OTAN en el conflicto armado entre la República Federativa de Yugoslavia y el Ejército de Liberación de Kosovo en 1999 y la intervención iniciada en agosto de 1998 por Rwanda, Angola, Zimbabwe, Uganda y otros países, en apoyo de las partes enfrentadas en el conflicto armado interno de la República Democrática del Congo.

Los siguientes aspectos a tratar son reglas relevantes para la futura evaluación de las acciones militares actuales derivados de los principios generales de aplicación del Derecho Internacional humanitario

Objetivo militar: principio de distinción y proporcionalidad.

El Derecho humanitario regula quien y qué puede ser un objetivo militar legítimo durante un conflicto armado y para ello las actuaciones se basan en los principio de distinción y de proporcionalidad.

En este sentido, será considerado como ataque ilegal, aquel dirigido específicamente contra civiles u objetos civiles,⁶¹ lanzado indiscriminadamente sin distinción entre objetivos militares o civiles, dirigido a objetivos militares, si está previsto que vaya a causar daño a civiles u objetos civiles, desproporcionado, en relación a la ventaja militar prevista al momento del lanzar el ataque.⁶²

Por lo tanto, los objetivos militares serán los únicos legítimos; siendo los combatientes los más obvios dentro de un conflicto armado⁶³.

De acuerdo con el artículo 52. 2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, los combatientes son generalmente entendidos como miembros de las fuerzas armadas que toman parte en las hostilidades son objetivos militares los que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización

⁶¹ Artículo 48 del Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.*

⁶² *Idem.* Artículo 51

⁶³ Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra *Op. Cit.* Artículo 4A .1, 2, 3 y 6 y Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.* El artículo 43 señala quienes son los miembros de las fuerzas armadas y quienes tienen derecho a la condición de combatiente, y por lo tanto derecho a participar en las hostilidades.

contribuyen eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Los combatientes no sólo incluyen aquellos que forman parte de las listas de las fuerzas armadas militares regulares, sino que también pueden comprender aquellos grupos o fuerzas armadas irregulares, siempre y cuando cumplan con la condiciones previstas en el artículo 4.A.2 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, el cual requiere que estén mandados por una persona que responda de sus subordinados; tengan un signo distintivo fijo reconocible a distancia; lleven las armas a la vista; y dirijan sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

Asimismo, los Convenios de Ginebra señalan aquellos objetivos exentos de ser considerados legítimos. Esto se refiere a, personas que acompañen a las fuerzas armadas, como médicos⁶⁴, personal religioso, miembros del gobierno, políticos, así como combatientes que se encuentren heridos o enfermos y por tanto imposibilitados para tomar parte en las hostilidades, tales como náufragos o individuos lanzados en paracaídas de una aeronave en peligro o combatientes que se haya rendido⁶⁵.

En ese sentido, el artículo 50 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales señala que serán considerados civiles aquellos no

⁶⁴ Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. *Op. Cit.* Artículo 33.

⁶⁵ Primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. *Op. Cit.* Artículo 12; Segundo Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. *Op. Cit.* Artículo 12 y Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.* Artículos 40-42.

comprendidos en la clasificación de combatientes, ya sea fuerza armada regular o irregular, a menos que las personas decidan tomar parte activa y directa en las hostilidades.⁶⁶ Además, el mismo artículo indica que se deberá presumir la calidad de civil, en caso de surgir duda entre si es combatiente o no.

Por lo tanto, cualquier ataque dirigido contra civiles está prohibido, no solo cuando es deliberadamente dirigido hacia ellos, sino también cuando éste es indiscriminado y desproporcionado⁶⁷.

Por indiscriminado se entenderá aquel ataque que no es dirigido específicamente a los objetivos militares, sino que sólo se lanza sin distinción. Mientras que, un ataque desproporcionado se refiere a aquel dirigido a objetivos militares que no debieran ser atacados, en virtud de que se considera que el mismo causaría incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas y que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista⁶⁸.

Protección humanitaria

El Derecho Internacional humanitario regula, además de la conducta durante las hostilidades en el campo de batalla, la protección de las personas que caen en manos del enemigo, la cual puede ser clasificada en: personas civiles, personas protegidas y prisioneros de guerra.

⁶⁶ Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.* Artículo 51.3.

⁶⁷ *Prosecutor v. Stanislav Galić* (Judgement and Opinion) caso No. ICTY-98-29-T (Trial Chamber 1), 5 diciembre 2003. Párrafo 44 señala que esta prohibición no acepta excepción, de tal forma en la sentencia se rechazó expresamente la sugerencia de que esa regla podría ser derogada en caso de necesidad militar.

⁶⁸ Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.* Artículo 51.5.b y 57.

Antes de desarrollar tales categorías, debemos recordar que existe un estándar mínimo de trato humano aplicable a todas las personas arriba señaladas, dispuesto en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el cual prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Víctimas civiles

Esta categoría se encuentra protegida especialmente por el Cuarto Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

Tal como lo señalamos anteriormente, el artículo 50 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales señala que se considera como civil a toda persona que no sean considerada combatiente, ya sea regular o irregular. La protección de los civiles se amplía a los bienes de carácter civil, mismos que definen como todo los objetos que no sean objetivos militares.⁶⁹

⁶⁹ Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.* Artículo 52.

Esta categoría de protección incluye, además, a los extranjeros, los refugiados y a los apátridas, así como a las personas que estén en situación de resistencia forzosa o de internamiento.⁷⁰

El Derecho Internacional humanitario otorga a la población civil el derecho a beneficiarse en cualquier momento y sin discriminación alguna, de las garantías fundamentales; mismas que, protegen a la población civil de los atentados contra la vida, la salud, el bienestar físico y mental, el homicidio, la tortura de cualquier clase, atentados contra su dignidad, tratamientos humillantes y degradantes o contra el pudor.

Además, esta categoría tiene derecho, en cualquier circunstancia, al respeto a su persona, a su honor, a sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y costumbres; a ser tratados en todo momento con humanidad y ser protegidos contra cualquier acto de violencia o intimidación⁷¹.

Por otro lado, los Estados tienen prohibida la toma de rehenes, los castigos colectivos e incluso la amenaza de cometer actos contra la población civil. Además, existe una obligación para los Estados Parte, en el caso que correspondiera, a asegurar a los miembros de población civil de gozar de un procedimiento judicial basado en el principio de la información sin demora al acusado acerca de los detalles de la infracción que se le atribuya, la presunción de inocencia, la irretroactividad de las leyes, la ausencia de coacción para obtener confesiones y la publicidad de los debates.⁷²

⁷⁰ Cuarto Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. *Op. Cit.* Artículo 41 y 78.

⁷¹ *Idem.* Artículo 27

⁷² Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.* Artículo 75

Personas Protegidas

De acuerdo con el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, y el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, se entenderán como personas protegidas a los heridos y los enfermos; es decir, las personas militares que necesitan asistencia y que se abstienen de involucrarse en los actos de hostilidades.

Dentro de esta categoría, podemos incluir a los náufragos⁷³, las unidades sanitarias⁷⁴, transportes sanitarios⁷⁵ y personal sanitario⁷⁶.

Los Estados parte, tienen una obligación positiva respecto de las personas protegidas, establecida en el Primer Convenio de Ginebra, de buscar y recoger enfermos y heridos⁷⁷, así como de protegerlos y proveer personal médico y equipo para cuidarlos y atenderlos médicamente⁷⁸. Con lo anterior, se garantiza, el derecho a un trato humano a cualquier persona fuera de combate.

Prisioneros de guerra

⁷³ Idem. Artículo 12.

⁷⁴ Es decir los edificios o establecimientos, fijos o móviles, como hospitales, centros de transfusión de sangre, almacenes de material sanitario, hospitales de campaña, tiendas de campaña sanitarias. Primer Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. *Op. Cit.* Artículo 12 y Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.* Artículos 8, 9 y 12.

⁷⁵ Es decir, el transporte destinado exclusivamente, en forma permanente o temporal, al traslado por tierra, por agua y por aire de los enfermos, heridos y náufragos, así como de personal sanitario o religiosos.

⁷⁶ Personal militar o civil dedicado exclusivamente en forma permanente o temporal a fines sanitarios (médicos, camilleros, etc.) o a la administración y al funcionamiento de unidades sanitarias o del transporte sanitario (choferes, cocineros, etc) y respecto al personal religioso, serán protegidos solo las personas que se dedican exclusivamente a su ministerio, como sacerdotes.

⁷⁷ Primer Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. *Op. Cit.* Artículo 15.

⁷⁸ Primer Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. *Op. Cit.* Artículo 12 y 15, Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Op. Cit.* Artículo 10 y Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales. *Op. Cit.* Artículo 7.

El Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra tiene por finalidad proteger a la tercera categoría de personas protegidas llamada prisioneros de guerra. Esa condición fue complementada más tarde con lo señalado en los artículos 43 y 44 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

Del artículo 4 del Tercer Convenio se desprende que será prisionero de guerra todo miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, es decir, todo combatiente que caiga en poder de la Parte adversa.

Además de los miembros de las fuerzas armadas regulares de las Partes en conflicto, sin importar si pertenecen a un gobierno reconocido o no, tendrán derecho a esta condición: los miembros de las fuerzas armadas irregulares, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados en el artículo 4 del Segundo Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. También, los participantes en un levantamiento en masa, es decir la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, toma espontáneamente las armas para combatirlo, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si llevan las armas a la vista y si respetan las leyes y las costumbres de la guerra.

Asimismo, las personas autorizadas a seguir las fuerzas armadas sin formar parte integrante de las mismas, tales como corresponsales de guerra o integrantes de la tripulación aérea, tienen derecho a esa condición.

Por añadidura, en los Convenios de Ginebra se otorga trato de prisionero de guerra, sin conceder la condición oficialmente, a las personas detenidas en los territorios ocupados por razón de su pertenencia a las fuerzas

armadas del país ocupado, a los internados militares en país neutral y a los miembros del personal médico y religioso no combatiente, que forman parte de las fuerzas armadas.

El régimen de protección de los prisioneros de guerra protege a estas categorías de personas por lo que respecta a su seguridad, a las condiciones físicas y morales de su existencia, a sus derechos y a su trato por parte del Estado detentor.

Entre las principales prerrogativas de los prisioneros de guerra incluidas en el Tercer Convenio de Ginebra encontramos que, no deberán ser expuestos inútilmente a peligros en espera de su evacuación fuera de la zona de combate; podrán ser internados sólo en establecimientos situados en tierra firme que ofrezcan toda garantía de higiene y salubridad; no podrán ser enviados a una zona de combate para que, por su presencia, esa zona quede protegida contra operaciones bélicas del enemigo.

Además, los prisioneros de guerra tienen derecho a que el Estado detentor les proporcione todo lo necesario para garantizarles alojamiento, alimentación y ropa; deberá atender a sus necesidades higiénicas y de asistencia médica; y deberá otorgarles el derecho a practicar su religión u a desplegar actividades intelectuales y deportivas, así como a recibir y enviar correspondencia y recibir socorros. El Estado detentor no podrá lucrar con su trabajo y deberá, en cambio, proporcionarles ciertos recursos pecuniarios.

En cuanto a las sanciones que se les puedan aplicar, los prisioneros de guerra están sometidos a las leyes y a los reglamentos vigentes en las fuerzas armadas del Estado detentor, es decir que, en el ámbito de las sanciones

judiciales y disciplinarias, deben ser tratados del mismo modo que los soldados y los oficiales de ese Estado.

Los prisioneros de guerra, tendrán derecho a ser juzgados únicamente por los tribunales militares a no ser que en la legislación del Estado detenedor se autorice expresamente a ser juzgado por tribunales civiles. Además, no serán sujetos a cualquier coerción para obtener información y tendrán derecho a sólo revelar su nombre, fecha de nacimiento y posición dentro de las fuerzas armadas.

Finalizadas las hostilidades, los prisioneros de guerra tendrán derecho a ser repatriados. Los que estén enfermos o heridos pueden ser repatriados antes de que finalicen las hostilidades, a condición de que no vuelvan a prestar servicio militar activo. Por último, los prisioneros conservan algunas facultades de actuar en materia civil, por ejemplo la de hacer testamento.

1 Capítulo 2. Terrorismo Internacional

1.1. El crimen de terrorismo

1.1.1. Antecedentes

La palabra terrorismo, que significa "bajo el terror", fue usada como discurso político por primera vez en el siglo XVIII en Francia, durante el llamado "reinado del terror" dirigido por Maximilien Robespierre, con la implementación, por parte del Gobierno jacobino, de un sistema de intimidación y represión.⁷⁹

La idea de terrorismo como un instrumento de control estatal continuó hasta finales de la Segunda Guerra Mundial. Por ejemplo, Bismarck ejerció un control social en Prusia a través del terror generado por el ejército; los alemanes nazis impusieron un reinado del terror por toda Europa; y Stalin gobernó la URSS a través terror.⁸⁰

De igual forma, el término terrorismo se utilizó para referirse a las prácticas de actores no estatales. En Europa, a finales del siglo XIX, los partidarios del anarquismo, realizaron ataques terroristas contra altos mandatarios e incluso contra ciudadanos corrientes. Una víctima notable fue la Emperatriz Isabel, esposa de Francisco José I, asesinada por un anarquista italiano en 1898. En los Balcanes, étnicos separatistas, asesinaron al

⁷⁹ Cfr. YOUNG, Reuven. *Defining terrorism: the evolution of Terrorism as a legal concept in International law and its influence on definitions in domestic legislation*. Boston College International and Comparative Law Review. Volumen 29. Invierno, 2006. Para. 27.

⁸⁰ Cfr. SAUL, Ben. *Defining terrorism in International law*. Editorial Oxford, University Press. EUA, 2006. P. 2.

archiduque Francisco Fernando de Habsburgo en Sarajevo en 1914, acto que precipitó el estallido de la Primera Guerra Mundial.⁸¹

El atentado de Sarajevo detonó la preocupación de la comunidad internacional ante la internacionalización del fenómeno del terrorismo. A través de la celebración de varias conferencias internacionales⁸² se iniciaron las negociaciones para impulsar la prevención y represión de los actos y actividades terroristas mediante el Derecho Internacional.

Uno de los sucesos que impulsó la iniciación de trabajos para la elaboración de un tratado multilateral que sentara las bases jurídicas para la prevención y represión del terrorismo, a instancias de Francia, en la Conferencia celebrada en 1935 en Copenhague,⁸³ fue el atentado del 9 de octubre de 1934 en Marsella, en el cual perdieron la vida el rey Alejandro I de Yugoslavia y el Ministro de Asuntos Exteriores y antiguo Presidente del Consejo de la Republica Francesa, Luois Barthou.⁸⁴

Después de la Segunda Guerra Mundial el terrorismo utilizó los recientes desarrollos tecnológicos. El secuestro de aviones civiles era una actividad relativamente común. Es por ello que la comunidad respondió mediante la elaboración de una serie de tratados que, en conjunto, incrementaban la seguridad en la aviación y reducía la incidencia de atentados contra los aviones y pasajeros.⁸⁵

⁸¹ Cfr. YOUNG, Reuven. Defining terrorism: the evolution of Terrorism as a legal concept in International law and its influence on definitions in domestic legislation. Op. Cit. para. 32.

⁸² En Varsovia 1927, Bruselas 1930, París 1931 y Madrid 1933; en esta última se propuso la definición de terrorista social como: aquel que emplea medios calculados para aterrorizar a la población con el fin de destruir la organización social.

⁸³ Cfr. SERRANO FIGUEROA, Rafael. *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*. Editorial Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho. México, 2002. P. 100

⁸⁴ Cfr. ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín. *Las actividades Terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*. Editorial Tecnos. España, 2000. P. 28.

⁸⁵ Cfr. SERRANO FIGUEROA, Rafael. *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*. Op. Cit. P. 105

El terrorismo de los años noventa se distingue por estar motivado por una mezcla entre afiliación religiosa, ideología política y metas geopolíticas. Sin embargo, el terrorismo que vivimos actualmente es una amenaza latente para la sociedad, ya que sus, instrumentos, métodos y consecuencias son cada vez mas innovadoras, difíciles de detectar y con consecuencias excesivas.⁸⁶

1.1.2. Problema respecto a una posible definición del crimen de terrorismo

Desde principios de los años treinta la comunidad internacional ha mostrado esfuerzos por lograr un consenso respecto de una definición universalmente aceptada del terrorismo, ya que ésta sería una herramienta útil para alcanzar la legitimidad y eficacia del Derecho Internacional Público en la 'lucha contra el terrorismo'.

El problema respecto del terrorismo no radica en la imposibilidad de definirlo, ya que de 1936 a 1981 se han creado al menos 109 definiciones del crimen de terrorismo⁸⁷, sino en la objetividad y consenso de la misma.

Como primer manifestación de interés de la comunidad internacional para adoptar una definición global de terrorismo encontramos que, como resultado de la Cuarta Conferencia celebrada en Copenhague en 1935, el 16 de noviembre de 1937, en Ginebra, se adoptó la Convención para la prevención y represión del terrorismo, siendo éste el primer instrumento que definía al crimen

⁸⁶ Cfr. YOUNG, Reuven. Defining terrorism: the evolution of Terrorism as a legal concept in International law and its influence on definitions in domestic legislation. Op. Cit. Para. 29.

⁸⁷ Cfr. CASSESE, Antonio. *Internacional Criminal Law*. Editorial Oxford. University Press. Reino Unido, 2003. P. 120.

de terrorismo como: todo acto criminal dirigido contra un Estado cuya intención es crear un estado de terror en la mente de particulares o grupos del público en general.⁸⁸

Tal Convención tenía un campo muy restringido, ya que reprimía los actos de terrorismo efectuados directamente contra los Jefes de Estado. Desafortunadamente, “debido a la situación histórica y la fragilidad de las relaciones internacionales en ese momento, no logró entrar en vigor”.⁸⁹

Años más adelante, en 1972, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kurt Waldheim, incluyó en la agenda de la Asamblea General el tema "Medidas para prevenir el terrorismo y otras formas de violencia que arriesguen la vida de personas inocentes o pongan en peligro las libertades fundamentales".⁹⁰ A pesar de la oposición y debate de varios Estados, la Asamblea logró asignar el tema del terrorismo internacional a la Sexta Comisión, encargada de los asuntos jurídicos.⁹¹

Ese mismo año, la Asamblea General aprobó la Resolución 3034 sobre la base de los informes de la Sexta Comisión, por la cual invitaba a todos los Estados a presentar al Secretario General observaciones sobre el tema de terrorismo internacional; es decir, por primera vez los Estados manifestarían sus particulares concepciones del fenómeno terrorismo.⁹²

⁸⁸ Cfr. DUFFY, Helen. The war on terror and the framework of International law. Op. Cit. P.19.

⁸⁹ ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín. Las actividades Terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo. Op. Cit . P. 28 .

⁹⁰ La inclusión a la agenda respondió a sucesos terroristas de impacto internacional tales como, el secuestro y asesinato, por el grupo radical palestino “Septiembre negro”, de once atletas de la delegación israelí que participaban en los juegos olímpicos de Munich ocurrido el 5 de septiembre de 1972; a los ataques ocurridos en el aeropuerto israelí; y al atentado contra un diplomático soviético en Nueva York. Cfr. SAUL, Ben. *Defining terrorism in International law. Op. Cit.* P. 71

⁹¹ Cfr. SERRANO FIGUEROA, Rafael. El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización. Op. Cit. P. 39.

⁹² “Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen

Al mismo tiempo, en virtud de dicha resolución, se estableció un Comité especial sobre el terrorismo internacional integrado por 35 países, el cual analizaría las observaciones hechas por los Estados para posteriormente elaborar recomendaciones para la cooperación en la eliminación rápida del terrorismo. Como una de las propuestas para la eliminación del terrorismo, el Comité tenía como mandato adicional, la elaboración de un proyecto de convenio general de terrorismo.

Desafortunadamente, el comité no cumplió su objetivo; sin embargo, sus trabajos sirvieron para detectar las diversas apreciaciones de los Estados, del término debido a las particulares experiencias históricas, políticas y culturales; resultando útil ya que con ello se obtuvieron los puntos débiles que impedían el consenso de una definición.

Cabe mencionar, que desde esa época, el debate se ha centrado en la conveniencia de la inclusión o exclusión, dependiendo el Estado, de los movimientos de liberación nacional dentro de la definición.

Para finales de los años noventa, se creyó que debido al ambiente de política global posterior a la guerra fría, una definición global de terrorismo podría ser consensuada. En ese sentido, la Asamblea General emitió la Resolución 49/60 del 9 de diciembre del 1994, por la cual se adoptó la Declaración sobre las medidas para eliminar el terrorismo internacional; la cual definía al terrorismo como:

“actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas [...] cualesquiera sean

a algunas personas a sacrificar vidas humanas incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales”. Resolución de la Asamblea General 3034 (XXVII) aprobada el 18 de diciembre de 1972. Párrafo Operativo No. 7.

las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”.⁹³

Esta Declaración, a pesar de no ser jurídicamente vinculante a los Estados miembros, ha sido aprobada y reiterada a lo largo de los documentos expedidos por la Asamblea General.⁹⁴

En 1996, la Asamblea emite la Resolución 51/210, con la cual se anexa una declaración complementaria a la Declaración sobre las medidas para eliminar el terrorismo de 1994 y se establece un Comité Especial, con el objetivo de elaborar, entre otros⁹⁵, un proyecto de convención general de terrorismo, cuyo objetivo es dotar a la comunidad internacional de un instrumento técnico de Derecho Penal que contribuya a la edificación de un marco jurídico eficaz en materia de lucha contra el terrorismo.⁹⁶

Desafortunadamente, el Comité Especial no ha logrado concluir el proyecto de convención; esto no se refiere a la falta de interés por los Estados, sino a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo respecto a las excepciones a lo que podría comprender el crimen de terrorismo.⁹⁷

En otras palabras, los Estados no han podido concebir un texto que cubra las expectativas y necesidades generales de la comunidad internacional, ya que al final del día, todos los debates y argumentaciones recaen en la imposibilidad para delimitar la delgada línea existente entre los movimientos de liberación nacional y los ataques terroristas.

⁹³ Por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General intituladas “Medidas para eliminar el terrorismo internacional”. UN Docs. A/RES/49/60 del 17 de febrero de 1995, A/50/53 del 29 de enero de 1996, A/51/210 del 17 de diciembre de 1996, A/52/165 del 15 de diciembre de 1997 y A/55/158 12 del diciembre de 2002.

⁹⁴ Más adelante se explica la naturaleza de las resoluciones emitidas por la Asamblea General.

⁹⁵ Además del proyecto de convenio general de terrorismo, la Resolución de la Asamblea General A/51/210 le otorgaba al Comité Especial el mandato de la creación de un Convenio Internacional para la Represión de los Atentados terroristas cometidos con bombas y un Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, a fin de complementar los tratados internacionales vigentes relacionados de las Medidas para eliminar el Terrorismo Internacional. Resolución A/50/53 de la Asamblea General aprobada el 29 de enero de 1996.

⁹⁶ Medidas para eliminar el Terrorismo Internacional. Resolución A/50/53. *Op. Cit.*

⁹⁷ Cfr. CASSESE, Antonio. *Internacional Criminal Law*. Op. Cit. P. 120.

Actualmente, el Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión encargado de desarrollar el proyecto de convenio por virtud de la Resolución 51/210 trabaja en un proyecto⁹⁸ detenido por las mismas razones que mencionamos anteriormente.

Dicho proyecto, en su artículo 2, tipifica el crimen de terrorismo de la siguiente manera: “cometerá el crimen de terrorismo quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio amenace con o cause la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas o daños graves a bienes públicos o privados incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico con el propósito de intimidar a la población u obligar a un Gobierno o una obligación internacional a hacer o dejar de hacer algo”.⁹⁹

A nuestro juicio, el proyecto del artículo 2, establece los elementos objetivos y subjetivos del crimen de terrorismo; es decir ‘terrorismo’ será, en última instancia, el comportamiento que se ajuste a o coincida con la descripción de la conducta o “tipo” incluido en tal proyecto o, en otras palabras, que actualice el conjunto de los elementos objetivos y subjetivos de dicha descripción.

Por tal razón, aún cuando una definición contribuiría a homogenizar las respuestas que la comunidad internacional implemente en contra de tal fenómeno y así reducir el margen de uso indebido o abuso del término, consideramos que, la falta de una definición filosófica del término terrorismo no

⁹⁸ Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996 A/57/37.

⁹⁹ Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, *Op. Cit.* Artículo 2.

constituiría un defecto fatal del proyecto de Convenio¹⁰⁰; es decir, aún sin una definición el instrumento operaría correctamente en virtud de que cumpliría con el objeto, que es, dotar a la comunidad internacional de un instrumento técnico de Derecho Penal.

Sin embargo, para un importante número de Estados tal definición es el elemento clave que serviría para distinguir el terrorismo del derecho de los pueblos a la libre determinación de conformidad con el Derecho Internacional y a liberarse de la ocupación extranjera.¹⁰¹

1.1.3. Elementos del crimen

Para alcanzar una definición general de terrorismo, consideramos indispensable identificar el denominador común de las diferentes concepciones sobre las que reposa el consenso de los Estados, además de identificar la realidad que se quiera significar con la expresión terrorismo internacional, y así posteriormente analizar su coherencia con el marco jurídico para la lucha contra el terrorismo.

De acuerdo con Cassese, el terrorismo es un crimen consuetudinario, con elementos que derivan de varias convenciones:¹⁰²

Una conducta *actus reus*: Los actos deben constituir una ofensa criminal en la mayoría de los sistemas legales (asesinato, secuestro, toma rehenes, tortura, bombardeo, daño en propiedad pública o privada)¹⁰³.

¹⁰⁰ Cfr., con Intervención de la India, en el documento A/C.6/62/SR.4 del 27 de diciembre de 2007. Para. 101 a 103

¹⁰¹ Para un mayor desarrollo del tema ver el documento A/C.6/62/SR.3 del 6 de noviembre de 2007. Paras. 47, 76 y 105

¹⁰² Cfr. CASSESE, Antonio. *Internacional Criminal Law. Op. Cit.* P. 129. Por ejemplo, el caso del artículo 2 del Convenio Internacional para la supresión del financiamiento del terrorismo U.N. Doc. A/RES/54/109 del 9 de diciembre de 1999 (Nueva York), o la definición de terrorismo de la Medidas para eliminar el Terrorismo. Resolución A/50/53 de la Asamblea General, *Op. Cit.* también en la definición del crimen a nivel nacional.

Propósito: El propósito debe ser difundir el terror –o intimidar- a través de acciones violentas o ataques contra el estado o lugares públicos o grupos de personas.¹⁰⁴

Cabe hacer la aclaración que el crimen del terrorismo, presenta una “doble capa subjetiva”;¹⁰⁵ esto es, además del propósito de difundir el terror, este crimen presenta un *dolus specialis*, o sea, una razón última por la cual la conducta es generada,¹⁰⁶ que en este caso podemos considerarlo como el tercer elemento:

Motivo: Deben ser política, religiosa, social u otra ideología motivada, pero no podrán considerarse por motivos privados.

Los elementos anteriores son puntos de contacto que tienen en común la mayoría de las definiciones en los Instrumentos en la materia, aceptadas por los Estados. Sin embargo, existen otros elementos que consideramos deben ser tomados en cuenta:

El elemento internacional: El concepto normativo de terrorismo internacional engloba, “todo acto o actividad terrorista que, por una u otra circunstancia, trasciende las fronteras de un Estado”.¹⁰⁷

Generalmente las convenciones en materia de terrorismo internacional restringen explícitamente su aplicación al crimen de terrorismo

¹⁰³ Por ejemplo, en el proyecto de convenio general de terrorismo en el Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210, *Op. Cit.* el artículo 2 señala: Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause: a) La muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o b) Daños graves a bienes públicos o privados incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o c) Daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico...”

¹⁰⁴ Por ejemplo, el Convenio Internacional para la supresión del financiamiento del terrorismo (Nueva York, 1999) *Op. Cit.*

¹⁰⁵ Traducción del inglés “*double subjective layer*”.

¹⁰⁶ Cfr. CASSESE, Antonio. *Internacional Criminal Law*. *Op. Cit.* P. 103

¹⁰⁷ ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín. *Las actividades Terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*. *Op. Cit.* P. 53

siempre y cuando el delito sea de naturaleza internacional.¹⁰⁸ Con excepción del terrorismo cometido en el contexto de un conflicto no internacional, ya que éste considerado como crimen de guerra y será juzgado bajo en el marco del Derecho Internacional humanitario.

El bien jurídico protegido, es decir, quien o qué está protegido: La delimitación de las posibles víctimas de un acto terrorista, entre otros, es un criterios que cambian en las definiciones, por ejemplo, en la definición de 1937, se cubrían los actos dirigidos en contra del Estado, en la Convención para la represión del financiamiento de 1999, se refiere a civiles, hay quienes se refieren a civiles “inocentes” o personas que no tomen parte directa de las hostilidades en un conflicto armado.

Como una posible solución, en el proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional, al referirse a la víctima del crimen se señala a cualquier persona y propiedad ya sea pública o privada.

1.1.4. Adjudicación de responsabilidad penal a individuos por terrorismo

Una máxima que gobierna al Derecho Internacional es que éste es creado por Estado y para Estados; por lo tanto, los Estados son sujetos de Derecho Internacional y los actores no estatales o individuos actuando en capacidad privada lo serán del derecho nacional.

¹⁰⁸ Por ejemplo, el artículo 3 del Convenio Internacional para la represión de actos de terrorismo nuclear A/RES/60/88 del 11 de enero del 2006 y del Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo Op. Cit. donde señalan que no serán aplicables tales instrumentos “...cuando el delito se haya cometido en un solo Estado, o el presunto autor y las víctimas sean nacionales de ese Estado y el presunto autor se halle en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción...”

Sin embargo, la experiencia de los procesos de Nuremberg aportó al Derecho Internacional la visión de que los actores no estatales o individuos actuando en capacidad privada pueden ser penalmente responsables por crímenes internacionales, en virtud de que ellos son quienes los cometen, y por tanto podrán ser sujetos del Derecho Internacional.¹⁰⁹

No obstante lo anterior, debemos recordar que a una persona o una organización que haya cometido un crimen internacional siempre le será aplicable en primer término el derecho nacional competente.

Para ello, el Derecho Internacional se ha encargado de asegurar que todos los Estados cuenten con un marco legal nacional efectivo y vigente que reprima y castigue el delito de terrorismo.¹¹⁰

A pesar de que casi todos los Estados han tipificado el delito de terrorismo a nivel nacional, como ya se ha comentado el plano internacional carece aún de una definición aceptada.¹¹¹

La importancia de la tipificación en el plano internacional radica en que el concepto terrorismo pertenece al campo del Derecho Penal Internacional, y para poder juzgar a algún individuo por la comisión de ese delito, antes

¹⁰⁹ Cfr. DUFFY, Helen. The war on terror and the framework of International law. Op. Cit. P.62.

¹¹⁰ UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1373 (28 de septiembre de 2001) UN Doc S/RES/1373, la cual obliga a los Estados bajo Capítulo VII a firmar y ratificar todos los instrumentos en materia de terrorismo, los cuales servirán como base o marco de referencia para implementar legislación nacional acorde.

¹¹¹ De acuerdo con lo arriba señalado lo más cercano a un tipo penal de crimen de terrorismo internacional se encuentra en el artículo 2 del proyecto de convenio general sobre terrorismo Internacional Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General. *Op. Cit.*

Por su parte, en los Estados Unidos Mexicanos, el terrorismo se encuentra regulado en el Capítulo VII del Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931). Artículo 139.- "Se impondrá pena de prisión de seis a cuarenta años y hasta mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad para que tome una determinación. La misma sanción se impondrá al que directa o indirectamente financie, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, en apoyo de personas u organizaciones que operen o cometan actos terroristas en el territorio nacional. Artículo 139 Bis.- Se aplicará pena de uno a nueve años de prisión y de cien a trescientos días multa, a quien encubra a un terrorista, teniendo conocimiento de sus actividades o de su identidad. artículo 139 Ter.- Se aplicará pena de cinco a quince años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa al que amenace con cometer el delito de terrorismo a que se refiere el párrafo primero del artículo 139."

debemos determinar sus elementos con claridad, de conformidad con los principios *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*.

Estos principios generales de derecho¹¹² establecen que una conducta no puede ser considerada como delito si no se reconoce de tal manera por la ley.

El Estatuto de Roma reconoce y codifica estos principios,¹¹³ sin embargo no reconoce, codifica ni tipifica el crimen de terrorismo, precisamente por la ausencia de definición. Pero consideramos, que en un futuro, cuando se haya logrado tal definición, el foro idóneo para juzgar a actores terroristas lo será la Corte Penal Internacional.

1.2. Responsabilidad internacional por terrorismo

1.2.1. Regulación del terrorismo en el Derecho Internacional. Obligación de prevenirlo y sancionarlo.

La búsqueda de un convenio global de terrorismo ha dado pie a debates al parecer, interminables. Sin embargo, la comunidad internacional ha logrado formar un marco jurídico de convenciones regionales o temáticas que identifican variadas formas de manifestación del terrorismo.

¹¹² Reflejados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Op. Cit.* Artículo 38.1

¹¹³ Idem. Artículos 22 y 23.

Estas convenciones no buscan definirlo de manera general, pero si cubrir condiciones específicas que son comúnmente referidas como terroristas, estableciendo, entre otras, obligaciones a los Estados partes para incluir medidas para prevenir tales crímenes o cooperar en la persecución de los responsables y su enjuiciamiento.

El citar todos los instrumentos, resoluciones, declaraciones, comunicados, etcétera, sería una labor descomunal, que no es fin de este trabajo. Lo que a continuación se hace es identificar aquellos tratados que parecen haber determinado el curso internacional de la regulación de dicho fenómeno.

En ese sentido, de 1963 a 2005 han sido firmados 13 convenios y protocolos respecto de tipos específicos de conductas violentas entendidas por varios Estados como terroristas.

La **materia aérea** ha tenido particular atención por parte de los académicos y organismos internacionales, en consideración a la incidencia cada vez más frecuente de actos terroristas en la década de los sesenta. Ellos propició diversas iniciativas oficiales en la Organización de la Aviación Civil Internacional, así como en la Organización de las Naciones Unidas; se adoptaron diversos tratados internacionales para la prevención y represión de los actos y actividades terroristas en el marco de la seguridad de la aviación civil.

En esta evolución del Derecho Internacional, podemos identificar al Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves,¹¹⁴ considerada la primera regulación internacional aplicable a actos

¹¹⁴ Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, firmada en Tokio, 14 de Septiembre 1963, 704 UNTS 219, entró en vigor el 12 de diciembre de 1969.

que posiblemente pudieren encuadrar en lo que la comunidad internacional considera terrorismo; es decir, el instrumento trata sobre seguridad en la aviación, no reprime ni atiende actos terroristas *per se*, si no podría aplicarse a algunas conductas efectuadas por un terrorista, sin requerir, por ejemplo, el propósito de obligar a un Gobierno de hacer o dejar de hacer algo. El adelanto que otorgó éste Convenio es que reconoce jurisdicción al país de registro de la nave.

En 1970 se firma en la Haya el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves¹¹⁵, el cual trata, en pocas palabras, el secuestro de aeronaves. Considera como delito el apoderamiento ilícito, mediante la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza por una persona que esté a bordo de una aeronave en vuelo o ejerza control sobre ella.

Aun sin haber entrado en vigor el Convenio anterior, en 1971 se adoptó el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil en Montreal¹¹⁶, relativo a los actos de sabotaje aéreo, como explosiones de bombas a bordo de una aeronave en vuelo teniendo un ámbito de aplicación material mas amplio que el Convenio anterior.

En 1988 se adopta el Protocolo sobre la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional¹¹⁷ como respuesta a los ataques terroristas en los aeropuertos internacionales ocurridos en Roma y Viena en 1985.¹¹⁸

¹¹⁵ Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en la Haya el 16 de diciembre de 1970, 860 UNTS 105.

¹¹⁶ Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971, 974 UNTS 177.

¹¹⁷ Protocolo al Convenio de Montreal de 1971 sobre la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional firmado el 24 de febrero de 1988, 27 ILM 627 (1988)

¹¹⁸ Cfr. SAUL, Ben. Defining terrorism in International law. Op. Cit. P. 131

Por último la Organización de Aviación civil¹¹⁹ a petición del Consejo de seguridad y de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ayudó en la preparación del Convenio para la marcación de explosivos plásticos para fines de detección de 1991,¹²⁰ el cual dispone la marcación química para facilitar la detección de explosivos plásticos, por ejemplo, para luchar contra el sabotaje aéreo. Su objetivo es controlar y limitar el empleo de explosivos plásticos no marcados e indetectables (negociado a raíz de la explosión de una bomba en el vuelo 103 de Pan Am en 1988).

La Organización de las Naciones Unidas a través de la Asamblea General promovió en su seno una serie de iniciativas normativas que han conducido a la adopción, 14 de diciembre de 1973 y sobre la base de los trabajos desarrollados por la Comisión de Derecho Internacional,¹²¹ de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. En virtud de los ataques contra altos funcionarios de Gobierno y diplomáticos.

Posteriormente, tras la violenta incursión israelí para liberar a los rehenes retenidos en Entebbe y cuando el Consejo de Seguridad se encontraba discutiendo la legalidad de dicha incursión, la República Federal de Argelia promovió la creación de un Comité Especial que culminaría sus trabajos con la adopción de la Convención internacional contra la toma de rehenes.¹²²

¹¹⁹ Resolución de la asamblea de la Organización de Aviación Civil Internacional en su 27º. Periodo A27-8.

¹²⁰ Convenio para la marcación de explosivos plásticos para fines de detección, firmado en Montreal el 1 de marzo de 1991. Organización de Aviación Civil Internacional.

¹²¹ Tarea encomendada por la Asamblea General a la Comisión de Derecho Internacional mediante la resolución 2780 (XXVII) de 3 de diciembre de 1971, y que culminarían con la adopción de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos firmado el 14 de diciembre de 1973, 1035 UNTS 167 aprobado por la Resolución 3166 (XXVIII) Cfr. ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín. *Las actividades Terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*. Op. Cit. P. 34.

¹²² Recordando su resolución 31/103 de 15 de diciembre de 1976, por la que estableció el Comité *ad hoc* para la elaboración de un instrumento en la materia y sobre la base del informe de la Sexta Comisión A/34/819 Aprobado por la

La preocupación de la Asamblea General llevó a encarar nuevos desarrollos sectoriales destinados a la lucha antiterrorista, en tanto que maduraba la idea de la elaboración de un Convenio general en la materia. En este sentido, en 1996 el Secretario General sugirió enfocar sus esfuerzos hacia los atentados terroristas perpetrados con bombas, la financiación de los terroristas y la posible utilización por dichos grupos de armas de destrucción masiva, en las que se incluía el terrorismo nuclear. Fruto de ellos fue el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, el cual crea un régimen de jurisdicción universal respecto de la utilización ilícita e intencional de explosivos y otros artefactos que emitan, propaguen o hagan impactar productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico o sustancias similares o radiaciones o material radioactivo mortíferos en, dentro de o contra diversos lugares de uso público definidos con la intención de matar u ocasionar graves lesiones físicas o con la intención de causar una destrucción significativa de ese lugar.¹²³

Posteriormente, a la vista de la creciente conexión entre las actividades de los grupos terroristas y la delincuencia organizada; así como las complejas redes de financiamiento internacional la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención para la represión de la financiación del terrorismo,¹²⁴ la cual insta a las partes a que adopten medidas para prevenir y contrarrestar la financiación de terroristas, ya sea directa o indirectamente, por medio de grupos que proclamen intenciones caritativas, sociales o culturales o

Resolución 34/146 del 17 de diciembre de 1979. Cfr. ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín. *Las actividades Terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*. Op. Cit. P. 35.

¹²³ Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 52/164 del 15 de diciembre de 1997. 37 ILM 249 (1998).

¹²⁴ Convenio Internacional para la supresión del financiamiento del terrorismo. Op. Cit.

que se dediquen también a actividades ilícitas, como el tráfico de drogas o el contrabando de armas.

La preocupación, respecto de posibles actos terroristas nucleares se ha visto parcialmente cubierta con la adopción, en Viena en 1980, de la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares¹²⁵ la cual tipifica la posesión ilícita, la utilización, la transferencia y el robo de materiales nucleares y la amenaza del empleo de materiales nucleares para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales. Mediante la resolución de la Asamblea General 59/290 se adoptó la Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear mismo que contempla una amplia gama de actos y posibles objetivos, incluidas las centrales y los reactores nucleares; así como , situaciones de crisis (prestación de asistencia a los Estados para resolver la situación) y situaciones posteriores a la crisis (disposición del material nuclear por conducto del Organismo Internacional de Energía Atómica a fin de garantizar su seguridad).¹²⁶

Finalmente, otro medio de transporte que ha presentado una alta vulnerabilidad en los actos terroristas, es la navegación marítima. Como respuesta de la captura del buque de pabellón italiano Achille Lauro en octubre de 1985,¹²⁷ se adoptó en el seno de la Organización Marítima Internacional el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima,¹²⁸ relativo a las actividades terroristas en los buques, mismo que ha sido completado por el Protocolo para la represión de actos

¹²⁵ Convención sobre la protección física de los materiales nucleares firmado en Viena el 3 marzo de 1980, IAEA Legal Series No. 12 (1982).

¹²⁶ La Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear. aún no ha entrado en vigor. Su aprobación tuvo lugar el 13 abril de 2005, se abrió a la firma el 14 de septiembre de 2005 y entrará en vigor cuando haya sido ratificado por 22 Estados Miembros. Al 25 de septiembre de 2006, ha recibido 107 firmas y seis ratificaciones: Austria, Eslovaquia, Kenya, Letonia, México y la República Checa.

¹²⁷ Cfr. SAUL, Ben. Defining terrorism in International law. Editorial. Op. Cit. P. 131

¹²⁸ Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima firmado en Roma el 10 marzo de 1988 27 ILM 668.

ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental relativo a las actividades terroristas realizadas en plataformas fijas frente a las costas.¹²⁹

Los esfuerzos en la lucha contra el terrorismo también los encontramos en organizaciones internacionales y otros foros regionales¹³⁰ sin embargo, ninguno de ellos logran criminalizar la conducta, sino solamente imponen obligaciones a los Estados para que actúen dentro de su legislación nacional.

Un dato importante es que esos sistemas, actúan como marco legal respecto de la máxima internacional *aut dedere aut adjudicare*, que establece la obligación de los Estados para extraditar o juzgar a aquellos que supuestamente hayan cometido un crimen internacional, ya que la mayoría de los instrumentos exigen que las partes que hayan detenido a presuntos infractores los extraditen o los hagan comparecer ante la justicia.¹³¹ Además se prevé la obligación de cooperar en el intercambio de inteligencia para su persecución.

1.2.2. Regulación del terrorismo en el Sistema de Naciones Unidas

¹²⁹ Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental relativo a las actividades terroristas realizadas en plataformas fijas frente a las costas firmado en Roma el 10 de marzo de 1988 27 ILM 685.

¹³⁰ Convención Árabe sobre la represión del terrorismo Cairo en abril de 1998; Convención de la Organización de la Conferencia islámica sobre la lucha contra el terrorismo internacional (1999); Convenio de la Organización de la Unidad Africana(OUA) para la prevención y lucha contra el terrorismo (1999); Convención de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la prevención y la represión de actos de terrorismo que tomen la forma de crímenes contra las personas o de actos de extorsión conexos que tengan un alcance internacional, Washington 1971; Convención europea para la represión del terrorismo (1977); Convención de la Asociación del Asia Meridional para la cooperación regional (SAARC) sobre la eliminación del terrorismo (1987); Tratado de cooperación entre los estado miembros de la comunidad de Estado independientes para combatir el terrorismo (1999). En junio del 2002, la OEA adopto la Convención Interamericana contra el terrorismo, que hace hincapié en la represión del financiamiento del terrorismo. Cfr. SAUL, Ben. *Defining terrorism in International law. Op. Cit.* P. 135.

¹³¹ Por ejemplo, artículo 7 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de Montreal de 1973. *Op. Cit.*, el Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos del enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio...”.

Han sido numerosas las actuaciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que se refieren a la obligación de los Estados respecto del terrorismo, desde la obligación de abstenerse de apoyarlo hasta las obligaciones más proactivas de supresión del fenómeno.

Los Estados, a través de la Asamblea General, han coordinado sus esfuerzos contra el terrorismo y han mantenido su labor de establecimiento de normas jurídicas. El Consejo de Seguridad también ha desempeñado un papel activo en la lucha contra el terrorismo mediante sus resoluciones y el establecimiento de varios órganos subsidiarios. Por otra parte, algunos programas, oficinas y organismos del sistema de las Naciones Unidas han participado en actividades operacionales concretas contra el terrorismo y además han prestado asistencia a los Estados Miembros en sus esfuerzos.

1.2.2.1. Asamblea General de las Naciones Unidas

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, las resoluciones de la Asamblea General carecen de obligatoriedad,¹³² sin embargo aportan costumbre al Derecho Internacional, ya que las resoluciones pueden ser declaratorias de normas consuetudinarias, evidencia de costumbre emergente u *opinio iuris* dependiendo su contenido y condiciones de adopción,¹³³ en ese caso aunque la forma sea recomendatoria, pueden, en ciertos casos ser fuente del Derecho Internacional.

¹³² Las recomendaciones no son obligatorias ni jurídicamente vinculantes a los Estados miembros. Artículos 10 y 11 Carta de las Naciones Unidas. *Op. Cit.* y *Cfr.* SIMMA, Bruno (Editor) *et al.* *The Charter of the United Nations; A Commentary*. Oxford P. 237 a 241.

¹³³ *Cfr.* Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) *Op. Cit.* P. 245 para 809, 826.

En 1970 y 1980 la Asamblea General abordó el problema de terrorismo, entre las resoluciones más representativas encontramos la Declaración relativa a 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 y la Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional.¹³⁴ Durante ese período, la Asamblea General aprobó también dos convenios relativos a la lucha contra el terrorismo: la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas y la Convención Internacional contra la toma de rehenes.

Fue hasta 1972 que la Asamblea General se ocupó del problema internacional del terrorismo con la creación del comité especial sobre terrorismo establecido conforme a la Resolución 3034 (XXVII).¹³⁵

En diciembre de 1994, la Asamblea volvió a centrar una vez más su atención en la cuestión del terrorismo mediante la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional y en la Declaración complementaria se estableció el Comité especial de medidas para eliminar el terrorismo en 1996, del cual ya hablamos anteriormente, el cual se ha ocupado sistemáticamente del problema del terrorismo.¹³⁶

En los últimos años, en el marco del Comité Especial de la Asamblea sobre el terrorismo, así como en el Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión, se

¹³⁴ "Declaración relativa a 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" Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970. *Op. Cit.* En dicho documento se interpreta el principio sobre la prohibición del uso de la fuerza; respecto al terrorismo, en particular, señala que todos los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de terrorismo en otro Estado, sin embargo, la palabra terrorismo en este caso sólo califica a los actos, es decir no trata al fenómeno en particular. Aunque debemos recordar que la Declaración estaba enfocada en el uso de la fuerza o intervención por parte de un Estado que en la perpetración o los métodos en los que lo pudiese hacer un posible terrorista.

¹³⁵ Resolución de la Asamblea General 3034 (XXVII) aprobada el 18 de diciembre de 1972. *Op. Cit.*

¹³⁶ Resoluciones de la Asamblea General A/49/60 del 9 de diciembre del 1994, A/50/53 del 29 de enero de 1996 y Resolución A/51/210 de la Asamblea General. *Op. Cit.*

han logrado notables adelantos en la elaboración de instrumentos internacionales.¹³⁷

Actualmente, los Estados Miembros están negociando un proyecto de convenio general contra el terrorismo internacional. El convenio complementaría el marco actual constituido por los instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo.

En la Cumbre de septiembre de 2005, los líderes mundiales expresaron su condena al terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, independientemente de quién lo cometa, en dónde y con qué propósitos. Basándose en esta plataforma histórica, en la Cumbre se pidió también a los Estados Miembros que prosiguieran su labor por medio de la Asamblea General y aprobaran una estrategia contra el terrorismo, basada en las recomendaciones del Secretario General, que promoviera respuestas amplias, coordinadas y coherentes contra el terrorismo a nivel nacional, regional e internacional.

El 2 de mayo de 2006, siguiendo esas recomendaciones, el Secretario General Sr. Kofi Annan presentó en un informe a la Asamblea General una serie detallada de recomendaciones. Esas recomendaciones constituyeron la base fundamental de una serie de consultas con los Estados Miembros que concluyeron en la aprobación de una estrategia mundial contra el terrorismo para las Naciones Unidas.¹³⁸ Con esta estrategia, la Asamblea General reafirmó y extendió su papel en la lucha contra el terrorismo. En la

¹³⁷ Desde 1997, los Estados Miembros han completado los trabajos relacionados con tres instrumentos concretos contra el terrorismo, que abarcan tipos específicos de actividades terroristas: el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear.

¹³⁸ La estrategia tiene forma de resolución, con un plan de acción anexo: "La estrategia mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo" Resolución de la Asamblea General del 8 de septiembre de 2006 UN Doc. A/RES/60/288

estrategia se pide también a la Asamblea que supervise la aplicación y examine y actualice la estrategia. El primero de esos exámenes se ha programado para el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General.

El 8 de septiembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Estrategia mundial contra el terrorismo. La estrategia, en forma de [resolución](#) y [plan de acción](#) anexo, resulta un instrumento excepcional que potencia los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales contra el terrorismo. Se trata de la primera vez en que todos los Estados Miembros han acordado un enfoque estratégico y operacional común para luchar contra el terrorismo. Los esfuerzos para poner en práctica la estrategia comenzaron a raíz de su presentación oficial el 19 de septiembre de 2007. La Asamblea General examinará en 2008 la estrategia y su aplicación.

2.2.2.2. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Como lo mencionamos, antes de 2001 el tema del terrorismo estaba dedicado principalmente a la Asamblea General. Hasta antes del 11 de Septiembre ninguna de las resoluciones del Consejo de Seguridad imponía medidas en contra del terrorismo y menos lo definía. Las resoluciones posteriores a 1985, designaban incidentes específicos y tipos de violencia por y en contra de varios actores como terrorismo.

Antes de hablar de las resoluciones del Consejo de Seguridad, mencionaremos que aunque éstas no siempre crean Derecho Internacional, son normalmente obligatorias para los Estados Miembros, siempre y cuando estén

hechas bajo Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Además, estas resoluciones tienen un peso jurídico considerable, ya que las resoluciones adoptadas por unanimidad pueden ser de gran valor para la formación de *opinio juris*, sirviendo también, para evidenciar los principios generales del Derecho.¹³⁹

El Consejo de Seguridad se ha ocupado de la cuestión del terrorismo desde principios la década de los noventa. En esos años, sus acciones adoptaron la forma de sanciones contra los Estados a los que se consideraba vinculados con determinados actos de terrorismo: la Jamahiriya Árabe Libia en 1992; el Sudán en 1996 y los talibanes en 1999. En virtud de la Resolución A/49/60 del 9 de diciembre de 1994, emitida por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 1269, por la cual hizo un llamamiento a todos los Estados para que cooperaran entre sí con miras a prevenir y reprimir todo acto terrorista; el antecedente de la intensificación de su labor contra el terrorismo desde el 11 de septiembre de 2001.¹⁴⁰

Antes del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad había establecido un poderoso instrumento contra el terrorismo: el Comité 1267, integrado por miembros del Consejo, establecido en 1999 en virtud de la resolución 1267 y encargado de supervisar la aplicación de las sanciones contra los talibanes y posteriormente contra Al-Qaeda a partir de 2000.¹⁴¹ A petición del Consejo de Seguridad, el Secretario General nombró un equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones para que prestara asistencia al Comité. Este equipo está integrado por expertos en lucha contra el

¹³⁹ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadić. Op. Cit.* Párrafo 133.

¹⁴⁰ UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1269 (19 de octubre de 1999) UN Doc S/RES/1269 y Cfr. SERRANO FIGUEROA, Rafael. *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización. Op. Cit.* P. 114

¹⁴¹ UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1267 (15 de octubre de 1999) UN Doc S/RES/1267.

terrorismo y cuestiones jurídicas conexas, embargos de armas, prohibición de viajar y financiación del terrorismo.

En 2001, a raíz de los ataques terroristas del 11 de septiembre contra los Estados Unidos, las declaraciones internacionales confirmaron una unidad gubernamental en la condena del terrorismo internacional”.¹⁴²

Al día siguiente de los ataques, el Consejo de Seguridad emitió bajo Capítulo VII la resolución 1368 por medio del cual “condena en los términos más enérgicos los horribles ataques terroristas”, además “considera que [el terrorismo] constituye una amenaza para la paz y seguridad internacionales”¹⁴³ por lo cual instó a todos los Estados a que colaboraran con urgencia para someter a la acción de la justicia a los autores de dichos actos.

Algo memorable, es que se hizo un llamado a todos los Estados para “someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de esos ataques terroristas”.¹⁴⁴ En el preámbulo de la resolución 1368, se invocó el “derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.¹⁴⁵

Un mes después, el 28 de Septiembre de 2001, el Consejo de seguridad emitió la Resolución 1373 bajo el Capítulo VII de la Carta, en la cual exhorta a los Estados a suprimir el terrorismo, obligándolos a tomar medidas a nivel nacional. Se estableció un Comité contra el terrorismo compuesto por todos los miembros del Consejo de Seguridad. Se obligó a los Estados Miembros a adoptar algunas medidas para prevenir las actividades terroristas y penalizarlas y a adoptar medidas que asistieran y promovieran la cooperación

¹⁴² Cfr. DUFFY, Helen. *The war on terror and the framework of International law. Op. Cit.* P. 20.

¹⁴³ UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1368 (12 de septiembre de 2001) UN Doc S/RES/1368 Resolución 1368 Párrafo 1

¹⁴⁴ Idem. Párrafo 3

¹⁴⁵ Idem. Preámbulo Tercer párrafo.

entre los países. Se promovió la ratificación y la adhesión a los instrumentos internacionales contra el terrorismo. Los Estados Miembros están obligados a informar periódicamente al Comité contra el terrorismo sobre las medidas que han adoptado para aplicar la resolución 1373.¹⁴⁶

El Comité está dividido en 3 subcomités. El Consejo de Seguridad examina cada 3 meses su estructura, actividades y programas de trabajo. Los subcomités analizan los informes de los Estados sobre la aplicación de las resoluciones abarcadas por su mandato.

El 26 de marzo de 2004, el consejo de seguridad emite la resolución 1535 en donde revitaliza al Comité de contra terrorismo mediante el establecimiento de la Dirección Ejecutiva del Comité, a fin de prestar asesoramiento al Comité sobre todas las esferas que abarca la resolución 1373. Se facilitó la asistencia técnica a los países y se promovió una cooperación y coordinación mas estrechas dentro del sistema de las Naciones Unidas.¹⁴⁷

También en 2004, el Consejo, por medio de su resolución 1540, creó un nuevo órgano contra el terrorismo: el Comité establecido en virtud de la resolución 1540, integrado también por todos los miembros del Consejo, al que encargó la tarea de vigilar el cumplimiento de la resolución 1540 por parte de todos los Estados Miembros. En esa resolución se exhorta a los Estados a que eviten el acceso de agentes no estatales (entre los que figuran los grupos terroristas) a las armas de destrucción en masa.¹⁴⁸

El Consejo de Seguridad aprobó, también en 2004, la resolución 1566 en la que se pidió a los Estados Miembros que adoptaran medidas contra los grupos y las organizaciones implicados en actividades terroristas que no fuesen

¹⁴⁶ UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1373 (28 de septiembre de 2001) *Op. Cit.*

¹⁴⁷ UNSC Resolución 1535 del Consejo de Seguridad (23 de marzo de 2004) UN Doc S/RES/1535.

¹⁴⁸ UNSC Resolución 1540 del Consejo de Seguridad (28 de abril de 2004) UN Doc S/RES/1540.

objeto de examen por el Comité establecido en virtud de la resolución 1267. En la resolución 1566 creó un Grupo de Trabajo integrado por todos los miembros del Consejo, encargado de recomendar medidas prácticas contra esas personas y grupos y de analizar la posibilidad de establecer un fondo de indemnización para las víctimas del terrorismo¹⁴⁹.

Paralelamente a la Cumbre Mundial, el 14 de septiembre de 2005, el Consejo de Seguridad celebró una reunión de alto nivel y aprobó la resolución 1624 en la que se condenaba todo acto de terrorismo independientemente de su motivación, así como la incitación a cometerlos. También se instaba a los Estados Miembros a prohibir por ley los actos terroristas y la incitación a cometerlos y a denegar protección a toda persona que se considerase culpable de esa conducta.¹⁵⁰

2.2.2.3. Actuaciones del Secretario General de las Naciones Unidas

En septiembre del 2000, se llevó a cabo la “Cumbre del Milenio”, en la cual los dirigentes del mundo se reunieron para aprobar la Declaración del Milenio, en donde se plasmó la aspiración de los pueblos de construir un mundo mejor y más seguro para el siglo XXI, basado en una alianza mundial y en la seguridad colectiva.¹⁵¹

¹⁴⁹ UNSC Resolución 1566 del Consejo de Seguridad (8 de octubre de 2004) UN Doc S/RES/1566.

¹⁵⁰ UNSC Resolución 1624 del Consejo de Seguridad (14 de septiembre de 2005) UN Doc S/RES/1624.

¹⁵¹ Resolución aprobada por la Asamblea General (sin remisión previa a una Comisión Principal (A/55/L.2)) 55/2. Declaración del Milenio del 8 de septiembre de 2000.

En años siguientes se llevaron a cabo grandes conferencias con el objeto de dar seguimiento a la Cumbre del Milenio,¹⁵² pero fue hasta el 2004, cuando la Asamblea General decidió convocar, para el 2005 en Nueva York, otra reunión cumbre con el propósito de examinar la aplicación de la Cumbre del Milenio y su seguimiento, pero con la intención de revitalizar la realización del proyecto plasmado en la Declaración de la Cumbre del Milenio.¹⁵³

La Asamblea General solicitó a quien era entonces el Secretario General de las Naciones Unidas, el Dr. Kofi Annan, la presentación de un informe exhaustivo sobre la Declaración del Milenio, que abarcara todos los ámbitos y los avances logrados y lo relativo a la financiación.

De tal forma, el 21 de marzo de 2005, Kofi Annan presentó el informe A/59/545 ante la Asamblea General, en el cual tocó el tema sobre la prevención del terrorismo catastrófico dentro del rubro: "Libertad para vivir sin temor". En ese informe, el Secretario General señaló que el terrorismo es una amenaza universal que se ha incrementado en los últimos años; por ello, instó a los Estados Miembros y organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo a adoptar la estrategia basada en los siguientes puntos fundamentales:

- Intentar convencer a la gente que no recurra al terrorismo ni lo apoye
- Negar a los terroristas el acceso a fondos y materiales
- Convencer a los Estados para que no patrocinen el terrorismo
- Desarrollarse la capacidad de los Estados para derrotar al terrorismo,
- Defender los derechos humanos.

¹⁵² Por ejemplo las celebradas en Monterrey, México y Johannesburgo, Sudáfrica.

¹⁵³ "Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio y aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social" Resolución de la Asamblea General (LVIII) del 6 de mayo del 2004. UN Doc. A/RES/58/291

De tal forma, el Ex Secretario General marcó las pautas de una estrategia con un enfoque general contra el terrorismo, dentro y fuera del sistema de las Naciones Unidas, que diese paso a actividades preventivas y operacionales e incorporase medidas a corto, medio y largo plazo.

El 2 de mayo de 2006, el Secretario General, a propuesta del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, dio a conocer al pleno de la Asamblea General su informe intitulado: “Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo”. En las recomendaciones se aportaban nuevos elementos y se perfeccionaba cada uno de los componentes de la estrategia, además de detallarse las actividades emprendidas por las Naciones Unidas para adoptar y proponer medidas encaminadas al fortalecimiento y perfeccionamiento de su labor. El informe señalaba medios prácticos para que las Naciones Unidas ayudaran a aumentar la capacidad individual y colectiva de los Estados Miembros para combatir el terrorismo.

Con el ánimo de consolidar e impulsar estas actividades, los Estados Miembros abrieron una nueva puerta a sus esfuerzos contra el terrorismo al acordar una estrategia mundial contra el terrorismo. Los 192 Estados Miembros aprobaron el 8 de septiembre de 2006 una estrategia promulgada en una reunión de alto nivel de la Asamblea General, celebrada el 19 de septiembre de ese mismo año.

Lo anterior, representa la primera vez en que los Estados Miembros de las Naciones Unidas acuerdan un enfoque estratégico común para luchar contra el terrorismo que coordina las actividades contra el terrorismo de los

distintos órganos del sistema de las Naciones Unidas en un marco común, coherente y más enfocado a la lucha contra el terrorismo.

En su afán de asegurar esfuerzos coordinados y coherentes contra el terrorismo en todo el sistema de las Naciones Unidas, el Secretario General estableció el Equipo Especial para la lucha contra el terrorismo en julio de 2005, que incluye además, del Sistema más amplio de las Naciones Unidas, otras entidades, tales como la Organización Internacional de Policía Criminal.

Los miembros del Equipo Especial han unido sus esfuerzos para prestar asistencia a los Estados Miembros en la aplicación de la estrategia mundial. También han recopilado un manual electrónico que contiene sus actividades contra el terrorismo y también proporciona información sobre los actuales recursos contra el terrorismo, disponibles en todo el sistema de las Naciones Unidas. El Secretario General Sr. Ban Ki-moon dio a conocer el manual el 16 de febrero de 2007 en una reunión en la que varias entidades que forman el Equipo Especial informaron a los Estados Miembros sobre su labor.¹⁵⁴

2.2.3. Adjudicación de responsabilidad internacional a Estados por terrorismo

La responsabilidad internacional de un Estado surge por la comisión de un acto ilícito internacional, el cual consiste en:

- La violación de una obligación internacional;
- Que el acto sea atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y

¹⁵⁴ <http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>

- Que el acto resulte en un daño a un tercer Estado.¹⁵⁵

El primer elemento de responsabilidad internacional es el quebrantamiento de una obligación internacional por parte de un Estado.

Como ya expresamos anteriormente, los Estados se encuentran obligados a tomar ciertas medidas respecto del terrorismo, derivadas de declaraciones, tratados y resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, actuando bajo Capítulo VII. Esas medidas son, entre otras, la abstención a proveer, apoyar, financiar, apoyar pasiva o activamente a cualquier persona involucrada en terrorismo;¹⁵⁶ el congelamiento de los activos de terroristas; la cooperación con otros Estados en materia penal.¹⁵⁷

En virtud de que un Estado es una abstracción jurídica que actúa a través de órganos o agentes, las reglas de atribución especifican los actores que comprometen la responsabilidad del Estado.

Consecuentemente, los actos serán atribuibles al Estado cuando son llevados a cabo por oficiales estatales, aún de nivel municipal y estatal, por un órgano del Estado o por una persona que ejerza elementos de 'autoridad gubernamental' de acuerdo con el derecho nacional. En este sentido, el Estado será responsable de sus conductas, las cuales se considerarán "acto del Estado", incluyendo los actos *ultra vires*.¹⁵⁸

En contraste, un Estado no es responsable por actos llevados a cabo por individuos particulares, mafias o grupos terroristas, ya que es prácticamente

¹⁵⁵ Cfr. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura de la Comisión de Derecho Internacional, en los trabajos del 53°. Período de Sesiones (23 abril – 1 junio y 2 julio – 10 agosto 2001) *Op. Cit.* Artículo 2.

¹⁵⁶ UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1373 (28 de septiembre de 2001) *Op. Cit.*

¹⁵⁷ UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1368 (12 de septiembre de 2001) *Op. Cit.*

¹⁵⁸ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura de la Comisión de Derecho Internacional, en los trabajos del 53°. Período de Sesiones (23 abril – 1 junio y 2 julio – 10 agosto 2001) *Op. Cit.* Artículos 4, 5 y 7. Cfr. CRAWFORD, James and OLLESON, Simon *The nature and forms of International Responsibility* en D.EVANS, Malcolm *Internacional Law*. 2a. Edición. Editorial Oxford, Gran Bretaña, 2006. P. 460.

imposible para un Estado prevenir cualquier acto perjudicial que una persona pueda cometer en un Estado extranjero, a menos de que se pruebe complicidad, tolerancia o negligencia en la represión de esos actos.

Sin embargo y pesar de que la Corte ha establecido que los Estados no son responsables por los delitos que se hayan orquestado o que emanen de su territorio,¹⁵⁹ los Estados sí son responsables por conductas sobre las cuales éste ejerció un control o autoridad¹⁶⁰

La jurisprudencia internacional, así como el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional han apoyado la postura del control efectivo. Al respecto el *Caso Tadić*, teniendo como antecedente el *Caso Nicaragua*, señaló que la relación entre un grupo irregular y el Estado deben tener más que una 'gran dependencia', una relación de control. Esto es, por ejemplo, que el Estado además de proveer financiamiento, asistencia o equipo militar, tenga un papel en la organización, coordinación o planificación de la acción militar, así como instrucciones específicas de actuación".¹⁶¹

Otra forma de atribuir responsabilidad a un Estado, es cuando, a pesar de no ejercer un control en el momento de la realización de la conducta, asume el ilícito *ex post facto* al aceptar, aprobar o reconocerlo como suyo. También incurre en responsabilidad internacional el Estado que no cumple con la obligación de prevenir tal conducta.¹⁶²

¹⁵⁹ En el Caso del Canal de CORFU de 1949, la corte señaló que era imposible concluir que un Estado necesariamente sabe o debe saber de cualquier acto ilegal perpetrado en su territorio o los actores del mismo por el simple control que éste ejerce sobre él. Cfr. DUFFY, Helen. *The war on terror and the framework of Internacional law*. Op. Cit. P.52.

¹⁶⁰ Cfr. D.EVANS, Malcolm *Internacional Law*. Idem. P. 461. y Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura de la Comisión de Derecho Internacional, en los trabajos del 53º. Periodo de Sesiones (23 abril – 1 junio y 2 julio – 10 agosto 2001) Op. Cit. Artículos 8 y 9.

¹⁶¹ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadić*. Op. Cit. Párrafo 137.

¹⁶² Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura de la Comisión de Derecho Internacional, en los trabajos del 53º. Periodo de Sesiones (23 abril – 1 junio y 2 julio – 10 agosto 2001) Op. Cit. Artículo 11.

2.3. Terrorismo de Estado

Desde el siglo XX los Estados han reaccionado principalmente frente a los actos y actividades terroristas dirigidas, directa o indirectamente, por individuos o grupos organizados contra el Estado en sí. Pero pareciera que a la misma comunidad internacional se le olvida que, a veces, los actos terroristas son ejecutados por Gobiernos.

El juez Gilbert Guillaume definió el ‘terrorismo de Estado’ en el caso *Lockerbie* como “la violencia organizada por el Estado según sus propias normas de Derecho, con el fin de hacer reinar el terror sobre su territorio”.¹⁶³

Ahora, para distinguir la implicación de los Estados en actos o actividades de terrorismo internacional, podemos guiarnos por las tres realidades que explica el mismo juez sobre lo que significa ‘terror de Estado’:¹⁶⁴

- En primer lugar, el terror provocado por el Estado como estructura orgánica institucional.¹⁶⁵
- Segundo lugar, la implicación del Estado en actos y actividades de terrorismo internacional.
- Tercer lugar, el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Consideramos, de acuerdo con Alcalde, que en el Derecho Internacional contemporáneo “sólo la segunda se integra en el concepto

¹⁶³ SERRANO FIGUEROA, Rafael. *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*. Op. Cit. P. 111.

¹⁶⁴ Cfr. GUILLAUME, Gilbert, *Terrorism et Droit Internationale* citado en ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín. *Las actividades Terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*. Op. Cit. P. 56.

¹⁶⁵ Teniendo como precedente inmediato en la historia el Régimen del Terror instaurado por Robespierre en Francia en 1793.

normativo de terrorismo internacional, aunque no podemos considerarla sin sus conexiones con la primera e, incluso, la tercera”.¹⁶⁶

Según una opinión, el Derecho Internacional denomina como terrorismo de Estado a las “violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, donde se vincula al terrorismo con la lucha de los pueblos por su libre determinación”.¹⁶⁷

Un ejemplo de que la tiranía y la opresión engendran violencia y terrorismo contra y desde el Estado, es la situación en Kosovo, de la que se ocupó el Consejo de Seguridad en sus Resoluciones 1160 del 31 de marzo de 1998, 119 del 23 de septiembre de 1998 y 1203 del 24 de octubre de 1998 y 1244 del 10 de junio de 1999, por la cual se condena la represión y los actos terroristas de cualquiera de las partes, incluido el Ejército de Liberación de Kosovo.

2.4. Terrorismo global

Para algunos recurrir al terrorismo es considerado una vía razonable, para lograr acaparar el interés en el campo político. Por lo tanto, es una de las muchas alternativas ilícitas que las organizaciones radicales eligen.

Es decir, existen organizaciones extremistas cuyo objetivo político es lograr un cambio radical en el *status quo*, un nuevo panorama político, ventajas o quizás privilegios que pudiesen estar en peligro de desaparecer. Para lograr tal objetivo, utilizan ciertos métodos, uno de ellos: el terrorismo. Aunque el terrorismo no es el único método para lograr acabo tales propósitos, éste ofrece

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ SERRANO FIGUEROA, Rafael. *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*. Op. Cit. p. 109

ciertas ventajas atractivas.¹⁶⁸ Dichas ventajas, son, entre otras, el bajo costo del terrorismo o el impacto que el mismo pueda tener en interior del mismo Estado o a nivel internacional, ya que al perpetrarse un suceso de tal índole las cámaras e interés global siempre reaccionan de la forma que una organización extremista/terrorista espera.¹⁶⁹

Actualmente, existen varias organizaciones terroristas que han sido reconocidas como tal por diversos países. Un ejemplo son las resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad en las cuales se listan los nombres de quienes son considerados terroristas, y a quienes se les ha decretado un embargo de armas; esto para obligar a los Estados a abstenerse de comerciar armas o financiar a terroristas u organizaciones.¹⁷⁰

Otra lista es la de organizaciones terroristas extranjeras *foreign terrorist organizations (FTO's)* publicada por el Gobierno de los Estados Unidos de América en la página web del Departamento de Estado.¹⁷¹

A partir del 11 de septiembre, fuimos testigos de un fenómeno que no es nuevo pero que, a partir de entonces, se ha pintado con un matiz especial: el terrorismo global.

El terrorismo global, es el nuevo terrorismo internacional semi-privatizado, como lo es Al-Qaeda; es decir una sofisticada red que subsiste sin depender de patrocinadores directos estatales. Revilla señala que, ahora, estas redes se alimentan de las debilidades del Estado ante el aumento del comercio mundial; esto es, se valen de la “insuficiencia de los Estados para combatir el

¹⁶⁸ Cfr. GREENSHAW, Martha. *The logic of terrorism* citado en REICH, Walter. *Origins of terrorism. Psychologies, ideologies, theologies, states of mind*. S.N.E. Editorial Woodrow Wilson Center Press. EUA, 1990. P. 10

¹⁶⁹ Cfr. GREENSHAW, Martha. *The logic of terrorism* citado en REICH, Walter. *Origins of terrorism. Psychologies, ideologies, theologies, states of mind*. Op. Cit. P. 19

¹⁷⁰ Resoluciones del Consejo de Seguridad 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005) y 1735 (2006).

¹⁷¹ Página del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América: <http://www.state.gov/s/ct/rls/fs/37191.htm>

tráfico de drogas, armas, propiedad intelectual, gente y dinero ilegal, alimentando al terrorismo”.¹⁷²

Lo que hace distinto esta nueva clase de terrorismo es su alcance mundial que lo convierte en un mega terrorismo capaz de desestabilizar un régimen político en un solo día. Lo anterior plantea la cuestión del derecho a la legítima defensa en respuesta a un ataque terrorista.

Para mayor comprensión y entendimiento del contexto que queremos presentar, a continuación analizamos los ataques terroristas de la red Al-Qaeda, así como el propósito que estos persiguen.

2.4.1. Al-Qaeda

Fue creado por Osama Bin Laden a finales de 1980 para unir a los afganos que lucharon en su país contra la Unión Soviética. Se ha señalado que son ayudados en financiamiento, reclutamiento, transporte y entrenamiento por los islámicos sunni (musulmanes ortodoxos opuestos a los shiitas), extremistas de la resistencia de Afganistán. Su meta es establecer un califato pan-islámico en el mundo. Trabajan para derrocar a los regímenes que considera "no islámicos". Pretenden expulsar de los países musulmanes a los ciudadanos occidentales y no afines a su religión.

El principal objetivo de Bin Laden, como el mismo lugarteniente Ayman al Zawahiri y otros han expresado a menudo, es expulsar a EUA de

¹⁷² REVILLA Montoya, Pablo "Hacia la responsabilidad de proteger. Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias" en el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen VII, 2007, pag. 418

tierras musulmanas, derrocar a los actuales gobernantes de la región y establecer una autoridad islámica bajo un nuevo califato.

Su estrategia es provocar a Estados Unidos de América para llevarlo a guerras sangrientas en tierras musulmanas. Según ellos, los Estados Unidos no tienen estómago para sostener una lucha larga y sangrienta, al cabo renunciarán y abandonarán medio oriente a su suerte (aunque ellos no cuentan con la fortaleza y adaptabilidad que en el largo plazo que tiene la sociedad estadounidense).

Esta red, emite declaraciones, bajo la bandera del "Frente Islámico Mundial por la guerra santa", que expresan el deber de todo musulmán de matar a los ciudadanos estadounidenses -civiles o militares- y sus aliados, dondequiera que estén.

Al-Qaeda fue autor de la planeación de operaciones terroristas contra Estados Unidos y turistas israelíes que visitaban Jordania durante las celebraciones del milenio. Las autoridades jordanas frustraron el ataque y llevaron a 28 sospechosos ante los tribunales.

Esa organización terrorista dirigió la colocación de bombas en agosto de 1998 en la embajada de Estados Unidos en Nairobi, Kenya, y Dar es Salaam, en Tanzania. En esos atentados murieron al menos 301 personas y resultaron heridas más de cinco mil; reivindicó el derribo de helicópteros estadounidenses y asesinó a personal al servicio de Estados Unidos en Somalia en 1993.

Al-Qaeda apoya a una red internacional que incluye a otros grupos de extremistas musulmanes sunníes como la guerra santa de los islámicos

egipcios, algunos miembros de Al-Gammá Al Islamiyya, el movimiento islámico de Uzbekistán y el Harakat Ul-Mujahidin.¹⁷³

¹⁷³ *Cfr.* WEDGWOOD, Ruth "Al Qaeda, Military Commissions and American Self Defense", *Political Science Quarterly*, Volume 117, No. 3, 2002. P.357-372.

2 Capítulo 3. Derecho aplicable a la “guerra contra el terrorismo”.

La Carta de las Naciones Unidas cuenta con mecanismos e instituciones que permiten a los Estados actuar y responder en la indispensable lucha contra el terrorismo. Tal como explicamos al inicio del presente trabajo, en 1945 se estableció un sistema de seguridad colectiva, que prevé acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión.

Al respecto, consideramos que estos mecanismos, a pesar de tener más de medio siglo de vida, hoy por hoy podemos adecuarlos a nuestra realidad política y social. Para ello, proponemos la simple interpretación, así como a aplicación de buena fe de la Carta de las Naciones Unidas, absteniéndonos en todo momento de deformarla en virtud de algún interés particular.

El presente trabajo tiene como finalidad probar la potencial efectividad del actual sistema de las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo; claro está, siempre y cuando los miembros permanentes del Consejo de Seguridad cumplan con sus responsabilidades.

No deseamos que lo anterior se interprete como una exclusión a las nuevas propuestas hechas por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, gobiernos y doctrinarios que, en su afán de desarrollar el Derecho, intentan reflejar la actual realidad política y geográfica de la comunidad internacional en la Organización. Mas bien, expondremos nuestra postura, compartida con la del profesor Abi-Saab, al señalar que el sistema legal internacional actualmente resulta operante, solamente basta llevar a la práctica correctamente aquellos mecanismos, instituciones y herramientas existentes, sin necesidad de reinventar el Derecho

Internacional, de tal forma que, con la adecuada práctica, éste sistema se ayudaría a sí mismo a desarrollarse y consolidarse en el transcurso del tiempo.¹⁷⁴

A fin de lograr el objetivo del presente trabajo; es decir demostrar la efectividad de dichas instituciones, tanto de la Organización de las Naciones Unidas como del Derecho Internacional Público, analizaremos el caso de la intervención militar en Afganistán, llevada a cabo por Estados Unidos de América y sus aliados.¹⁷⁵ De tal forma, aprovecharemos el paso del tiempo para analizar los hechos y consecuencias. Estudiaremos los motivos de tal invasión; las actuaciones tanto de la Organización de las Naciones Unidas como de la comunidad internacional, todo ello confrontado y situado en relación con el sistema legal internacional actual, que ha dado pie al surgimiento de nuevas corrientes doctrinarias.

2.1. 3.1. Uso de la fuerza: El Consejo de seguridad y la pertinencia de la Resolución 1368.

La mañana del 11 de septiembre de 2001 registró los cuatro ataques terroristas con mayor cobertura, seguimiento y difusión de la historia (no por ello los más atroces). A las 8:46 una aeronave se estrelló contra la torre norte del *World Trade Center* en Nueva York. Dieciocho minutos más tarde se estrelló otra aeronave en la torre sur del mismo complejo. Media hora después, se reportó el choque de una aeronave en el llamado pentágono. Finalmente, a

¹⁷⁴ Cfr. ABI-SAAB, George, "The proper role of International Law in Combating Terrorism", en *Chinese Journal of International Law* No. 305, 2002. pp. 307.

¹⁷⁵ El principal aliado militar de Estados Unidos de América es Gran Bretaña, pero también han participado de manera directa tropas de Canadá y Alemania, entre otros países. De manera indirecta han participado todos los países vecinos de Afganistán, destacamos a Pakistán como uno de sus principales aliados.

las 10:10 la cuarta aeronave se estrelló en las afueras de la ciudad de Pittsburg en Pensilvania.¹⁷⁶ Todos presuntamente calificados como secuestros por parte de una red terrorista.

Al día siguiente, la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos de América declaró que la red terrorista Al-Qaeda era culpable de los ataques perpetrados el día anterior. Ese mismo día, la Organización de las Naciones Unidas a través del Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1368 (2001), misma que a la letra señala:

“El Consejo de Seguridad, Reafirmando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, Decidido a combatir por todos los medios las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, Reconociendo el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,

1. Condena inequívocamente en los términos más enérgicos los horribles ataques terroristas que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, Washington, D.C. y Pennsylvania y considera que esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales;

2. Expresa su más sentido pésame y sus más profundas condolencias a las víctimas y sus familias, así como al pueblo y el Gobierno de los Estados Unidos de América;

3. Insta a todos los Estados a que colaboren con urgencia para someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de estos ataques terroristas y subraya que los cómplices de los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos y los responsables de darles apoyo o asilo tendrán que rendir cuenta de sus hechos;

¹⁷⁶ Estados Unidos bajo ataque. British Broadcasting Corporation. 11 de septiembre de 2001. http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/news/newsid_1538000/1538133.stm

4. Exhorta a la comunidad internacional a que redoble sus esfuerzos por prevenir y reprimir los actos de terrorismo, entre otras cosas cooperando más y cumpliendo plenamente los convenios internacionales contra el terrorismo que sean pertinentes y las resoluciones del Consejo de Seguridad, en particular la resolución 1269 (1999), de 19 de octubre de 1999;

5. Expresa que está dispuesto a tomar todas las medidas que sean necesarias para responder a los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 y para combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas;

6. Decide seguir ocupándose de la cuestión.¹⁷⁷

Una vez atribuidos aquellos atentados a Al-Qaeda,¹⁷⁸ y adoptada la ambigua resolución 1368 por el Consejo de Seguridad, a Estados Unidos de América se le presentó la ocasión perfecta para intentar capturar a Osama Bin Laden. Debemos recordar que lo sucedido el 11 de septiembre fue, en términos coloquiales, la gota que derramó el vaso respecto de varios ataques perpetrados en contra de aquel Estado.¹⁷⁹ Sin embargo, más tarde descubriremos que la administración del Presidente estadounidense George W. Bush estaba más encaminada a conseguir un cambio de régimen que una operación de búsqueda de los autores de los ataques.

Aún así, Estados Unidos de América y sus aliados se enrolaron en la mal llamada “guerra contra el terrorismo”,¹⁸⁰ en la cual “la lucha contra Al-

¹⁷⁷ UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1368 (12 de septiembre de 2001) *Op. Cit.*

¹⁷⁸ Adjudicación hecha antes de que Osama Bin Laden reconociera como propios tales ataques, lo que Estados Unidos presentó fueron reportes de inteligencia interna que mostraban el vínculo de los ataques con dicha red terrorista.

¹⁷⁹ Uno de los atentados a los que hacemos referencia sucedieron el 7 de agosto de 1998 estallaron 2 camiones-bomba en las Embajadas establecidas en Dar es Salaam (Tanzania) y Nairobi (Kenia) *Cfr. ACOSTA ESTEVES, José B., “La operación Libertad duradera y la legítima defensa a la luz de los atentados del 11 de septiembre de 2001”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen. 6, México, 2006. pag 17.*

¹⁸⁰ Discurso presentado por el Presidente George Bush el 20 de septiembre de 2001 en la sesión del Congreso y a los estadounidenses: “Nuestra guerra contra el terror comienza con Al-Qaeda, pero no concluye allí. No concluirá hasta que todos los grupos terroristas de alcance global hayan sido encontrados, detenidos, y vencidos”. <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.es.html>

Qaeda y los talibanes sería la primera etapa de un guerra más amplia contra el terrorismo".¹⁸¹

El 7 de octubre de 2001, "tras fracasar un nuevo llamamiento de George W. Bush a los talibanes para entregar a Osama Bin Laden",¹⁸² Estados Unidos de América y sus aliados iniciaron una campaña militar en Afganistán (pues Al-Qaeda y el régimen talibán fueron definidos como un mismo objetivo estratégico) denominada, por el mando estadounidense, "operación libertad duradera". Esa operación fue en respuesta a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 y como prevención, no autorizada por el Consejo de Seguridad, de posibles futuros ataques de esa misma índole.

Estados Unidos de América y su principal aliado Reino Unido informaron al Consejo de Seguridad sobre sus acciones. Así, ambos Estados invocaron, con una interpretación subjetiva, artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, al señalar que su objetivo era responder los ataques recibidos el 11 de septiembre, así como, prevenir e impedir unilateralmente futuros ataques.¹⁸³

A partir de esa fecha, muchos autores consideraron que era oportuno adecuar el Derecho Internacional a lo que ocurría; es decir, se inició una nueva corriente doctrinal que solicitaba reformar o transformar el Derecho de acuerdo con las decisiones y actuaciones de algunos Estados. Expresamente el punto

¹⁸¹ ACOSTA ESTEVES, José B., "La operación Libertad duradera y la legítima defensa a la luz de los atentados del 11 de septiembre de 2001". *Op. Cit.* P. 33.

¹⁸² *Ibidem.* P 34

¹⁸³ Carta del Representante Permanente de los Estados Unidos en Naciones Unidas dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (7 October 2001), UN Doc. S/2001/946 "The U.S. Permanent Representative to the U.N., acting in accordance with Article 51 of the U.N. Charter, informed the U.N. Security Council that the U.S. had initiated the "exercise of its inherent right of individual and collective self-defence" following the September 11 armed attacks against the U.S. The U.S. Permanent Representative reported that the U.S. Government had obtained "clear and compelling information" that the Al-Qaeda organization, which is supported by the Taliban regime in Afghanistan, had a "central" role in the attacks. The U.S. Permanent Representative noted that the U.S. inquiry was still in early stages, and that the "[U.S.] may find that [its] self-defence requires further actions with respect to other organizations and other States." <http://www.un.int/usa/s-2001-946.htm>

Carta del Encargado de Negocios del Representante Permanente del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Naciones Unidas (7 October 2001) UN Doc. S/2001/946: "These forces have now been employed in exercise of the inherent right of individual and collective self defense, recognized in Article 51, following the terrorist outrage of 11th September, to aver the continuing threat of attacks from the same source". http://www.ukun.org/xp/asp/SarticleType.17/Article_ID.328/qx/articles_show.htm

controvertido es si los Estados tienen facultades para adoptar medidas preventivas o punitivas sin la autorización previa y expresa del Consejo de Seguridad.

2.1.1. 3.1.1. El derecho a la legítima defensa.

Antes de desarrollar el tema de la supuesta “legítima” defensa preventiva reivindicada por Estados Unidos de América en su política sobre seguridad nacional, conozcamos cuál fue realmente la figura jurídica que surgió a partir de la adopción de la resolución 1368 (2001) del Consejo de Seguridad, al confrontarla con los hechos sucesivos al 11 de septiembre del 2001.

En primer lugar, el Consejo de Seguridad reconoció en el tercer párrafo del preámbulo de dicha resolución el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Asimismo, instó “a todos los Estados a que colabor[aran] con urgencia para someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de [esos] ataques terroristas [...]”¹⁸⁴

Dicho lo anterior y sin caer en una interpretación estricta y restrictiva de la Carta, si leemos de una manera flexible la resolución 1368, podríamos considerar que el Consejo de Seguridad autorizó de cierta manera el uso de la

¹⁸⁴ UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1368 (12 de septiembre de 2001) UN Doc S/RES/1368

fuerza, con el objetivo limitado y expreso de someter a la acción de la justicia a los autores de los ataques terroristas del 11 de septiembre”.¹⁸⁵

En ese orden de ideas, el Consejo de Seguridad reconoció, en primer término y sin referirse a algún Estado en particular, el derecho a la legítima defensa individual o colectiva mismo que, puede ejercerse como respuesta a un ataque armado, según el artículo 51 de la Carta; segundo, ciertamente, existió un Estado víctima de una agresión si bien el 11 de septiembre no se usaron armas sino aeronaves civiles, la analogía permite aceptar lo ocurrido como un ‘ataque armado’¹⁸⁶. En ese sentido podríamos considerar que, en este caso, Estados Unidos de América hubiera tenido el derecho a rechazar el ataque del cual fue víctima, si hubieran funcionado sus servicios de inteligencia.

Sin embargo, como ya hemos mencionado anteriormente, la doctrina ha establecido requisitos para ejercer, y en su caso legitimar, el derecho a la legítima defensa: primero; ésta debe tener como finalidad rechazar una agresión; segundo, el uso de la fuerza en este sentido deberá ser necesario, proporcional e inmediata.

Respecto al primer requisito, consideramos que la respuesta de Estados Unidos de América y sus aliados, en realidad, no pudo tener como finalidad rechazar la agresión sufrida aquel septiembre, en virtud de que “consumado el

¹⁸⁵ VALLARTA MARRÓN, José Luis, “La legítima defensa. ¿Es imprecisa la Carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman? ¿Es la defensa preventiva contra el terrorismo una norma in status nascendi?” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen. 8, México, 2008. pag 959

¹⁸⁶ _____ “Derecho Internacional y uso de la fuerza”, en *Miscelánea Global, tareas internacionales de México*, Coordinador Jorge Eduardo Navarrete, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades. Colección Perspectiva Global, México, 2008. pag 122

ataque ya no hay agresión que rechazar”;¹⁸⁷ es decir, los autores directos de tales actos fueron inmolados al momento de efectuarse los ataques.

Respecto a las tres condiciones establecidas por la doctrina, señalamos que, lo ocurrido realmente en Afganistán después del 7 de octubre del 2001, fue un uso ilegal de la fuerza, transformada en invasión y derrocamiento del régimen talibán que, en definitiva, dista mucho de ser una acción en legítima defensa.

Respecto de la proporcionalidad, recordemos que ésta consiste en que la acción defensiva debe estar relacionada con el objetivo que se pretende alcanzar; o sea, ésta debe limitarse a lo estrictamente necesario respecto al fin perseguido.¹⁸⁸ Es por ello que, aún cuando la resolución 1368 autorizara el ejercicio a la legítima defensa al permitir el uso de la fuerza a los Estados con la finalidad de llevar a la justicia a los autores de los ataques del 2001, los hechos demuestran que los Estados en ningún momento tuvieron esa única intención; ya que, al intervenir militarmente, fueron más allá de lo dispuesto por aquella resolución, al derrocar el régimen de los talibanes y causar daños colaterales en bienes y personas civiles en incumplimiento del Derecho Internacional humanitario, para finalmente no capturar a Bin Laden.¹⁸⁹

Consideramos que, si aquellos Estados intervencionistas hubieran únicamente tenido como objetivo capturar a Osama Bin Laden, o a líderes de la red Al-Qaeda, con la finalidad de someterlos a la acción de la justicia, la acción hubiera sido conforme a la resolución 1368, más no hubiese sido legítima

¹⁸⁷ VALLARTA MARRÓN, José Luis, “El derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado. ¿Se justifica una interpretación extensiva para incluir medidas preventivas y punitivas? Una visión israelí.” Anuario Mexicano de Derecho Internacional, No. 9, México, 2009 (en imprenta).

¹⁸⁸ Cfr. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. *Op. Cit.* Para. 224, 94 y 122.

¹⁸⁹ Cfr. ACOSTA ESTEVES, José B., “La operación Libertad duradera y la legítima defensa a la luz de los atentados del 11 de septiembre de 2001”, *Op. .Cit.* P 44.

defensa, en virtud de que tales acciones no tienen una intención de rechazar a un ataque armado.

La última condición que nos falta analizar es la inmediatez de la acción, pieza clave para determinar la existencia de la legítima defensa. Si consideramos que la invasión se llevó a cabo el 7 de octubre de 2001; esto es, 26 días después de los ataques terroristas ocurridos el 11 de septiembre, la acción en respuesta a tal agresión no fue, en definitiva, inmediata. Más bien, fueron acciones diferidas en el tiempo que a todas luces incumplen el requisito de temporalidad inherente a la legítima defensa.

Para poder argumentar la existencia de la inmediatez en la acción, Estados Unidos de América hubiera tenido que responder a tal ataque al momento de ser agredido pero ello fue imposible por la naturaleza del ataque terrorista.

Vale la pena recordar que el ejercicio del derecho a la legítima defensa no requiere de la autorización previa del Consejo de Seguridad; es decir, este mecanismo (basado en la institución del Derecho nacional) trabaja antes de que el órgano que se le ha otorgado el monopolio del uso de la fuerza tome medidas al respecto.

Por lo expuesto, podemos concluir que “si la invasión de Afganistán no puede subsumirse a la norma de la Carta de las Naciones Unidas que reconoce el derecho inmanente a la legítima defensa (artículo 51) por no haber sido inmediata, ni proporcional, ni haber tenido como fin rechazar un ataque armado, entonces no fue un caso de legítima defensa”.¹⁹⁰

¹⁹⁰ VALLARTA MARRÓN, José Luis, “*Derecho Internacional y uso de la fuerza*”, *Op. Cit.* pag 124.

Si aceptamos la invasión y derrocamiento del régimen de los talibanes como un acto de legítima defensa autorizada previamente por el Consejo de Seguridad, equivaldría a aceptar que la legítima defensa reconocida en la Carta podría ser punitiva o preventiva; lo cual sería incorrecto ya que el único órgano con atribuciones y facultades punitivas o preventivas otorgadas por la Carta, específicamente en el capítulo VII, es el Consejo de Seguridad¹⁹¹ o una organización regional bajo la autoridad del Consejo de Seguridad.

2.1.2. 3.1.2. Legítima defensa preventiva.

En virtud de que en la llamada “operación libertad duradera” no concurrieron los requisitos inherentes a la legítima defensa, ni se realizó en el marco de una respuesta autorizada por el Consejo de Seguridad en virtud del artículo 42 de la Carta, Estados Unidos de América y sus aliados, así como varios doctrinarios justificaron su acción con base en el ejercicio de la legítima defensa preventiva.

En septiembre de 2002, el Presidente George W. Bush presentó ante el Congreso la Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América. En ella se anunciaba al mundo de manera formal la instauración de una política de legítima defensa preventiva en contra de actos terroristas; la cual en pocas palabras significa que, en virtud de la permanente lucha contra el terrorismo, Estados Unidos de América y cualquier Estado que desee sumarse a tal contienda, actuará de manera preventiva ante el temor de cualquier ataque. Es decir, la citada estrategia pretende legitimar intervenciones

¹⁹¹ Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas otorga al Consejo de Seguridad funciones preventivas en caso de amenaza a la paz y seguridad internacionales. Carta de las Naciones Unidas. *Op. Cit.* Capítulo VII.

militares, ante cualquier sospecha de peligro o amenaza terrorista, por muy remota que pueda ser, que ponga en peligro la seguridad de Estados Unidos de América.¹⁹²

En el capítulo I, expusimos nuestra postura respecto a la “legítima” defensa preventiva, en el cual expresamos nuestro total desacuerdo, ya que consideramos que sale de la esfera de la legalidad, y que la simple idea de la existencia de ese supuesto derecho implica una violación directa a la prohibición general del uso de la fuerza incorporado en la Carta de las Naciones Unidas; es decir, contradice una norma con carácter *ius cogens*.

De acuerdo con José Luis Vallarta Marrón, “si un Estado se involucra en una defensa preventiva, estaría violando la Carta de las Naciones Unidas y la prohibición de recurrir al uso de la fuerza lapidariamente hecha en ese tratado de jerarquía superior, el cual no sufre *desuetudo* por violaciones a normas que tienen carácter *ius cogens*”¹⁹³

En este sentido, sostenemos la tesis sobre la potencial efectividad de los mecanismos existentes y reiteramos que el único órgano que tiene la responsabilidad primordial para afrontar amenazas a la paz y seguridad internacionales es el Consejo de Seguridad.

No por ello negamos que un Estado tenga la necesidad de adoptar medidas preventivas como respuesta al terrorismo, solamente condicionamos cualquier acción unilateral internacional a una previa y expresa autorización del Consejo de Seguridad.

¹⁹² Estados Unidos había aceptado la limitación de la guerra preventiva al caso del ataque inminente, en virtud del caso *Caroline*, después de los ataques terroristas del 11 de septiembre, Estados Unidos adoptó la doctrina de guerra preventiva ante amenazas terroristas. Para más información consultar www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf

¹⁹³ VALLARTA MARRÓN, José Luis, “El derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado. ¿Se justifica una interpretación extensiva para incluir medidas preventivas y punitivas? Una visión israelí.” *Op. Cit.* (en imprenta)

Además, estamos en contra de la corriente doctrinal, sugerida por Kofi Annan, que promueve la existencia de la facultad de “ratificación” del Consejo de Seguridad; es decir, que un Estado adopte medidas preventivas o punitivas arbitraria e unilateralmente, en virtud de una supuesta amenaza internacional para posteriormente recurrir al Consejo de Seguridad con la pretensión de que éste legalice esa decisión. Tal ratificación, a todas luces, contravendría lo dispuesto por la Carta de las Naciones Unidas.

Lo que en todo caso podría hacer el Consejo de Seguridad es reconocer las responsabilidades de las potencias ocupantes, según el Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados; por ejemplo, lo ocurrido en la ocupación de Irak en 2003.

La razones de nuestra oposición respecto a la existencia de tal derecho se basan en primer lugar, en la desnaturalización del concepto de la institución de la legítima defensa previsto en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas; en segundo lugar, en las consecuencias políticas de alcance global que esta doctrina podría conllevar, ya que podría servir como instrumento discrecional de los Estados para resolver conflictos y modificar mapas políticos regionales de acuerdo con los intereses de las potencias dominantes.

Un ejemplo concreto es el caso de Israel, el cual se aprovecha de la situación y de lo controvertido que es el concepto de la legítima defensa preventiva, ya que cada vez que es víctima de un atentado terrorista, envía tropas “en represalia” a territorios bajo control de la Autoridad Palestina o

ilegalmente ocupados por Israel, con la excusa de actuar conforme al principio de autodefensa preventiva.¹⁹⁴

Por lo tanto, consideramos que lo que realmente se intenta es legitimar un uso de la fuerza de carácter preventivo o punitivo en contra de terceros Estados u organizaciones, lo que en nuestra opinión significa un nuevo disfraz a las 'represalias armadas' mismas que contravienen lo dispuesto en la Carta y al Derecho Internacional vigente.¹⁹⁵

En el sentido de lo anterior, negamos rotundamente que los ataques y las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad después de los ataques del 11 de septiembre, hayan dado lugar a normas *in status nascendi* respecto de la existencia de una legítima defensa preventiva, que en términos reales, implique el otorgamiento de una "carta blanca" a cualquier Estado para tomar medidas que estime necesarias para defenderse anticipadamente de otros Estados o grupos irregulares.

En el caso particular de los ataques terroristas, únicamente se requiere retomar el sentido puro de la Carta de las Naciones Unidas y supeditarlo al órgano con atribuciones para autorizar una acción *ex ante facto* con la finalidad de prevenirlo. De ninguna forma es conforme a Derecho una autorización *ex post facto*, ya que implicaría la ratificación o legalización de un uso indebido de la fuerza, facultad que no se encuentra atribuida al Consejo de Seguridad.

Reiteramos que, el Consejo de Seguridad puede adoptar las medidas que estime pertinentes después de una agresión, tal como lo hizo en el caso de

¹⁹⁴ REVILLA Montoya, Pablo "Hacia la responsabilidad de proteger. Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias" *Op. Cit.* P. 420 y 421.

¹⁹⁵ "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". Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV) *Op. Cit.* "... Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza".

Irak en 2003, pero sin ratificar o legalizar tal violación, tan sólo para ordenar las responsabilidades de los ocupantes y organizar la ayuda humanitaria.

2.1.3. 3.1.3. Nuestra visión sobre lo que hubiera sido el camino respecto del caso afgano.

En este apartado expondremos lo que, a nuestro juicio, hubiera sido el camino correcto, en términos jurídicos, respecto del conflicto en Afganistán iniciado en 2001.

En virtud de que de ninguna manera puede considerarse la intervención en Afganistán como un acto de legítima defensa, podríamos sostener que la resolución 1368 (2002) da alguna base jurídica para sostener que el uso de la fuerza fue autorizado por el Consejo de Seguridad con el objetivo limitado de llevar a la justicia a los autores de los crímenes del 11 de septiembre. Recordemos la norma de la Carta que da atribuciones al Consejo de Seguridad para emplear (autorizar) el uso de la fuerza armada (artículo 42)".¹⁹⁶

Cabe aclarar que el artículo 42 y el 51 de la Carta son interdependientes; es decir, el artículo 42 no necesita de la legítima defensa para su funcionamiento, basta con que el Consejo de Seguridad lo aplique. Por otro lado, en el caso de ejercicio de legítima defensa el Consejo de Seguridad entra hasta la etapa en que adopta medidas que suspendan el ejercicio del derecho a la legítima defensa para sustituir esa medida de autoprotección por la acción armada del Consejo o autorizada por éste.

¹⁹⁶ VALLARTA MARRÓN, José Luis, "*Derecho Internacional y uso de la fuerza*", *Op. Cit.* P. 124.

En nuestra opinión, lo correcto hubiera sido que el Consejo, al actuar en el marco del Capítulo VII de la Carta, hubiese autorizado el uso de la fuerza de manera expresa y categórica por los Estados Miembros bajo el artículo 42 de la Carta para los fines mencionados en la resolución aprobada “máxime que todo parecía indicar que el régimen de los talibanes había incurrido en un auténtico terrorismo de Estado por su tolerancia y complicidad con el ataque del 11 de septiembre”¹⁹⁷.

De tal forma concluimos el análisis sobre la supuesta legalidad de la intervención militar en Afganistán por parte de Estados Unidos de América y sus aliados, la cual en definitiva no podrá ser considerada como ejercicio de legítima defensa y menos como una acción preventiva autorizada por el Consejo de Seguridad.

Ahora, damos paso al siguiente apartado de dicho conflicto; es decir, a partir del 7 de octubre de 2001, tropas estadounidenses, así como las de sus aliados, ingresaron a territorio afgano. Aún cuando hayamos negado la existencia de una guerra -en el estricto sentido de la palabra- contra el fenómeno del terrorismo, no debemos dejar de lado circunstancias que requieren la aplicación de las normas. En el caso analizado, a partir de esa fecha se han registrado constantes violaciones al Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, en virtud de la política y las operaciones militares ahí seguidas, mediante las cuales alegan, infundadamente, la existencia de “hoyos negros” o situaciones no previstas por el Derecho Internacional.

¹⁹⁷ _____, “La legítima defensa. ¿Es imprecisa la Carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman? ¿Es la defensa preventiva contra el terrorismo una norma *in status nascendi*?” *Op. Cit.* pag 559

El objetivo del siguiente apartado es demostrar la inexistencia de tales “hoyos negros”, y nuevamente probar que la Carta de las Naciones Unidas, así como el marco normativo existente, tienen un contenido justo que permiten a los Estados la indispensable lucha contra el terrorismo sin necesidad de deformar o distorsionar las normas existentes.

Estados Unidos de América ha sostenido que el Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados es inaplicable a las acciones militares que ha emprendido, supuestamente para combatir el terrorismo.

Debemos dejar muy claro que aún cuando la intervención sea de dudosa legalidad, el Derecho Internacional humanitario debe categóricamente aplicarse a los casos que realmente corresponda. En el caso de la “operación liberadora”, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹⁹⁸ así como el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), así como las normas de Derecho Internacional consuetudinario son plenamente aplicables a ese conflicto armado internacional, en el que participaron, la coalición liderada por Estados Unidos de América, por un lado, y el régimen del Talibán por el otro.

2.2. 3.2. Derecho Internacional humanitario aplicable al “conflicto afgano”

¹⁹⁸ Ver nota al pie número 51 del Capítulo 1.

La aplicación del Derecho Internacional humanitario se determina en virtud de la existencia de un conflicto armado. Actualmente no existe un consenso respecto a la definición de “conflicto armado”, sin embargo compartimos con Silvia Borelli la idea de que a falta de definición, podemos realizar “determinación de hecho”; es decir una lista de los requisitos que dan nacimiento al mismo.

En ese sentido, para que surja un conflicto armado requiere la existencia de un estado de hostilidades generalizadas, persistentes y de magnitud suficiente. De acuerdo con lo anterior, no nos queda duda que el en conflicto afgano fue un conflicto armado en virtud de la magnitud de las operaciones realizadas, así como por la duración de las mismas.¹⁹⁹

Existe cierta discrepancia sobre la fecha en el que el Derecho Internacional humanitario se vuelve aplicable, ya que puede considerarse el 7 de octubre de 2001, día que inició materialmente la intervención militar en Afganistán por parte de Estados Unidos de América y sus aliados o el 11 de septiembre de 2001 cuando Estados Unidos de América fue víctima de una agresión en violación al Derecho Internacional y a la Carta de las Naciones Unidas. Según las potencias invasoras, Estados Unidos de América se volvió titular del derecho a ejercer la legítima defensa para responder militarmente aquellos actos, que podrían considerarse agresión.

Sostenemos que dada la naturaleza del ataque, Estados Unidos de América no tuvo posibilidad de ejercer la legítima defensa para rechazar un ataque que, desafortunadamente, se ejecutó con eficacia.

¹⁹⁹ BORELLI, Silvia, “*The treatment of terrorist suspects capture abroad: Human rights and Humanitaria Law*” en BIANCHI, Andrea (Compiladora) *Enforcing International Law Norms Against terrorism* Editorial Oxford, Portland Oregon, 2004. pag. 40

Consideramos que la aplicación del Derecho Internacional humanitario surge desde el día que se inició la operación militar conjunta en Afganistán. La acción militar inició 26 días después del 11 del septiembre y fue hasta aquella fecha en que la acción militar provocó la aplicación de ese Derecho.

Un punto fundamental antes de avanzar en el análisis de la aplicación del Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, es reiterar que la aplicación de ese Derecho no depende de la legalidad de la acción militar. El hecho o razón de cómo surgió el conflicto armado, es decir todo lo relativo al *jus ad bellum*, no exenta a un Estado o parte en un conflicto del respeto de las reglas del Derecho Internacional humanitario, mismas que por su naturaleza tienen carácter *erga omnes*,²⁰⁰ que también reglamentan la conducta de individuos participantes en el conflicto.

2.2.1. 3.2.1. Naturaleza del conflicto armado en el caso Afganistán.

Respecto a la naturaleza del conflicto armado, recordemos que una acción militar conducida por las fuerzas de dos o más Estados soberanos en el territorio de un tercer Estado soberano constituye un conflicto armado internacional;²⁰¹ por lo tanto, la operación militar llevada a cabo en Afganistán iniciada el 7 de octubre fue de carácter internacional.

Existen argumentos sobre la internacionalización del conflicto en Afganistán, ya que previamente existía un conflicto armado de carácter no

²⁰⁰ CONDORELLI, Luigui y NAQVI, Yasmin, "The War Against Terrorism and Jus in Bello: Are the Geneva Conventions Out of Date" en BIANCHI, Andrea (Compiladora) Enforcing International Law Norms Against terrorism Op. Cit. P. 35

²⁰¹ BORELLI, Silvia, "The treatment of terrorist suspects capture abroad: Human rights and Humanitaria Law" Op. Cit. P. 41

internacional entre el régimen talibán y la alianza del norte, pero de acuerdo con Andrea Borelli, éste no puede considerarse internacionalizado en virtud de que Estados Unidos de América no fue invitado a participar en las hostilidades por las partes del conflicto interno anterior.²⁰²

A pesar del carácter asimétrico del conflicto y aún cuando el régimen talibán no era reconocido por Estados Unidos de América, el conflicto armado se llevó a cabo entre Altas Partes Contratantes de los Convenios de Ginebra, por lo tanto activaba su aplicación en virtud del artículo 2 común en dichos Convenios.²⁰³

El marco normativo aplicable a los conflictos armados internacionales fue desarrollado en apartado correspondiente del Capítulo 1; el cual señala que de manera general son aplicables las Convenciones de la Haya de 1907, el Reglamento de Derecho y costumbre de guerra en tierra de la Haya de 18 de octubre de 1907, los cuatro Convenios de Ginebra y sus respectivos Protocolos adicionales.

En principio, podríamos argumentar que al inicio de las hostilidades ningún Estado en el conflicto objetó la aplicación del Derecho Internacional humanitario, más aún, podríamos considerar que su aplicabilidad se elevó al más alto nivel gracias a las fuerzas aliadas, ya que el 24 de octubre de 2001 el Comité internacional de la Cruz Roja envió un memorandum para recordar a ambas partes²⁰⁴ sus obligaciones bajo las reglas aplicables del Derecho Internacional humanitario, mismo que nunca fue cuestionado. La falta de declaración al respecto por parte de Estados Unidos de América -por

²⁰² Idem.

²⁰³ Artículo 2, común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949 (ver nota al pie 51 del capítulo 1) "el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra".

²⁰⁴ Ambos Estados, tanto Afganistán como Estados Unidos son parte de los cuatro Convenios de Ginebra.

aquiescencia- implicaba la aceptación de la aplicación del cuerpo de normas de derecho humanitario internacional.²⁰⁵

A pesar de lo arriba señalado, con el paso del tiempo, surgieron una serie de hechos que demostraban la posición estadounidense sobre la incompatibilidad de los propósitos políticos de la lucha contra el terrorismo con el Derecho Internacional humanitario. Se hicieron demostraciones públicas de Estados Unidos para no otorgar a los individuos capturados, en virtud de aquella lucha contra el terror, garantías o beneficios establecidos en el marco legal vigente.

2.2.2. 3.2.2. Detenidos en la “guerra contra el terrorismo”: caso Guantánamo.

Desde el inicio de la “operación libertad duradera” en Afganistán, el 7 de octubre de 2001, miles de personas de diferentes nacionalidades fueron detenidos por la coalición internacional encabezada por Estados Unidos de América, así como por las fuerzas anti-talibanes, las cuales ahora forman el nuevo gobierno de Afganistán.

Los prisioneros se encuentran a la fecha encarcelados en diversos centros de detención en Afganistán²⁰⁶ y Pakistán. El propósito es someterlos a una serie de interrogatorios con la finalidad de obtener información que los

²⁰⁵ CONDORELLI, Luigui y NAQVI, Yasmin, “*The War Against Terrorism and Jus in Bello: Are the Geneva Conventions Out of Date*” en BIANCHI, Andrea Enforcing International Law Norms Against terrorism *Op. Cit.* P. 31

²⁰⁶ La instalación con mayor número de prisioneros se encuentra en Shiburghan, al oeste de Mazar-i-Sharif; otro campo de detención controlado por Estados Unidos de América se encuentra a las afueras de Kandahar. Incluso existe gente detenida en barcos militares estadounidenses como el USS Peleliu. *Cfr.* BENAVIDES, Luis “Estatuto jurídico de prisioneros por EUA en Guantánamo”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen II, 2003, México, P. 69.

lleve a la captura de los posibles autores de los ataques del 11 de septiembre o de cualquier sospechoso, miembro de alguna red terrorista.

Una vez seleccionados los prisioneros, al arbitrio de Estados Unidos de América, han sido trasladados a la base militar estadounidense, en la Bahía de Guantánamo, Cuba, para ser interrogados y ser sujetos a un posible juicio ante las comisiones militares creadas por Estados Unidos de América en virtud de la orden presidencial del 13 de noviembre de 2001 sobre la detención, trato y juicio a extranjeros en la guerra contra el terrorismo.²⁰⁷

¿Por qué Guantánamo? Porque es una base militar cedida a los Estados Unidos de América el 16 de febrero de 1903, luego de la invasión norteamericana de 1898, como consecuencia de la Enmienda Platt,²⁰⁸ la cual, según una ficción de la administración del Presidente Bush, se encuentra fuera de la jurisdicción estadounidense. Por lo tanto la administración de Estados Unidos de América afirma que este hecho geográfico priva a aquellos prisioneros de cualquier protección legal ya sea constitucional o internacional; es decir, pretende mantenerlos en un limbo jurídico.

Este limbo jurídico pretende que los cautivos no tendrían posibilidad de una representación legal, ni acceso a alguna corte o tribunal. Además, podrían ser detenidos hasta el fin de la “guerra contra el terrorismo”, absteniéndolos y sustrayéndolos de cualquier protección legal tanto de la Carta de las Naciones Unidas como de los Convenios de Ginebra.²⁰⁹

²⁰⁷ Orden presidencial No. 66 Fed Reg. 57, 833 (2001). Fuente: www.whitehouse.gov/

²⁰⁸ La cesión fue hecha a perpetuidad y, hoy, a pesar de que Estados Unidos de América tiene completa jurisdicción y control del área, Cuba mantiene intacta su soberanía sobre ella. Esta situación se deriva de los Tratados de 1903 y 1934. Estados Unidos de América paga, como arrendamiento, cerca de 4,000 dólares anuales, aunque desde que Fidel Castro asumió el poder en la isla, solamente se ha cobrado uno. Cuba denunció los Tratados de 1903, y el subsiguiente de 1934, en 1969, para apartarse de ellos basándose en que fueron impuestos por la fuerza después de la invasión norteamericana de 1898. Aun así, los Tratados han quedado firmemente impuestos.

²⁰⁹ Cfr. SANDS, Philippe, *Lawless world*, Editorial Viking Penguin, Estados Unidos, 2005 pp 144.

2.2.2.1. 3.2.2.1. Posición de Estados Unidos de América respecto a los prisioneros en Guantánamo.

Después de analizar los hechos, nos queda claro que las reglas del Derecho Internacional humanitario presentaran un obstáculo en la lucha estadounidense contra el terrorismo.

El derecho a la defensa y al debido proceso legal fue ignorado al principio del funcionamiento del campo de detención ubicado en la bahía de Guantánamo. Por ejemplo, las sesiones de interrogatorio con la finalidad de obtener información sobre redes terroristas, estaban reguladas y por tanto limitadas conforme a Derecho, ya que, en principio, los detenidos tendrían que ser liberados, o en su caso, repatriados al momento de finalizar las hostilidades.

La justificación oficial de tales actuaciones expuestas por la administración de George W. Bush fue que los detenidos en Afganistán, refiriéndose a los talibanes, miembros de Al-Qaeda o extranjeros capturados durante el conflicto, no tenían -ni tienen actualmente- derecho a una condición de persona protegida en virtud de los Convenios de Ginebra.²¹⁰

Estados Unidos de América argumentó en primer lugar, que no reconocía al régimen talibán como Gobierno, por lo que no eran consideradas fuerzas armadas regulares y en segundo lugar, que los talibanes no tenían

²¹⁰ Ver resumen del discurso del Secretario Rumsfield Departamento de defensa del 11 de enero de 2002, disponible en <http://defenselink.mil/news/Jan2002/t01112002_t01111sd.html>.

derecho a la condición de prisionero de guerra en virtud de que no cubrían los requisitos de la categoría de fuerza armada irregular.²¹¹

Los detenidos en Guantánamo, miembros de la red terrorista Al-Qaeda, según el Presidente Bush, no poseen derechos bajo el Derecho Internacional humanitario en virtud de que ese Presidente decidió que todos esos detenidos son considerados “combatientes ilegales”. Esto porque, forman parte de una organización terrorista extranjera que no es un Estado y por tanto, no son parte de los Convenios de Ginebra, conclusión, no pueden ostentar de alguna forma la condición de prisionero de guerra. Además, no califican como combatientes legales ya que no cumplen con el principal requisito que es: ostentar un signo que los distinga a distancia.²¹²

2.2.2.2. 3.2.2.2. La condición jurídica de los prisioneros en Guantánamo.

Para determinar la condición jurídica de los prisioneros detenidos en Guantánamo es indispensable saber las circunstancias en las cuales fueron aprehendidos. La mayoría de las personas que se encuentran en Guantánamo fueron detenidas en el contexto de un conflicto armado entre Estados Unidos de América, junto con una coalición internacional, en contra del gobierno de facto de los talibanes en Afganistán. Junto a los talibanes pelearon supuestamente miembros de la organización Al-Qaeda.

Como regla general podemos decir que los prisioneros protegidos por el Derecho Internacional humanitario tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral, y se benefician de garantías judiciales. Esas

²¹¹ Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. *Op. Cit.* Artículo 4(A)2

²¹² Idem. Artículo 4A2(b).

personas serán, en todas las circunstancias protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable. Además, todas las personas detenidas en el marco de un conflicto armado, ya sea internacional o no, caen en alguna de las categorías establecidas en los Convenios y Protocolos.

Respecto a la situación jurídica de los detenidos talibanes, cabe mencionar que el artículo 4 (A) del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, establece una lista de categorías de personas quienes podrán ostentar la condición de prisionero de guerra; la primer categoría se refiere a los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas.

Aún cuando Estados Unidos de América no reconoció al talibán como gobierno legítimo afgano, los miembros del ejercito talibán definitivamente pertenecen a esta categoría por lo tanto cuentan con el derecho a la condición de prisionero de guerra.²¹³

Más aún, el artículo 5 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra señala que, en caso de duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección de dicho Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto.

²¹³ BORELLI, Silvia, "The treatment of terrorist suspects capture abroad: Human rights and Humanitaria Law" Op. Cit. P. 43

Es importante indicar que aún en el supuesto de que las personas detenidas fuesen juzgadas por un tribunal competente y se encontrase que éstas no gozan de la condición de prisionero de guerra, no significaría que se encuentran en una indefensión total, ya que, algunas de ellas, gozarían de la protección del Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, al igual que de aquellas reglas del Derecho Internacional consuetudinario.

Ahora, en relación con la clasificación de “combatientes ilegales” respecto de los miembros de la red Al-Qaeda, en primer lugar debemos aclarar que tal término no aparece en lo dispuesto por el Derecho Internacional humanitario; es decir, los Convenios de Ginebra no disponen tal clasificación. Únicamente, encontramos referencia a dicho término en manuales militares para indicar a las personas que toman parte directa en las hostilidades sin el derecho para hacerlo y quienes, por lo tanto, no pueden ser clasificados como prisioneros de guerra cuando caen en poder del enemigo.²¹⁴

Sin embargo, lo anterior contradice uno de los principios del Derecho Internacional humanitario, reflejado en el caso *Celebici* ante el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, el cual señala que todos los individuos sin excepción tienen derecho a la condición de persona protegida, ya sea como prisionero de guerra o como civiles internos protegidos.²¹⁵

Por lo tanto, si los miembros de Al-Qaeda no cumplen los requisitos para ser considerados dentro de la categoría de combatientes legales señalado en el artículo 4 A (1) del Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, estos por exclusión deben tener derecho a la condición de persona

²¹⁴ BORELLI, Silvia, “*The treatment of terrorist suspects capture abroad: Human rights and Humanitaria Law*” Op. Cit. P.

45

²¹⁵ Prosecutor v. Celebici case ICTY-96-21 Trial Chamber (judgment) 16 de noviembre 1998. para. 271.

protegida bajo el Cuarto Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; en virtud de que éste “protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas.”²¹⁶

Esto quiere decir que toda persona, incluso extranjera, que se encuentre en Afganistán en el momento de la intervención militar, por Derecho está protegido por dispuesto por los Convenios de Ginebra; excepto, aquellos extranjeros capturados que sean nacionales de algún Estado que no sea parte de los Convenios de Ginebra, los cuales, no obstante son protegidos por el Derecho Internacional consuetudinario. Consecuentemente, “no hay estatus jurídico intermedio”, nadie en manos del enemigo está fuera de la ley.²¹⁷ Opinión que ha sido confirmada por organismos internacionales tales como la Oficina del Alto Comisionado de derechos humanos de las Organización de las Naciones Unidas,²¹⁸ así como por el Comité Internacional de la Cruz Roja.²¹⁹

2.2.2.3. 3.2.2.3. Consecuencias jurídicas por calificar a los detenidos en Guantánamo como personas protegidas bajo el Derecho Internacional humanitario.

La calificación de los individuos capturados durante el conflicto armado en Afganistán, ya sea como prisionero de guerra o como civiles protegidos en

²¹⁶ Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. *Op. Cit.* Artículo 4.

²¹⁷ BENAVIDES, Luis “*Estatuto jurídico de prisioneros por EUA en Guantánamo*, *Op. Cit.* P. 74.

²¹⁸ Statement of High Commissioner for Human Rights on detention of taliban and Al Qaeda Prisoners at US Base in Guantanamo Bay, Cuba, 16 de enero de 2002. Fuente: www.cicr.org

²¹⁹ Comunicado de prensa del CICR 9 de febrero de 2002

tiempo de guerra, tiene consecuencias relevantes respecto del trato que les debe ser otorgado. A continuación, presentamos lo que a nuestro juicio son las consecuencias más representativas respecto del desarrollo del presente trabajo.

En primer lugar, el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, así como el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles mantienen el principio de trato humano a las personas protegidas que caigan en manos del enemigo; es decir éstos deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias.²²⁰ Además, podrán disfrutar de la protección de dichos instrumentos jurídicos sin distinción desfavorable alguna, especialmente en cuanto a la raza, sexo, la nacionalidad, la religión o la opinión política.²²¹ Este principio, definitivamente es concebido como un obstáculo en la aplicación de políticas antiterroristas implementadas por Estados Unidos de América.

En segundo lugar, una de las principales consecuencias respecto del otorgamiento del estatus de prisionero de guerra a las personas capturadas en Afganistán, es lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, particularmente el tercer párrafo, el cual

²²⁰ Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. *Op. Cit.* Artículo 13 del “Los prisioneros de guerra deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias. Está prohibido y será considerado como infracción grave contra el presente Convenio, todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la Potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder. En particular, ningún prisionero de guerra podrá ser sometido a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos, sea cual fuere su índole, que no se justifiquen por el tratamiento médico del prisionero concernido, y que no sean por su bien. Asimismo, los prisioneros de guerra deberán ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra todo acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública”. Están prohibidas las medidas de represalia contra ellos. Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. *Op. Cit.* Artículo 27: “Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública. Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor. Habida cuenta de las disposiciones relativas al estado de salud, a la edad y al sexo, todas las personas protegidas serán tratadas por la Parte en conflicto en cuyo poder estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas. No obstante, las Partes en conflicto podrán tomar, con respecto a las personas protegidas las medidas de control o de seguridad que sean necesarias a causa de la guerra”.

²²¹ Cuarto Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. *Op. Cit.* Artículos 13, así como Tercer Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. *Op. Cit.* Artículo 27.

señala que no se podrá infligir a los prisioneros de guerra tortura física o moral ni presión alguna para obtener datos de la índole que fueren. Los prisioneros que se nieguen a responder no podrán ser amenazados ni insultados ni expuestos a molestias o desventajas de ningún género.

Estados Unidos de América argumenta que el trato a los detenidos, en particular a lo que a interrogatorios se refiere, es totalmente consistente con el Derecho estadounidense, es decir conforme a manuales militares, además señala que el Derecho Internacional no puede ir más allá que el Derecho interno, es decir, no puede imponer obligaciones legales adicionales a las ya existentes en el Derecho estadounidense. De tal forma, el otorgar el estatuto de prisionero de guerra a aquellas personas y someterse a lo dispuesto por el artículo 17, obstruiría a todas luces las prácticas interrogatorios (ilegales) llevadas a cabo en Guantánamo.

Como tercera consecuencia positiva, señalamos que en el caso de que Estados Unidos de América otorgara a los capturados en Afganistán el estatuto de prisionero de guerra, de ninguna forma afectaría el proceso penal que se desee llevar en su contra, en virtud de la excepción a la obligación de liberar y repatriar a los prisioneros de guerra tras haber finalizado las hostilidades activas.²²² El Derecho Internacional humanitario señala que “los prisioneros de guerra procesados o condenados por un crimen o un delito penal podrán ser retenidos hasta que finalice el proceso y, eventualmente, hasta que hayan cumplido la sentencia”.²²³

²²² Tercer Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. *Op. Cit.* Artículo 118 párrafo tercero.

²²³ Tercer Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. *Op. Cit.* Artículo 119 párrafo quinto.

Esto quiere decir, que aquellos capturados en el marco del conflicto armado afgano pueden ser retenidos por Estados Unidos de América para ser juzgados en virtud de la comisión del crimen de terrorismo previamente tipificado en la legislación estadounidense o, en su caso, podrán ser extraditado a algún Estado que lo solicite o sometidos a la jurisdicción de organismos internacionales, por ejemplo, a la Corte Penal Internacional, por la supuesta comisión de crímenes de guerra.

Finalmente, la cuarta consecuencia se refiere a la regla de enjuiciamiento de los prisioneros de guerra, la cual establece que éstos sólo podrán ser juzgados por tribunales militares, los cuales deberán ofrecer las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad generalmente reconocidas y los medios de defensa previstos en el mismo ordenamiento (derecho a ser defendido por un abogado, a tener un interprete, a la comparecencia de testigos, entre otros).²²⁴

2.3. 3.3. La interacción del Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Los Estados tienen la obligación y el derecho de defender a sus ciudadanos contra los actos terroristas. Esto puede abarcar el arresto y la detención de personas que presuntamente han cometido crímenes terroristas. Sin embargo, esas medidas siempre deben tomarse de conformidad con un marco jurídico nacional e internacional claramente definido.

²²⁴ Tercer Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. *Op. Cit.* Artículos 84 y 105.

Específicamente, las reglas de Derecho Internacional aplicables a los detenidos en Guantánamo se encuentran establecidas en dos grupos de tratados, separados pero a la vez relacionados. Ambos tienen apoyo universal e incluyen normas inderogables del Derecho Internacional; es decir, normas que no pueden ser derogadas bajo alguna circunstancia.²²⁵ En el apartado anterior nos referimos al Derecho Internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, a continuación presentaremos el segundo grupo que envuelve los derechos humanos fundamentales.

Las reglas del Derecho Internacional humanitario son complementarias del Derecho Internacional de los derechos humanos, ya que el primero aplica a los conflictos armados, mientras que el segundo provee protección a los derechos fundamentales principalmente en tiempos de paz. Un punto importante es que existen algunos derechos que son derogados en situaciones extremas pero por otro lado existen derechos nucleares que por su naturaleza son inderogables, como lo es, por antonomasia el derecho a la vida.

La Declaración Universal de los derechos humanos presenta un catálogo de derechos inderogables, los cuales, entre otros, incluyen; el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado;²²⁶ a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, en condiciones de plena igualdad, para la determinación de derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en materia penal; a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad; y a no ser condenado por actos u omisiones que en el

²²⁵ Cfr. SANDS, Philippe. *Lawless world. Op. Cit.* P. 145

²²⁶ Artículo 3, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de los derechos humanos Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.

En virtud de lo anterior, sostenemos que aún cuando Estados Unidos de América se niega a reconocer el estatuto de persona protegida a los capturados en el marco del conflicto afgano, éstos son titulares, por el simple hecho de ser persona, de derechos humanos no derogables derivados del derecho consuetudinario, así como de tratados de derechos humanos de los cuales Estados Unidos de América es parte.²²⁷

Recientemente se emitieron varios fallos, relativos a la detención indefinida e incomunicada de ciudadanos extranjeros en Guantánamo. La Corte Suprema de Estados Unidos de América ha sostenido que todas las detenciones han sido llevadas a cabo fuera del territorio soberano de Estados Unidos de América. Al argumentar que su Constitución no es aplicable en territorio que no sea estadounidense, consecuentemente los detenidos en Guantánamo no tienen derecho alguno para invocar garantías constitucionales estadounidenses ante cualquier corte del mismo Estado.²²⁸

Asimismo, dichas resoluciones reiteran que Estados Unidos de América no está obligado a asegurar la aplicación y respeto de los derechos humanos concebidos en instrumentos internacionales, aún cuando éste fuera parte de los mismos, en virtud de que no está obligado a implementarlos fuera de su soberanía territorial. Esto, definitivamente, aún cuando haya sido emitido por una corte estadounidense, no exenta a Estados Unidos de América del

²²⁷ BORELLI, Silvia, "The treatment of terrorist suspects capture abroad: Human rights and Humanitaria Law" Op. Cit. P. 55. y en la Declaración universal de los derechos humanos, Op. Cit., el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

²²⁸ Cfr. Idem. Algunos de los casos son: *Al-Odah v United States*, 321 F3d 1134 (DC Cir, 2003) o *Coalition of Clergy, Lawyers & Professors, et al., Petitioners v. George Walker Bush, president of the united states, et al.* 189 FSupp 2d 1036, 1046 (CD, Cal, 2002). La corte señala que la soberanía en Guantánamo es del Estado cubano, para ello declara que Estados Unidos solamente mantiene una relación con Cuba en virtud del arrendamiento de la base militar entre ambas partes.

reconocimiento de estándares internacionales de derechos humanos que señalan que éstos deben ser asegurados dentro del territorio o aún cuando no estén dentro de su jurisdicción pero sí bajo su control.²²⁹

Al respecto el Comité de derechos humanos de las Organización de las Naciones Unidas confirmó que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable no solo a los actos que se llevan a cabo en el territorio del Estado parte, ya que las obligaciones de asegurar los derechos humanos se deben extender al trato extraterritorial de los no-nacionales. A todas luces ese Comité contradijo lo dispuesto por la Suprema Corte estadounidense.²³⁰

Además, en la opinión consultiva respecto a la legalidad de la amenaza de armas nucleares la Corte Internacional de Justicia observó que la protección del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto en situaciones extremas que pongan en peligro la vida de la nación, pero en definitiva la presencia de los detenidos en Guantánamo no pone en peligro la nación Estadounidense.

3.2.3. La batalla judicial en las cortes federales estadounidenses

El 19 de febrero de 2002, un ciudadano inglés de nombre *Shafiq Rasul* presentó ante el Distrito de Columbia una petición de *habeas corpus*, en la cual reclamaba una violación al debido proceso legal. En 2004, la Corte Suprema estadounidense emitió una resolución histórica la cual establecía que el las cortes estadounidenses tenían la autoridad para evaluar demandas contra la legalidad de las detenciones de los prisioneros en Guantánamo; es decir, éstas

²²⁹ BORELLI, Silvia, "The treatment of terrorist suspects capture abroad: Human rights and Humanitaria Law" Op. Cit. P.

56.

²³⁰ Idem.

pueden decidir la legalidad del encarcelamiento de nacionales extranjeros (no estadounidenses) en Guantánamo. Lo cual representó un avance en cuanto a la intención de apegar las actuaciones estadounidenses al marco de la legalidad.²³¹

Para cumplir ese dictamen, el 7 de julio del mismo año, el llamado pentágono anunció la formación de paneles de oficiales militares denominadas oficialmente Tribunal de Revisión del Estatutos de los Combatientes, en virtud del derecho que tienen los detenidos a una revisión de su caso. Lo lamentable es que en dichos paneles se pueden utilizar testimonios secretos para evaluar la situación de los detenidos.²³²

El 8 de noviembre del 2004, el Juez Federal James Robertson decidió, en la demanda iniciada por el detenido Salim Ahmed Hamdan, que los juicios militares, llevados a cabo por la Comisiones Militares establecidas eran ilegales y no podían proseguir en la forma en que se desarrollaban. Decidía además que los prisioneros de Guantánamo son prisioneros de guerra, protegidos por el Convenio de Ginebra y deben ser tratados como tales, es decir, con las protecciones y beneficios que tal instrumento internacional otorga. Ello llevó a la suspensión de las diligencias preliminares de esos procesos militares.²³³

Posteriormente, el 31 de enero del 2005, la juez federal Joyce Hens Green decidió, en el caso *In re Guantánamo Detainee Cases*, sobre una petición de once *habeas corpus* iniciados por detenidos en Guantánamo, que

²³¹ Shafiq Rasul, et al., *Petitioners v. George W. Bush, President of the United States, et al.; Fawzi Khalid Abdullah Fahad al Odah, et al., Petitioners v. United States, et al.* 542 U.S. 466124 S. Ct. 2686; 159 L. Ed. 2d 548; 2004 U.S. LEXIS 4760; 72 U.S.L.W. 4596; 2004 Fla. L. Weekly Fed. S 457. Cfr. BORELLI, Silvia, "The treatment of terrorist suspects capture abroad: Human rights and Humanitaria Law" Op. Cit. P. 55

²³² _____ Cinco años de Guantánamo. British Broadcast Communication.

Fuente: http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1138_guantanamo/page5.shtml

²³³ Salim Ahmed Hamdan, *Petitioner v. Donald H. Rumsfeld, United States Secretary of Defense; John D. Altenburg, Jr., Appointing Authority for Military Commissions, Department of Defense; Brigadier General Thomas L. Hemingway, Legal Advisor to the Appointing Authority for Military Commissions; Brigadier General Jay Hood, Commander Joint Task Force, Guantanamo, Camp Echo, Guantanamo Bay, Cuba; George W. Bush, President of the United States.* 548 U.S. 557; 126 S. Ct. 2749; 165 L. Ed. 2d 723; 2006 U.S. LEXIS 5185; 19 Fla. L. Weekly Fed. S 452 Cfr. BORELLI, Silvia, "The treatment of terrorist suspects capture abroad: Human rights and Humanitaria Law" Op. Cit. P. 55

los procesos judiciales iniciados por el Gobierno eran inconstitucionales por no cumplir el debido proceso. Por ello, ordenó que Estados Unidos de América estableciera los tribunales estipulados en el Convenio de Ginebra para determinar, caso por caso, si los ex combatientes del régimen talibán deberían ser considerados como "prisionero de guerra" y ser protegidos por este tratado, como establece el propio Convenio en el artículo 5.²³⁴

El 30 de diciembre de 2005, el Presidente George W. Bush firmó la Ley de Tratamiento de los Detenidos, que prohíbe el uso de tratamiento cruel, inhumano o degradante de prisioneros, pero limita el derecho de los prisioneros a la revisión judicial de las condiciones de detención.²³⁵

El 29 de junio 2006, la Corte Suprema en Hamdan v. Rumsfeld, sostuvo que las comisiones militares establecidas por la Orden Militar de 2001 violaban la ley estadounidense e internacional.

El 17 de octubre de 2006, se promulgó la Ley de Comisiones Militares, por la cual se planeaba iniciar los juicios a varios de los detenidos en el curso de 2007.²³⁶

Recientemente, en junio de 2008, un tribunal de apelaciones federal de Estados Unidos de América cuestionó las pruebas esgrimidas contra Huzaifa Parhat, un musulmán chino detenido en Guantánamo desde hace seis años, y rectificó la decisión de considerarlo combatiente enemigo, según los documentos judiciales. En una decisión emitida el 20 de junio del presente año, el jurado condenó al Gobierno estadounidense por haberse basado en pruebas discutibles para mantener detenido a Huzaifa Parhat.

²³⁴ Orden Presidencia. 1355 F. Supp. 2d 443 (D.C. Cir. 2005). Fuente: www.whitehouse.gov/

²³⁵ _____ Cinco años de Guantánamo. British Broadcast Communication. Op. Cit.

²³⁶ _____ US charges six suspects over 9 / 11. 11 Febrero 2008. British Broadcast Communication Fuente <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/7239099.stm>

El fallo, el primero que acepta la apelación de un detenido contra su denominación de combatiente ilegal enemigo, ordena al Gobierno liberar a Huzaiifa Parhat, transferirlo u organizar una nueva audiencia en un tribunal militar.²³⁷

La historia aún no termina, muchas actuaciones y fallos nos restan por conocer, sabemos que con apoyo de doctrinarios en Derecho, así como de organizaciones de defensa de derechos humanos, los reclamos podrán encaminarse debidamente y así recuperar terreno en materia de protección a los derechos humanos.

La seguridad duradera y la verdadera justicia para las víctimas del "terrorismo" no pueden conseguirse sin juicios justos para las personas sospechosas de haber cometido graves abusos y sin el respeto a los derechos humanos de todos los detenidos. De otro modo, el "contraterrorismo" también se convierte en "terror".

²³⁷ _____ EU: falla tribunal a favor de detenido en Guantánamo; no es combatiente enemigo. 1 de julio de 2008. La jornada. Fuente: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2008/07/01/tribunal-de-eu-cuestiona-pruebas-del-gobierno-contra-chino-detenido-en-guantanamo>

CONCLUSIONES

Primera. Desde el siglo pasado la comunidad internacional ha mostrado esfuerzos por erradicar el fenómeno creciente del terrorismo, herramienta usada a través del tiempo para reflejar un descontento político mediante la generación de terror. Sin embargo, este concepto ha causado severas discusiones políticas que, dependiendo del contexto histórico, no han podido culminar en un documento de consenso internacional.

Segunda. Si bien tiene fundamento la tesis de que la Carta de las Naciones Unidas requiere actualización, esa Carta, en su forma actual, provee a la comunidad internacional de instituciones y mecanismos efectivos que permitirían a los Estados actuar y responder en la lucha contra el terrorismo, si los miembros permanentes del Consejo de Seguridad cumplen con su responsabilidad.

Tercera. Somos conscientes de que la Carta de las Naciones Unidas reconoce el derecho de todo Estado a ejercer la legítima defensa; siempre y cuando sea conforme a Derecho y se cumplan los requisitos que su ejercicio conlleva.

Cuarta. La acción militar conjunta en Afganistán fue un uso ilegal de la fuerza, transformada en invasión y derrocamiento del régimen talibán que, en definitiva, distó mucho de ser una acción en legítima defensa, en virtud de que los hechos no correspondieron a los requisitos de esa institución.

Quinta. Rechazamos cualquier referencia respecto de la existencia de una legítima defensa preventiva, ya que su simple existencia implicaría una violación directa a la prohibición general del uso unilateral de la fuerza, misma que tiene carácter *ius cogens*.

Sexta. El único órgano con facultades preventivas y punitivas otorgadas por la Carta de las Naciones Unidas, específicamente en el Capítulo VII, es el Consejo de Seguridad o las organizaciones regionales bajo la autoridad de ese Consejo, el cual deja a salvo las atribuciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en caso de parálisis del Consejo de Seguridad.

Séptima. Hoy por hoy, el sistema de las Naciones Unidas enfoca sus esfuerzos por coordinar mecanismos y programas que involucren la cooperación de la comunidad internacional en contra del terrorismo. Existe mucho camino por recorrer, en virtud de las diversas posturas y enfoques del fenómeno, sin embargo, actualmente contamos con un marco legal que provee a dicha comunidad una seguridad jurídica y herramientas para combatirlo.

Octava. En este sentido claramente podemos decir que si bien, el Derecho Internacional humanitario ha sido considerado por algunos como inaplicable a la creación política llamada “guerra contra el terrorismo”, la cual no corresponde a la noción de “guerra” como ha sido entendida desde siglos atrás, sí es aplicable a cualquier conflicto armado.

Novena. La aplicación del Derecho internacional humanitario es independiente de la legalidad de cualquier acción militar.

Décima. Cualquier persona que se encuentre detenida en el contexto de un conflicto armado ya sea internacional o no internacional tiene derecho a disfrutar de la protección del conjunto de normas que involucra tanto los Derechos fundamentales del hombre como de lo dispuesto por el Derecho Internacional humanitario, en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

Décima primera. El término “combatiente ilegal” fue una creación política estadounidense con la mira de evitar el otorgamiento del debido trato a los individuos aprehendidos en la intervención militar en Afganistán; sin embargo, tal término no aparece en instrumento alguno de Derecho Internacional humanitario.

Décima segunda. Los instrumentos internacionales proporcionan a cualquier involucrado en un conflicto armado una seguridad jurídica respecto de su condición; es decir, nadie queda fuera de la ley.

Décima tercera. Existen derechos fundamentales que por su naturaleza son inderogables, como lo son, entre otros, el derecho a la vida, al trato humano y el respeto a la dignidad humana.

Décima cuarta. Quien sea responsable de algún acto terrorista deberá ser castigado conforme a Derecho, pero sin pasar por alto las garantías y derechos inherentes al ser humano. De lo contrario, convertiremos en terror a las mismas estrategias contraterroristas.

Fuentes

a) Tratados:

- Carta de las Naciones Unidas. (adoptada el 26 de junio de 1945; entró en vigor el 24 de octubre de 1945).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (adoptada el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331.
- Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura de la Comisión de Derecho Internacional, en los trabajos del 53º. Periodo de Sesiones (23 abril – 1 junio y 2 julio – 10 agosto 2001) UN Doc A/56/10.
- Tratado del Atlántico Norte, Washington 4 de abril 1949. UNTS 243.
- Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, Río de Janeiro, 2 Septiembre 1947, 21 UNTS 324.
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949 (Primer Convenio de Ginebra), 75 UNTS 31, en vigor desde el 21 de octubre de 1950;
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar del 12 de agosto de 1949 (Segundo Convenio de Ginebra), 75 UNTS. 85, en vigor desde el 21 de octubre de 1950;
- Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (Tercer Convenio de Ginebra), 75 UNTS. 135, en vigor desde el 21 de octubre de 1950;
- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra del 12 de agosto de 1949 (Cuarto Convenio de Ginebra), 75 UNTS 287, en vigor desde el 21 de agosto de 1950.
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados

internacionales (Protocolo I) del 8 de junio de 1977, 1125 UNTS 3, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978.

- Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra del 12 Agosto de 1949, y relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales (Protocolo II), 1125 UNTS 609, entrado en vigor el 7 de Diciembre de 1978.
- Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados del 10 de octubre de 1980; 1342 UNTS 137.
- Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción del 18 de septiembre de 1997, 36 ILM 1507.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (adoptado el 1 de julio de 1998; entró en vigor el 1 de julio de 2002) UN DOC A/CONF.183/9.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos, Bogota, 1948. UNTS 119.
- Convenio Internacional para la supresión del financiamiento del terrorismo U.N. Doc. A/RES/54/109 del 9 de diciembre de 1999 (Nueva York).
- Convenio Internacional para la represión de actos de terrorismo nuclear UN Doc. A/RES/60/88 del 11 de enero del 2006.
- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, firmada en Tokio, 14 de Septiembre 1963, 704 UNTS 219, entró en vigor el 12 de diciembre de 1969.
- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en la Haya el 16 de diciembre de 1970, 860 UNTS 105.
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971, 974 UNTS 177.
- Protocolo al Convenio de Montreal de 1971 sobre la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional firmado el 24 de febrero de 1988, 27 ILM 627 (1988).

- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos firmado el 14 de diciembre de 1973, 1035 UNTS 167.
- Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 52/164 del 15 de diciembre de 1997. 37 ILM 249 (1998).
- Convención sobre la protección física de los materiales nucleares firmado en Viena el 3 marzo de 1980, IAEA Legal Series No. 12 (1982).
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima firmado en Roma el 10 marzo de 1988 27 ILM 668.
- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental relativo a las actividades terroristas realizadas en plataformas fijas frente a las costas firmado en Roma el 10 de marzo de 1988 27 ILM 685.
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

b) Casos:

- Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. (Nicaragua v. United States of America) (Merits) and (Judgement) [1986] ICJ Report 14.
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] I.C.J. Rep 245.
- *Prosecutor v. Dusko Tadić (Decisión on the defense for interlocutory appeal on jurisdiction) caso No. ICTY-94-1-AR72, (Appeals Chamber), 2 October 1995.*
- *Prosecutor v. Stanislav Galić (Judgement and Opinion) caso No. ICTY-98-29-T (Trial Chamber 1), 5 diciembre 2003.*
- Prosecutor v. Celebici caso No. ICTY-96-21 (Trial Chamber) (judgment) 16 de noviembre 1998.

c) Libros:

- AKEHURST, Michael. *Modern introduction to international law*. Séptima Edición. Editorial Routledge Gran Bretaña, 1997.
- ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín. *Las actividades Terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*. Editorial Tecnos. España, 2000.
- BIANCHI, Andrea (Compiladora) *Enforcing International Law Norms Against terrorism*. Editorial Oxford, Portland Oregon, 2004.
- BROWNLIE, Ian. *International law and the use of force by States*. Oxford University Press. Reino Unido, 1963.
- CASSESE, Antonio. *Internacional Criminal Law*. Editorial Oxford University Press. Reino Unido, 2003.
- D.EVANS, Malcolm. *Internacional Law*. 2a. Edición. Editorial Oxford, Gran Bretaña, 2006.
- *Diccionario de la lengua española 2001*, Academia Española. Vigésima segunda edición, Madrid 2001.
- DINSTEIN, Yoram. *War, Agression and Self-defense*. Tercera Edición Cambridge University Press.. Reino Unido, 2001
- DUFFY, Helen. *The war on terror and the framework of Internacional law*. Editorial Cambidge University Press. Reino Unido, 2005.
- JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas (Comentario teórico-práctico de la Carta)*. S.N.E. Escuela de Funcionarios Internacionales. Madrid, 1958.
- KELSEN, Hans. *Principles of international law*. Fletcher School studies in International Affairs/ Rinehart & Company. Inc. New York, EUA. 1952.
- KELSEN, Hans. *The law of the United Nations* .The London Institutes of World Affairs. New York, EUA. 1951.
- REICH, Walter. *Origins of terrorism. Psychologies, ideologies, theologies, states of mind*. S.N.E. Editorial Woodrow Wilson Center Press. EUA, 1990.
- SANDS, Philippe, *Lawless world*. Editorial Viking Penguin, Estados Unidos, 2005
- SAUL, Ben. *Defining terrorism in International law*. Editorial Oxford, University Press. EUA, 2006.

- SERRANO FIGUEROA, Rafael. *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*. Editorial Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho. México, 2002.
- SHAW, Malcolm. *International law*. Cuarta Edición. Cambridge University Press. Reino Unido, 1997.
- SIMMA, Bruno (Editor) *et al. The Charter of the United Nations; A Commentary*. Segunda Edición. Oxford University Press. Nueva York, EUA. Volumen I. 2002.
- SWINNARSKI, Christopher. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CICR. San José, Costa Rica, 1994.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis. *Derecho Internacional Público*. Facultad de Derecho, UNAM / Editorial Porrúa. México, D.F. 2006.

d) Artículos:

- ABI-SAAB, George, "The proper role of International Law in Combating Terrorism", *en Chinese Journal of International Law*. No. 305, 2002.
- ACOSTA ESTEVES, José B., "La operación Libertad duradera y la legítima defensa a la luz de los atentados del 11 de septiembre de 2001", *en Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen. 6, México, 2006.
- BENAVIDES, Luis "Estatuto jurídico de prisioneros por EUA en Guantánamo", *en Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen II, 2003, México.
- D. SCHINDLER, "El Derecho Internacional humanitario y los conflictos armados internos internacionalizados", *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, No. 53, 1982.
- JENNINGS, R.Y. "The Caroline and McLeod Cases. *En American Journal of International Law* .Volumen 32. Número 1 Enero, "1938.
- KELSEN, Hans. "Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations". *American Journal of International Law*. Volumen 42 Numero 4 Octubre 1948.

- REVILLA Montoya, Pablo “Hacia la responsabilidad de proteger. Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias” en el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen VII, 2007.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis, “Derecho Internacional y uso de la fuerza”, en *Miscelánea Global, tareas internacionales de México*, Coordinador Jorge Eduardo Navarrete, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades. Colección Perspectiva Global, México, 2008.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis, “El derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado. ¿Se justifica una interpretación extensiva para incluir medidas preventivas y punitivas? Una visión israelí.” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, No. 9, México, 2009. (en imprenta).
- VALLARTA MARRÓN, José Luis, “La legítima defensa. ¿Es imprecisa la Carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman? ¿Es la defensa preventiva contra el terrorismo una norma in status nascendi?” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen. 8, México, 2008.
- WEDGWOOD, Ruth “Al Qaeda, Military Commissions and American Self Defense” en *Political Science Quarterly*, Volume 117, No. 3, 2002.
- YOUNG, Reuven. “Defining terrorism: the evolution of Terrorism as a legal concept in International law and its influence on definitions in domestic legislation”. *Boston College International and Comparative Law Review*. Volumen 29. Invierno, 2006.

e) Resoluciones:

- “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV) adoptada el 24 de octubre de 1970. UN Doc. A/8082.

- *“Declaración sobre efectividad de los principios de abstención al uso de la fuerza en las relaciones internacionales”*. Resolución de la Asamblea General 22 (XLII) adoptada el 18 de noviembre de 1987. UN Doc. A/42/766.
- *“Observancia estricta de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales y del derecho de los pueblos a la libre determinación”*. Resolución de la Asamblea General 2160 (XXI) adoptada el 30 de Noviembre de 1966.
- Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura de la Comisión de Derecho Internacional, en los trabajos del 53º. Periodo de Sesiones (23 abril – 1 junio y 2 julio – 10 agosto 2001) UN Doc A/56/10. Artículo 25.
- *“Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales”*. Resolución de la Asamblea General 3034 (XXVII) aprobada el 18 de diciembre de 1972.
- *“Medidas para eliminar el terrorismo internacional”*. Un Doc. A/RES/49/60 del 17 de febrero de 1995. A/51/210 de 17 de diciembre de 1996, A/52/165 15 de diciembre de 1997 y A/55/158 12 de diciembre de 2002.
- Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996 A/57/37.
- Acta resumida de la cuarta sesión de la Sexta Comisión de Derecho Internacional. Documento A/C.6/62/SR.4 del 27 de diciembre de 2007.
- Acta resumida de la cuarta sesión de la Sexta Comisión de Derecho Internacional. Documento A/C.6/62/SR.3 del 6 de noviembre de 2007
- Proyecto de convenio general de terrorismo en el Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996 UN Doc.A/57/37.

- *“La estrategia mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo”* Resolución de la Asamblea General del 8 de septiembre de 2006 UN Doc. A/RES/60/288
- Resolución aprobada por la Asamblea General (sin remisión previa a una Comisión Principal (A/55/L.2)) 55/2. Declaración del Milenio del 8 de septiembre de 2000.
- *“Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio y aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social”* Resolución de la Asamblea General (LVIII) del 6 de mayo del 2004. UN Doc. A/RES/58/291
- Declaración Universal de los derechos humanos Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.
- UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1373 (28 de septiembre de 2001) UN Doc S/RES/1373.
- UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1368 (12 de septiembre de 2001) UN Doc S/RES/1368
- UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 827 (25 de mayo de 1993) UN Doc S/RES/827
- UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 955 (8 de noviembre de 1994) UN Doc S/RES/955.
- UNSC Resolución 1535 del Consejo de Seguridad (23 de marzo de 2004) UN Doc S/RES/1535.
- UNSC Resolución 1540 del Consejo de Seguridad (28 de abril de 2004) UN Doc S/RES/1540.
- UNSC Resolución 1566 del Consejo de Seguridad (8 de octubre de 2004) UN Doc S/RES/1566.
- UNSC Resolución 1624 del Consejo de Seguridad (14 de septiembre de 2005) UN Doc S/RES/1624.
- UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1269 (19 de octubre de 1999) UN Doc S/RES/1269
- UNSC Resolución del Consejo de Seguridad 1267 (15 de octubre de 1999) UN Doc S/RES/1267.

f) Otros documentos:

- Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931).
- <http://www.un.org>
- <http://www.state.gov>
- <http://news.bbc.co.uk/>
- [www. cicr.org](http://www.cicr.org)
- www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf
- Carta del Representante Permanente de los Estados Unidos en Naciones Unidas dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (7 October 2001), UN Doc. S/2001/946 “The U.S. Permanent Representative to the U.N., acting in accordance with Article 51 of the U.N. Charter, informed the U.N. Security Council that the U.S. had initiated the "exercise of its inherent right of individual and collective self-defence" following the September 11 armed attacks against the U.S. The U.S. Permanent Representative reported that the U.S. Government had obtained "clear and compelling information" that the Al-Qaeda organization, which is supported by the Taliban regime in Afghanistan, had a "central" role in the attacks. The U.S. Permanent Representative noted that the U.S. inquiry was still in early stages, and that the "[U.S.] may find that [its] self-defence requires further actions with respect to other organizations and other States." <http://www.un.int/usa/s-2001-946.htm>
- Carta del Encargado de Negocios del Representante Permanente del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Naciones Unidas (7 October 2001) UN Doc. S/2001/946: “These forces have now been employed in exercise of the inherent right of individual and collective self defense, recognized in Article 51, following the terrorist outrage of 11th September, to avert the continuing threat of attacks from the same source”.

http://www.ukun.org/xp/asp/SarticleType.17/Article_ID.328/qx/articles_show.htm

- _____ US charges six suspects over 9 / 11. 11 Febrero 2008. British Broadcast Communication
Fuente <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/7239099.stm>
- _____ Estados Unidos bajo ataque. British Broadcasting Corporation. 11 de septiembre de 2001.
http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/news/newsid_1538000/1538133.stm
- _____ Cinco años de Guantánamo. British Broadcast Communication.
Fuente:
http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1138_guantanamo/page5.shtml
- _____ EU: falla tribunal a favor de detenido en Guantánamo; no es combatiente enemigo. 1 de julio de 2008. La jornada. Fuente:
<http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2008/07/01/tribunal-de-eu-cuestiona-pruebas-del-gobierno-contra-chino-detenido-en-guantanamo>