

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

***Hostis humani generis*: the legal status of terrorists under international humanitarian law**

Luciana Florencia Lucotti ^{*†}

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional humanitario, conflicto armado, terroristas, combatientes ilegales – civiles, convenios de Ginebra, CICR.

RESUMEN

Durante la “guerra contra el terrorismo” la distinción entre combatientes y no combatientes se desdibujó. La Administración del entonces presidente de los Estados Unidos, George W. Bush, argumentó que los terroristas de Al-Qaeda detenidos durante el conflicto no pertenecían a ninguna de las dos categorías estipuladas por el derecho internacional humanitario. Por ello, aludiendo a una supuesta laguna jurídica, resolvió calificarlos como combatientes ilegales, dejándolos sin protección alguna bajo el *ius in bello*. La decisión tomada por Estados Unidos generó incertidumbre dentro de la comunidad internacional. Hoy, esta inseguridad persiste puesto que las campañas militares que buscan terminar con la amenaza del terrorismo no cumplen con las normas y valores que se intentan proteger.

El objetivo principal de este trabajo es analizar y sistematizar las respuestas que da la bibliografía a la cuestión del estatus jurídico de los terroristas bajo el derecho internacional humanitario. De esta forma, se determinará qué protección le confiere ese cuerpo jurídico y qué responsabilidad individual recae sobre los terroristas por su accionar durante un conflicto armado.

KEYWORDS

International humanitarian law, armed conflict, terrorists, unlawful combatants - civilians, Geneva conventions, ICRC.

*Lucotti, Luciana Florencia. Licenciada en Relaciones Internacionales. Universidad de San Andrés, Victoria, Argentina.

†A mi familia por enseñarme la importancia de la educación y el valor del esfuerzo. Por apoyarme durante todos estos años lejos de casa.

ABSTRACT

During the so called “war against terrorism” the distinction between combatants and non-combatants became blurred. Alluding to a supposed legal gap, George W. Bush’s Administration decided to qualify those terrorists of Al Qaeda detained during the armed conflict as unlawful combatants. They stated that they did not meet the characteristics of any of the two existing categories stipulated by the international humanitarian law (IHL). Therefore, they had no protection under the *ius in bello*. The US decision created a context of uncertainty within the international community which persists today, since military campaigns that seek to end the threat of terrorism do not comply with the rules and values that are supposed to protect.

In this paper, the main objective is to analyze and systematize the answers given by literature to the legal status of terrorists under IHL. After clarifying this, it will be determined what kind of protection and individual responsibility are terrorists entitled to.

I. INTRODUCCIÓN

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

El derecho internacional humanitario, regula los medios y métodos de combate al mismo tiempo que protege a las personas que no participan o que ya no participan de las hostilidades. Se regula por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II, los Convenios de la Haya 1954 y otros tratados relativos a los medios y métodos de combate. El derecho internacional humanitario se basa en la distinción entre combatientes y no combatientes (en general civil, aunque también se incluye a quienes combatieron, pero dejaron de hacerlo por estar enfermos, heridos o náufragos, o capturados por el enemigo): los primeros son objetivos legalmente atacables durante un conflicto armado a menos que estén fuera de combate, mientras que los segundos deben ser protegidos a menos que, y solo por el tiempo que, tomen las armas y participen directamente de las hostilidades. De acuerdo con lo detallado en el III Convenio de Ginebra, los combatientes tienen derecho al estatuto del prisionero de guerra, en caso de caer en manos del enemigo. Empero, dicho Convenio establece una serie de condiciones que deben cumplirse para obtener la protección que

confiere.

Según la lógica del DIH, quienes no sean etiquetados como combatientes deberían, en primera instancia, ser tratados como civiles. La discusión sobre el estatus de los terroristas gira en torno a la incapacidad de los grupos armados terroristas de cumplir las condiciones que se estipulan en el III Convenio de Ginebra. Por lo tanto, la mayor parte de la bibliografía argumenta que no pueden ser considerados combatientes (Detter, 2007; Sassòli, 2004; Yoo Ho, 2003; Gross, 2016; Callen, 2004; Dörmann, 2003). Las diferencias dentro del cuerpo académico se observan entre grupos que sostienen que el terrorista es un civil, o un civil que participa de las hostilidades, y aquellos que respaldan la necesidad de crear una tercera categoría (*combatiente ilegal*) para responder a la “grieta” que se presenta entre los combatientes (protegidos por el III Convenio de Ginebra) y los civiles (protegidos, por ejemplo, por el IV Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional I).

El primer grupo (Sassòli, 2006b; Dörmann, 2003; Szpak, 2013; Saul, 2014; Duffy, 2005) centra su argumento en el comentario autorizado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el IV Convenio de Ginebra que dice: “Toda persona en manos del enemigo debe tener algún estatus según el derecho internacional (...) No hay estatus intermedio; nadie en manos del enemigo puede estar fuera de la ley” (Pictet, 1958, p. 51). Bajo esta premisa, un terrorista detenido en contexto de conflicto armado *debe* tener algún estatus bajo el DIH. Si no puede ser considerado combatiente porque no reúne las condiciones necesarias, entonces deberá ser tratado como civil o civil que participa de las hostilidades, dependiendo del caso. Los autores resaltan que colocar a los terroristas dentro de esta categoría no impide que sean procesados por violaciones al derecho de la guerra y su participación ilegal en el conflicto.

El segundo grupo (Detter, 2007; Gross, 2016; Yoo y Ho, 2003) desestima la interpretación que hace el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, “CICR”) al alegar que este no es una organización imparcial y que su postura dista del espíritu de los diplomáticos y juristas que redactaron los Convenios de Ginebra. Para estos autores, la forma en la que los terroristas llevan a cabo los enfrentamientos, ocultándose entre la población civil, sin uniformes ni signos que permitan su distinción, los convierte en *combatientes ilegales*, aunque la categoría no figure en los instrumentos de DIH. Además, Gross (2016) postula que un terrorista cumple una función de combate constante, a diferencia de un civil que podría tomar las armas por un

momento determinado (y que, al dejarlas, vuelve a estar protegido por todas las disposiciones del IV Convenio de Ginebra). En consecuencia, los miembros de grupos terroristas como Al-Qaeda no caen dentro de ninguna de las dos categorías antitéticas que plantea el DIH.

En síntesis, existe un debate académico entre quienes sostienen que la amenaza del terrorismo no dinamita la capacidad del DIH para regular esta “nueva realidad”, y quienes ven en la categorización de terroristas como civiles el menoscabo del principio de distinción.

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

II. ESTATUS JURÍDICO DE LOS TERRORISTAS

Terroristas internacionales, incluyendo miembros de Al-Qaeda, han realizado ataques sobre personal diplomático y militar estadounidense e instalaciones en el extranjero, así también sobre ciudadanos y propiedades dentro de los Estados Unidos, en una escala que ha creado un estado de conflicto armado que requiere el uso de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos (Orden Militar del 13 de noviembre de 2001, sobre la Detención, Tratamiento y Juicio de ciertos no ciudadanos en la Guerra contra el Terrorismo).¹

Antes de profundizar en el análisis del estatus jurídico, es importante tener en claro, primero, si existe un conflicto armado y, segundo, frente a qué tipo de conflicto nos encontramos. Dada su connotación meramente política, la guerra contra el terrorismo plantea cierta controversia en términos jurídicos. El anuncio de la administración de Bush en el cual se afirmaba que el país se encontraba en estado de conflicto armado con un actor no estatal (Al Qaeda) –en un “war on terror”– contradice la interpretación tradicional de la guerra: un

¹Traducción propia.

enfrentamiento simétrico entre actores cuyo derecho al uso de la fuerza emana de su soberanía.² Además, Estados Unidos aseguró que la campaña contra el terrorismo no se limitaba al conflicto armado en Afganistán, sino que su alcance se extendía a todo Estado que respaldase cualquier organización terrorista (aunque –por supuesto– la mayor atención se focalizaba en el Grupo Talibán). Aunque un conflicto armado internacional, como lo es la guerra, describa las hostilidades entre Estados Unidos y Afganistán, no es evidente que refiera también a las campañas militares realizadas contra grupos armados terroristas. La bibliografía indica que la existencia de un conflicto armado no debe asumirse ante cualquier enfrentamiento sólo por el hecho de enmarcarse en la “guerra contra el terrorismo”. Bajo esa línea de pensamiento, autores como Sassòli (2006a) y Bott (2016) consideran necesario desarmar y analizar por partes cada conflicto y, a partir de eso, determinar, primero, si en efecto se está desarrollando un conflicto armado y, segundo, si es de carácter internacional o interno. Bott (2016), por ejemplo, quien investiga las operaciones del Estado Islámico y la relevancia del DIH, divide los ataques terroristas en dos. Por un lado, aquellos que no superan el umbral mínimo de violencia, lo que llevaría a calificarlos como un conflicto armado. En general, son aquellos ataques “inspirados” por el Estado Islámico, aunque no necesariamente organizados por ellos. Por otro lado, los ataques terroristas que conforman un conflicto armado no internacional (contra el Estado de Irak y Siria).

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

En síntesis, dado que la guerra significa el enfrentamiento entre dos o más Estados, una organización terrorista no cumple con los atributos necesarios para crear un conflicto de esta

² Orden Militar nov. 13, 2001, 66 Reg. Fed. 57,833 § 1(a) (nov. 16,2001)

índole. Sin embargo, es posible encontrar en la bibliografía argumentos que respaldan la existencia de un conflicto armado internacional entre terroristas y Estados.

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

Detter (2007) sugiere la existencia de una guerra *sui generis* donde no todos sus participantes gozan del derecho a participar de las hostilidades. Se trata de un nuevo tipo de guerra en la que batallan combatientes legales contra *combatientes ilegales*. Aunque la violencia de estos enfrentamientos se asemeja a la de la guerra, los actores involucrados pelean de manera asimétrica. Al no distinguirse de la población civil y al mismo tiempo considerarla un objetivo militar, los grupos armados terroristas no demuestran intención de respetar las leyes de la guerra. Estados Unidos y sus aliados, por el contrario, se encuentran obligados— al menos por el derecho internacional consuetudinario— a respetar las condiciones mínimas de humanidad. La autora reafirma esta posición diciendo: “[u]n análisis de las situaciones en Irak y Afganistán lleva a la conclusión de que estamos frente a un nuevo tipo de conflicto armado internacional, ciertamente una "guerra", pero en una situación desequilibrada” (Detter, 2007, p. 1074).³ Desde una perspectiva similar pero actualizada, Gross (2016) repasa el impacto de los ataques terroristas en la naturaleza de los conflictos armados internacionales y argumenta que el derecho internacional no se ha ajustado a esta nueva realidad, lo que lleva a los Estados a “actuar de formas que no necesariamente cumplen con el derecho internacional” (Gross, 2004, p. 201).⁴ El mismo principio de distinción entre combatientes y

³ Traducción propia.

⁴ Traducción propia.

civiles, pilar fundamental del derecho humanitario, queda obsoleto en presencia de los llamados *combatientes ilegales* (en este caso terroristas) que socavan el espíritu original de estas categorías.

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

Teniendo en cuenta que algunos Estados no se encuentran obligados por el Protocolo Adicional II, es relevante recuperar la distinción jurídica que existe entre CANI en el sentido del art. 3 común y CANI en el sentido del Protocolo Adicional II. En el primero, la definición de conflicto armado no internacional es amplia como consecuencia de la falta de “condiciones” explícitas para considerar que cierto acto de violencia se corresponde a un conflicto armado. El art. 3 común solo indica que un CANI se desarrolla “en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”, sin siquiera identificar a quienes se enfrentan. En el segundo, en cambio, el art. 1 del Protocolo Adicional II agrega como requisito que el CANI debe darse “entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.” Además, descarta como conflicto armado “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos (...).”

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

conflicto armado. En el caso *Abella y otros c. Argentina*, sobre los acontecimientos ocurridos en el enfrentamiento de la toma del cuartel de La Tablada de 1989, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió aplicar, en su Informe publicado en 1997, el DIH a un combate que pese a haber durado treinta horas, la intensidad de la violencia fue suficiente para establecer el estado de conflicto armado.⁵

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

El art. 3 dice “en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes” lo que, según Detter (2007), debería entenderse como limitado geográficamente al territorio de un solo Estado Parte. Por el contrario, Sassòli (2006b) argumenta que el artículo limita su alcance a los Estados Parte del Convenio, descartando aquellos CANI que surjan dentro de un Estado que no haya firmado ni ratificado dichos tratados. El autor sostiene que, en correspondencia con los principios del DIH, el artículo debería abordarse desde una perspectiva amplia puesto que, en caso contrario, existiría una brecha jurídica de protección entre el CAI y CANI. Aquellos conflictos no internacionales que involucraran a varios Estados y a un grupo armado no estarían regulados (y, por lo tanto, sus víctimas no estarían protegidas) bajo ninguno de los Convenios de Ginebra ni sus Protocolos Adicionales. Para sostener su argumento, Sassòli (2006b) cita el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (ETIR), un organismo jurisdiccional creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar los actos de genocidio y otras violaciones del DIH perpetrados por ciudadanos ruandeses en 1994. El art. 7 del ETIR interpreta que un CANI mantiene su calificación como tal aún después de que el conflicto se haya expandido hacia otros Estados: “La competencia *ratione loci* del Tribunal Internacional para Ruanda se extiende al territorio de Ruanda (...) y **al territorio de Estados vecinos en el caso de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por ciudadanos ruandeses.**”⁶

⁵ Corte IDH, Caso “Juan Carlos Abella vs. Argentina”, 18 de noviembre de 1997, Informe N° 55/97. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>

⁶ Énfasis propio.

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

La bibliografía también aborda el caso en que un Estado interviene sin autorización en el conflicto armado no internacional desarrollado en el territorio de otro Estado para realizar un ataque contra el grupo armado. Surgen al respecto dos respuestas: la primera afirma que mientras se crea un conflicto armado internacional entre ambos Estados, la relación entre el grupo armado y el Estado que interviene se regula bajo las reglas del conflicto armado no internacional (Neuman, 2003). La segunda argumenta que, si bien se crea un estado de conflicto armado internacional, el grupo armado no es considerado una Parte del conflicto (Sassòli, 2006b). Para Bott (2016), mantener la distinción entre internacional y no internacional es jurídicamente innecesario e ilógico teniendo en cuenta que, en el nuevo contexto de CAI que nacen del ataque de un Estado externo, la actividad de los militares extranjeros, incluso enfrentando al grupo armado, debe respetar el DIH de los CAI. Esto incluye la protección de los civiles del Estado anfitrión. Esta interpretación amplia de CAI tiene su sustento en la jurisprudencia con el caso *Tadic* donde el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) determinó que el conflicto armado entre el Estado de Bosnia y Herzegovina y la Comunidad Croata de Herzeg-Bosnia, era de índole internacional dada la intromisión de las fuerzas militares de la República de Croacia.⁷ Esto es lo que se conoce como “conflicto armado no internacional internacionalizado”.⁸

En múltiples circunstancias, Estados Unidos, Francia y Reino Unido bombardearon bases yihadistas en Siria sin el consentimiento del presidente Al-Assad. A su vez, estas campañas

⁷ TPIY Cámara de apelaciones – Fiscal vs. Tadic- 1995, parágrafo 76.

⁸ Para más información sobre la tipología de conflictos armados en el derecho internacional humanitario véase: Vité Sylvain (2009), Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. *International Review of the Red Cross*, vol. 91 N. 873. Disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-873-vite.pdf>

militares no contaron con la aprobación del Consejo de Seguridad. En concordancia con lo anteriormente analizado, los ataques extranjeros generarían jurídicamente un conflicto armado internacional. Sin embargo, la situación no se ha definido claramente ya que no hubo respuesta militar del presidente sirio (Bott, 2016).

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

A. Terroristas en conflicto armado no internacional

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

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

Asumiendo que se encuentran cubiertas las condiciones mínimas y que un grupo terrorista es Parte de un CANI, corresponde entonces analizar el estatus jurídico de sus integrantes. En un contexto de conflicto armado internacional, las personas involucradas pueden ser identificadas como combatientes o civiles. Los primeros representan a los miembros de las fuerzas armadas pertenecientes al Estado y a los grupos armados que forman Parte del

conflicto. Por oposición, un civil es todo aquel que no es combatiente. El DIH de conflictos armados internacionales se basa en esta distinción para determinar quiénes tienen derecho a participar de las hostilidades y quiénes tienen inmunidad ante los ataques durante el conflicto. Sin embargo, durante un conflicto armado no internacional el privilegio del combatiente a participar legalmente de las hostilidades no existe. A diferencia de un soldado que participa de un CAI, un miembro del grupo armado detenido por las autoridades del gobierno puede ser juzgado por su mera participación en las hostilidades, sin reparo de su respeto del DIH. El art. 6.5 del Protocolo Adicional II solo sugiere a las autoridades que, una vez finalizado el conflicto, se brinde la mayor amnistía posible a las personas que intervinieron y que hayan sido internadas o sometidas a detención. Si bien no hay “prisioneros de guerra” en la práctica, sí hay una figura similar: los llamados “detenidos de seguridad”, quienes deben ser tratados en condiciones similares. Lo que sí se mantiene durante el CANI es la prohibición de atacar a la población civil. Esta protección se mantendrá a menos que, y sólo por el tiempo que un civil participe directamente de las hostilidades. Para el Comité Internacional de la Cruz Roja, un civil que participa de las hostilidades se diferencia de un terrorista (miembro de un grupo armado) por la continuidad de su función de combate.⁹ En conclusión, un terrorista podrá ser atacado en todo momento mientras que un civil sólo cuando participa activamente de las hostilidades. Puesto que la consecuencia de participar en las hostilidades es la misma tanto para civiles como para combatientes, el estatus jurídico de los terroristas no es una cuestión controvertida en el supuesto de conflicto armado no internacional.

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

B. Terroristas en conflicto armado internacional

Aunque el conflicto armado no internacional describa la mayor parte de los enfrentamientos entre un Estado y un grupo armado, la participación de Al-Qaeda en la guerra entre

⁹ Para más información sobre la “función de combate continua” ver: Comité Internacional de la Cruz Roja (2009), *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Disponible en: <https://casebook.icrc.org/case-study/icrc-interpretive-guidance-notion-direct-participation-hostilities>

Afganistán y Estados Unidos evidencia circunstancias en las que el DIH relativo a los conflictos armados internacionales podría aplicar. No obstante, la bibliografía aporta diferentes formas de abordar el estatus jurídico que los grupos terroristas tendrían bajo esta normativa.

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

i. Combatientes ilegales sin protección bajo el DIH

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

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

La Corte sostuvo que:

Por acuerdo y práctica universal, el derecho de la guerra establece una distinción entre las fuerzas armadas y las poblaciones pacíficas de las naciones beligerantes, como también aquellos que son **combatientes legales o ilegales**. Los combatientes legales están sujetos a la captura y detención como prisioneros de guerra por fuerzas militares enemigas. Los combatientes ilegales también están sujetos a captura y detención, pero, además, están sujetos a juicio y castigo por tribunales militares debido a los actos que hacen que su beligerancia sea ilegal.¹⁰

Asimismo, más adelante, agrega:

¹⁰ Traducción y énfasis propio.

Desde hace mucho tiempo, nuestras autoridades militares aceptan la práctica de tratar a quienes, en tiempo de guerra, pasan subrepticamente del territorio enemigo al nuestro, descartando sus uniformes al ingresar. El motivo de este traspaso es la comisión como combatientes ilegales de actos hostiles que implican la destrucción de vidas o propiedades. Dichos actos son punibles por una comisión militar. Esta práctica, aceptada y seguida por otros gobiernos, debe considerarse como una regla o principio de la ley de la guerra.¹¹

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

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

A mayor abundamiento, Detter (2007) expone tres grupos de personas excluidas a los cuales los terroristas pueden pertenecer: a) Combatiente ilegal; b) Mercenarios; c) Espías.

Para definir el alcance del primer grupo, la autora recurre a la posición de la Corte Suprema

¹¹Traducción propia.

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

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

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

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

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

podría ser identificado dentro de esta categoría bajo los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

En resumen, siguiendo la máxima *ex injuria jus non oritur* (aquel que actúa en contra de la ley no puede obtener beneficios en resultado de su transgresión), Detter (2007) infiere que los terroristas están excluidos de toda protección bajo las leyes de guerra dado que no utilizan uniforme y se esconden entre la población civil, lo que los categoriza principalmente como *combatientes ilegales*. En todo caso, el estatus jurídico de los terroristas en el ámbito del DIH depende de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. Si las leyes de la guerra no tienen jurisdicción, en el caso que se demuestra que no existe un conflicto armado, la dicotomía combatiente/no combatiente no tiene relevancia. En esta situación, el estatus depende de la regulación doméstica, lo que permitiría calificarlos de *combatientes ilegales* dentro de los Estados Unidos. Detter (2007) remarca esta situación y desestima la aplicabilidad del DIH al conflicto armado en Afganistán después de que los Talibán perdieran su poder sobre el territorio y el gobierno.

Yoo y Ho (2003) también discuten sobre la competencia de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales en el conflicto armado que involucra a Al-Qaeda. Por un lado, fundamentan en el art. 3 común y el Protocolo Adicional II que los grupos terroristas tienen la capacidad de crear un estado de conflicto armado y concluyen que el enfrentamiento entre Estados Unidos y Al Qaeda está “gobernado” por las leyes de la guerra. No obstante, no se expresa con claridad si la competencia de los Convenios deriva del conflicto entre Estados soberanos (Afganistán vs. Estados Unidos) o de la similitud de Al-Qaeda con un Estado en cuanto a capacidad militar, que lo convierte en Parte del conflicto. Por otro lado, argumentan que Al Qaeda no es un Estado y, por lo tanto, no es Parte de los Convenios de Ginebra ni sus Protocolos Adicionales. Afirman que “(...) los miembros de Al Qaeda no pueden reclamar los beneficios de un tratado del que su organización no es parte. Por lo tanto, aunque el conflicto con Al Qaeda se rige por las leyes de la guerra, Al Qaeda no es Parte en ninguna de las codificaciones especializadas de esas leyes, los Convenios de Ginebra” (Yoo y Ho, 2003, p. 216).

Los mencionados autores, al igual que Detter (2007), sostienen que los terroristas de Al-Qaeda caen dentro de la categoría *combatiente ilegal* basándose en la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Ex parte Quirin*. Las tácticas utilizadas por Al-

Qaeda, tales como atacar civiles y camuflarse entre ellos, según los autores, viola los principios de las leyes de la guerra, lo que conlleva a suponer que en el caso de que Al Qaeda fuera un Estado-Nación Parte de los Convenios de Ginebra, sus miembros seguirían siendo *combatientes ilegales*. Los terroristas debido a su estatus no tienen derecho a participar de las hostilidades, no pueden gozar del estatus de prisionero de guerra en caso de ser capturados, y, a diferencia de los civiles, son objetivos atacables.

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

Gross (2016) tiene en cuenta esta dicotomía entre combatiente/no combatiente, pero la desafía al considerar que no se adapta a la realidad actual. Si consideramos que los grupos terroristas no cumplen con los requisitos de combatiente, su estatus jurídico podría definirse como *civil que participa de las hostilidades*. Un civil, al igual que un *combatiente ilegal*, no posee derecho a participar directamente de las hostilidades. El art. 51.3 del Protocolo Adicional I estipula que un civil pierde su protección en el momento y por el tiempo que participe de las hostilidades.

Gross (2016) se centra en la discusión sobre la interpretación del art. 51.3 y cómo impacta en la guerra contra el terrorismo. El artículo dice “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si **participan directamente en las hostilidades** y mientras dure tal participación.” Un civil que participa de las hostilidades no pierde su estatus como civil en el momento en que deja de participar goza de toda la protección conferida a tal categoría. Por lo tanto, la interpretación de “participación directa en las hostilidades” es vital para determinar cuándo un civil es un objetivo militar válido y cuándo debe ser protegido. En otras palabras, condiciona la capacidad de los Estados para “combatir” a los grupos terroristas.

El Comité Internacional para la Cruz Roja afirma que una interpretación limitada de “participación directa en las hostilidades” armoniza con el principio del DIH de proteger a la

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

Gross (2016) sostiene que una interpretación limitada, como la que propone el CICR, llevaría a una situación absurda donde los terroristas solo podrían ser atacables en el momento en el que realizan un ataque y no permitiría herirlos durante la planificación y escape de esa situación. Además, argumenta que el art. 51.3 no representa adecuadamente la conducta terrorista, ya que fue pensado para regular situaciones donde los civiles toman las armas por un tiempo limitado. Para el autor, “(...) el artículo no tenía la intención de proteger a un civil que se convierte en un combatiente de tiempo completo y, por lo tanto, no hay lugar para la inclusión de los terroristas que dedican sus vidas al terrorismo en el artículo” (Gross, 2016, p. 229).

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

ii. Civiles

Para un grupo de autores, la dicotomía entre combatiente/no combatiente es la base para sostener que los terroristas deberían ser considerados civiles. Puesto que, en su mayoría, los

terroristas no cumplen con las condiciones necesarias para ser combatientes, como hemos visto, por oposición caen naturalmente dentro de la categoría de civil (Sassoli, 2006b; Duffy, 2005; Saul, 2014; Dörmann, 2003).

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

Sin embargo, para considerarse “persona protegida” bajo el IV Convenio de Ginebra debe satisfacerse un criterio de nacionalidad. Por un lado, el art. 4 protege a toda persona que en cualquier momento y motivo se encuentre en poder de una Parte del conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sea nacional. Es decir, aquellas personas que sean ciudadanos del Estado que las detiene, no gozan de todos los derechos enumerados en el IV Convenio. Por otro lado, en base a las relaciones diplomáticas, el Convenio no entiende como “persona protegida” a los nacionales de un estado neutral que se encuentren en el territorio de un Estado beligerante, ni a los ciudadanos de un Estado cobeligerante si este mantiene relaciones diplomáticas con el Estado que lo detiene. Estas excepciones de nacionalidad se basan en la premisa de que existen otras normas (diplomáticas) que los protegen. Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) interpretó en el caso *Tadic* que, teniendo en cuenta el objeto y fin del art. 4 del IV Convenio de Ginebra, la protección de los civiles debe extenderse aun si son ciudadanos de la Parte que los detiene cuando no exista una vínculo de lealtad con esa Parte¹²; la relación puramente jurídica de ciudadanía no basta para negar la aplicabilidad del Convenio, por el contrario, es la sustancia de la relación con el Estado que detiene la que debe contemplarse.¹³

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

¹² TIPY, Cámara de apelaciones, Sentencia, Parágrafos 168–171. 1999. Visto en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

¹³ Este criterio se denomina “nacionalidad efectiva”, introducido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Liechtenstein v. Guatemala* (1955), donde se sostiene que la nacionalidad no depende solo de la residencia habitual sino de la existencia de una genuina conexión de intereses y sentimientos entre la persona y el Estado. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>

Según el art. 5, algunos de los derechos que el Convenio IV confiere a las personas protegidas pueden derogarse en dos situaciones: A) si en el territorio de una Parte del conflicto, la persona protegida representa una amenaza a la seguridad de dicha Parte; B) si en territorio ocupado, una persona protegida es detenida realizando actividades de espionaje o de cualquier otro tipo que represente una amenaza para la Potencia ocupante. Sassòli (2006) reconoce que calificar a grupos terroristas como civiles puede producir resistencia; sin embargo, afirma que en una categoría los casos límite rara vez se asemejan al tipo ideal que se describe en ella, pero, de todas formas, se encuentran regulados por sus disposiciones. Como civiles, los terroristas que participan de las hostilidades pueden ser atacados y pierden toda protección durante tal participación. Según su lugar de detención (territorio ocupado o territorio de una Parte en conflicto), los terroristas pueden ser privados de su libertad por razones de seguridad y sus derechos como civiles pueden ser derogados sustantivamente.

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

Callen (2004) identifica dos categorías de *combatientes ilegales*: (A) *combatientes ilegales* capturados en territorio ocupado o en el territorio de una Parte del conflicto; (B) *combatientes ilegales* detenidos en el “campo de batalla” (el autor los denomina “battlefield unlawful combatant”). Esta clasificación deriva del art. 5 del Convenio IV, donde se delimitan los derechos reclamables por los civiles que se involucran en actividades hostiles en territorio ocupado o de una Parte beligerante. Puesto que el artículo no hace referencia a los civiles que participan en las hostilidades en el campo de batalla (territorio disputado que no está controlado por ninguna de las Partes en conflicto), el autor infiere que carecen de protección bajo el Convenio IV. Esta interpretación también fue sostenida por Baxter (1951) y retomada

por Draper (1971) y Kalshoven (1972). No obstante, Callen (2004) concede la posibilidad de que la falta de derogaciones en relación con los civiles capturados en territorio no controlado implique que estos están protegidos por todos los derechos conferidos a las personas protegidas bajo el Convenio.

Considerando que el tratado no excluye expresamente a los “*battlefield unlawful combatants*”, tanto Callen (2004) como otros autores se basan en evidencia histórica para determinar la intención de las Partes al momento de redactarlo. Una interpretación amplia de “territorio ocupado”, como la que sostiene el CICR en su primer Comentario sobre el IV Convenio de Ginebra (1958), implicaría que existe una situación de ocupación desde el momento de la invasión de las tropas enemigas y, por lo tanto, no hay distinción entre territorio ocupado y “campo de batalla”. Mientras que una interpretación más estricta, como la que refuerza Callen (2004), exige cierto nivel de control sobre el territorio por parte de las fuerzas armadas invasoras. Por lo cual, cuando este control no es efectivo el territorio se encuentra en disputa y es considerado “campo de batalla”.

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

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

existe una diferencia entre el campo de batalla y el territorio ocupado.

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

iii. *Combatientes*

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

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

Dada la estrecha conexión entre Al-Qaeda y el Talibán, Szpak (2013) interpreta al primer grupo como miembro de las fuerzas armadas de Afganistán y, por consiguiente, reafirma su derecho al estatus de prisionero de guerra. En cambio, una postura contraria comprende que esta relación entre ambos grupos no refleja la pertenencia de Al-Qaeda a las fuerzas armadas del Talibán, sino su participación en las hostilidades como una milicia ajena a las fuerzas

regulares. En este sentido, los miembros de Al-Qaeda estarían sujetos a las precondiciones expuestas en el artículo 4.A.2 del III Convenio, a fin de obtener el estatus de prisionero de guerra. Szpak (2013), sin embargo, discute esta posición y argumenta que la conformación de las fuerzas armadas de un Estado depende exclusivamente de la legislación doméstica, lo que no impediría que estén formadas por varias milicias o cuerpos voluntarios. Para el gobierno de los Estados Unidos, el incumplimiento de los requisitos de distinción y de las leyes de la guerra fue motivo suficiente para negar el estatus del prisionero de guerra a los talibanes y a los miembros de Al-Qaeda. Las condiciones a las que hace referencia son las dispuestas en el art. 4.A.2 del III Convenio de Ginebra, que define como prisioneros de guerra a:

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

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

Szpak (2013), Goldman y Tittlemore (2002) y Duffy (2005) manifiestan que la estructura del art. 4.A condiciona el estatus de combatiente al cumplimiento de los requisitos mencionados solo con respecto a las milicias y cuerpos voluntarios. Las fuerzas armadas de un Estado, por el contrario, no están obligadas explícitamente a tales disposiciones para obtener el estatus de prisionero de guerra. El primer Comentario del CICR sobre el III Convenio de Ginebra indica que los requisitos del art. 4 A (2) son implícitos para las fuerzas armadas dado que, por su naturaleza, utilizan uniforme, poseen una estructura jerárquica, y conocen y respetan las leyes de la guerra (Preux, 1959). Sin embargo, en el Comentario sobre los Protocolos Adicionales (2001), el CICR postula que la inobservancia de dichos requisitos no conlleva la pérdida del estatus de combatiente. En efecto, “[s]i bien el cumplimiento de la ley razonablemente se puede *esperar* de los miembros de las fuerzas armadas regulares, no es *necesario* para obtener el estado de prisionero de guerra” (Goldman y Tittlemore, 2002, p. 10).

Aunque Al-Qaeda y el Talibán no llevaran armas a la vista, no tuvieran un signo distintivo que los identificara y, sobre todo, no dirigieran sus operaciones respetando las leyes y costumbres de la guerra, sus miembros no perderían su estatus como prisioneros de guerra en caso de ser detenidos. No obstante, de cometer crímenes de guerra, podrían ser juzgados y condenados por tales acciones.

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

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

El Protocolo Adicional I define a las fuerzas armadas de manera tal que se desdibuja la distinción entre combatientes regulares (fuerzas armadas) y combatientes irregulares (milicias). En concreto, el art. 43.1 establece: “[l]as fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo

un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte (...)”. Adicionalmente, la misma disposición explicita la obligación de todas las fuerzas de respetar el derecho internacional al sostener que: “(...) Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”.

El artículo 44, por su parte, estipula que todo combatiente, así definido en el artículo 43, será prisionero de guerra si cae en manos del enemigo. La observación más importante para los grupos armados terroristas se encuentra en el art. 44.2, que estipula:

Aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, la violación de tales normas no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal o, si cae en poder de una Parte adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra, salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4.

Más adelante, el art. 44.3 establece las condiciones mínimas que deberán respetarse para no perder el estatus de prisionero de guerra. Aunque los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil, puede haber circunstancias en las que esto no sea posible. En tales casos, igualmente conservarán su estatus siempre que lleven sus armas abiertamente (a) durante todo el enfrentamiento militar y (b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras están tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que van a participar.

De no cumplir el estándar mínimo dispuesto en el art. 44.3, el combatiente pierde su derecho a ser considerado prisionero de guerra, pero mantiene las protecciones otorgadas por el III Convenio de Ginebra. La consecuencia es que podrá ser juzgado y sancionado por violar las leyes de la guerra.

En resumen, bajo el Protocolo Adicional I, respetando el estándar mínimo del art. 4.4.3, Al-Qaeda hubiese obtenido el estatus de combatiente, a pesar de no respetar las costumbres de la guerra.

III. PROTECCIÓN BAJO EL DIH

Definir el estatus jurídico de una persona detenida en contexto de conflicto armado es fundamental teniendo en cuenta que de esto depende el alcance de la protección conferida

por el DIH. La categoría *combatiente ilegal*, entendida como un “intermedio” entre civil y combatiente, genera desacuerdo porque resta claridad a la hora de determinar qué derechos amparan a las personas que se encuentran dentro de esta categoría. En los párrafos que siguen se expondrán, aunque no de manera exhaustiva, los derechos que protegen a los terroristas según el estatus jurídico.

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

El IV Convenio de Ginebra tiene por objetivo proteger a las personas civiles en tiempo de guerra, incluyendo a aquellas que participaron de las hostilidades. Sin embargo, como consecuencia de esta participación ilícita, la mayor parte de los derechos que confiere el tratado se ven limitados. Si en el territorio de una Parte en conflicto una persona protegida representa una amenaza, dicha Parte puede derogar aquellos derechos que de aplicarse

perjudicarían su seguridad estatal. En caso de territorio ocupado, si una persona protegida es detenida realizando actividades de espionaje o de cualquier otro tipo que represente una amenaza para la potencia ocupante, puede ser privada de su derecho de comunicación. En ambas circunstancias, las personas involucradas deberán ser tratadas con humanidad y, en caso de juicio, se debe garantizar un proceso equitativo y legítimo. Las personas protegidas pueden ser detenidas por delitos cometidos bajo la legislación doméstica del territorio ocupado o aquella que sea impuesta por la potencia ocupante. Además, puede ser internada por la potencia ocupante si esta considera que representa una amenaza para su seguridad. La decisión de internar a una persona protegida no debe ser arbitraria, el acusado tiene derecho de apelación y su caso debe ser revisado por un tribunal competente cada seis meses.¹⁴

Stoffels (2009) sugiere que estas disposiciones ofrecen a los Estados cierta flexibilidad peligrosa en su capacidad de acción. Ello es así ya que permiten la detención de civiles sospechados de cometer actos hostiles contra la seguridad del Estado sin mecanismos de control que analicen los argumentos que fundamentan dicha sospecha.

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

Como civiles que participan de las hostilidades, de cumplir con los requisitos de nacionalidad, los terroristas tienen derecho a las disposiciones mencionadas dependiendo de si fueron detenidos en territorio ocupado o de una Parte en conflicto. Si tenemos en cuenta la distinción que hacen Callen (2004), Draper (1971) y Kalshoven (1972), los terroristas capturados en el “campo de batalla” no estarían protegidos por el IV Convenio. Sin embargo, esto no quiere decir que estén desprotegidos totalmente bajo el DIH. El art. 75 del Protocolo Adicional I representa un estándar mínimo de protección obligatorio para todos los Estados por derecho internacional consuetudinario. En él se establecen garantías fundamentales aplicables a toda persona detenida por una Parte en conflicto y que no disfruta de un trato más favorable en virtud de los Convenios y el Protocolo Adicional I. El art. 75 prohíbe todo

¹⁴ IV Convenio de Ginebra, arts. 41-43 y 78.

acto civil o militar, contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas detenidas. A su vez, obliga a la potencia que detiene a informar sin demora las razones por las que una persona se encuentra privada de su libertad y, también, insta a liberarla lo antes posible. En caso de haber cometido un delito, deberá ser puesta en libertad cuando desaparezcan las causas que justificaron su aprisionamiento. En cuanto a las garantías procesales, el artículo destaca la imparcialidad del tribunal (constituido conforme a los principios del procedimiento judicial ordinario) y la presunción de inocencia.

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

Los autores que sostienen la existencia de una tercera categoría por fuera de los Convenios de Ginebra reconocen pocos derechos para los terroristas que caen en ella. Detter (2007) argumenta que, en caso de ser detenidos, los *combatientes ilegales* no tienen derecho al Estatuto del Prisionero de Guerra (III Convenio de Ginebra) y pueden quedar encerrados más allá del fin de las hostilidades. No obstante, están protegidos bajo un estándar mínimo de trato humano que prohíbe el uso de métodos de tortura y garantiza algunos derechos procesales básicos. Detter (2007) sugiere también que el art. 75 del Protocolo Adicional I, como norma de derecho consuetudinario, podría reflejar ese estándar con respecto a las protecciones judiciales. La autora resalta la importancia de un estándar mínimo ya que no todos los Estados poseen las mismas reglamentaciones internas. El recurso de *habeas corpus*

y la divulgación de evidencia, por ejemplo, no son recursos disponibles en todos los Estados (Detter 2007, p. 1088).

IV. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

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

Aunque los terroristas no puedan ser juzgados por un crimen internacional de terrorismo, diversos autores sostienen que algunos de los actos catalogados como terroristas pueden ser subsumidos dentro de los crímenes internacionales que caen bajo la jurisdicción de la CPI. Detter (2007), por ejemplo, afirma que Al-Qaeda ha sido culpable de genocidio por su persecución y ejecución a grupos de personas determinados: cristianos, ciudadanos estadounidenses y miembros del Estado de Israel. La autora fundamenta su posición en los artículos II (a) y III (c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).

El artículo II dice:

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

a) **Matanza de miembros del grupo**; b) Lesión grave a la integridad física o

mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.¹⁵

Por su parte, el artículo III indica que serán castigados los siguientes actos: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) **La instigación directa y pública a cometer genocidio**; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.¹⁶

Para la autora, Al-Qaeda es culpable de incitar al genocidio bajo el art. III.c en vista de sus declaraciones sobre el “(...) deber personal de todo musulmán (de) matar a los estadounidenses y sus aliados, civiles o militares” (Detter,2007, p. 1069). Asimismo, Detter (2007) se basa en los artículos IV y VI para argumentar que los miembros de Al-Qaeda y todo aquel que adopte objetivos similares serán castigados por un tribunal competente en el territorio donde el acto fue cometido, o por la Corte Penal Internacional en el caso de que las Partes Contratantes que hayan aceptado su jurisdicción.

En cuanto a la participación ilícita en las hostilidades, toda persona que tome las armas y no pueda ser considerada combatiente por el III Convenio de Ginebra ni el Protocolo Adicional I, podrá ser enjuiciada bajo el derecho doméstico. Los terroristas que no cumplan con los requisitos mínimos del art. 44.3 del Protocolo Adicional I, a pesar de gozar de la protección que establece el III Convenio de Ginebra, serán sancionables por su participación ilícita en el combate.

V. CONCLUSIÓN

Inter arma silent leges

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

¹⁵ Énfasis propio.

¹⁶ Énfasis propio.

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

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

En contexto de conflicto armado internacional (CAI), considerar a los grupos armados terroristas como parte independiente es controversial. El DIH determina claramente que un conflicto armado internacional surge del enfrentamiento entre dos Altas Partes Contratantes, es decir, Estados. No obstante, como consecuencia de los ataques del 11 de septiembre, un sector de la bibliografía comenzó a cuestionar la idea de que las guerras solo involucraban a Estados soberanos. La realidad demostró que actores no estatales pueden ejercer el mismo nivel de daño que un Estado Asimismo, dichos grupos terroristas pueden verse en medio de un conflicto armado internacional que surgió entre dos o más Estados. En estos casos, el estatus jurídico sí es relevante porque la protección y responsabilidad varía.

Del análisis crítico de la bibliografía consignada se concluye que no hay una posición libre de objeciones. Los terroristas, como grupo, no poseen un estatus definido. Su situación debe analizarse caso por caso, teniendo en cuenta los tratados que aplican. En aquellos conflictos armados internacionales entre Estados que ratificaron el Protocolo Adicional I, los terroristas tendrán mayor posibilidad de ser reconocidos como combatientes dada la laxitud del art. 44 (3). Sin embargo, teniendo en cuenta que el Protocolo Adicional I no aplica a conflictos contra los Estados Unidos (el principal Estado involucrado en la “guerra contra el terrorismo”), esta posibilidad se reduce considerablemente. En casos en que el Protocolo Adicional I no tenga jurisdicción o no se cumpla el estándar mínimo del art. 44.3, los

terroristas detenidos podrían ser considerados civiles que participan directamente de las hostilidades. Dos objeciones pueden presentarse: no hay una definición clara de “participación directa en las hostilidades” (por lo tanto, esta categoría puede abarcar o no a terroristas que participan “tiempo completo”) y, como advierten algunos autores, los terroristas detenidos en el “campo de batalla” podrían quedar excluidos del ámbito de protección del IV Convenio de Ginebra. Bajo esta última objeción, no obstante, los terroristas seguirían teniendo el estatus de civil que participa de las hostilidades, pero sus derechos se verían severamente recortados.

Por vía del derecho internacional consuetudinario es difícil concluir que los terroristas carezcan de protección. Toda persona en manos del enemigo tiene derecho a las garantías básicas estipuladas en el art. 75 del Protocolo Adicional I y el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Por lo tanto, de no tener estatus de combatiente protegido por el III Convenio de Ginebra, ni estar amparado por el IV Convenio de Ginebra por no cumplir el criterio de nacionalidad o por ser detenido en el campo de batalla, el DIH otorga protección a través del carácter consuetudinario del art. 75. Se trata de los estándares mínimos que el DIH consagra en complementariedad con el régimen de protección de los derechos humanos, aplicable siempre (en tiempos de paz y en tiempos de guerra) y respecto de todos.

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

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

VI. BIBLIOGRAFÍA

A. Primaria

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

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

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

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

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Reglamento Anexo a la IV Convención de la Haya 1907*, 18 de octubre de 1907, Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws- customs-war-on-land-5tdm39.htm>

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

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

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

Corte Suprema de los Estados Unidos, Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1, 1942. Disponible en:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/>

Corte Suprema de los Estados Unidos, Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 2006. Disponible en:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/557/>

Documentación Presidencial. Orden militar del 13 de noviembre de 2001. *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. Disponible en:

<https://fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>

Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*, 04 de diciembre de 1989.

Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1989-mercenaries-5tdmhy.htm>

Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 09 de diciembre de 1948, RES 260 A (III), Entrada en vigor: 12 de enero de

1951. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

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

Naciones Unidas, Asamblea General, *Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional*, 17 Julio 1998, entrada en vigor 2002.

ISBN No. 92-9227-227-6 (Última enmienda 2010) Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

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

B. Secundaria

Baxter, Richard. 1951. So-called 'unprivileged belligerency': Spies, guerrillas, and saboteurs. *British Yearbook of International Law*: 323.

Bott, Gregory. 2016. The Operations of the Islamic State and The Relevance of International Humanitarian Law. *Australian International Law Journal*: 99-111.

Callen, Jason. 2004. Unlawful Combatants and the Geneva Conventions. *Virginia Journal of International Law*: 1025-1072.

Comité Internacional de la Cruz Roja. 2009. Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law.

- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2001. *Comentario del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949*. Colombia: Plaza & Janés Editores Colombia.
- Danner, Allison M. 2007. Defining Unlawful Enemy Combatants: A Centripetal Story. *Texas International Law Journal*: Vol. 43 1-14.
- Detter, Ingrid. 2007. The Law of War and Illegal Combatants. *The George Washington Law Review*: 1049-1104.
- Dörmann, Knut. 2003. La situación jurídica de los "combatientes ilegales/no privilegiados". *Revista Internacional de la Cruz Roja*: 1-19.
- Draper, Gerald. 1971. The status of combatants and the question of guerrilla warfare. *British Yearbook of International Law*: 173-218.
- Duffy, Helen. 2005. *The 'War on Terror' and the framework of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Goldman, Robert K., y Brian D. Tittmore. 2002. Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law. *The American Society of International Law Task Force on Terrorism*: 1-57.
- Gross, Emanuel. 2004. The struggle of a democracy against the terror of suicide bombers: ideological and legal aspects. *Wisconsin International Law Journal*: 597-710. 2016. The Third Player-Illegal Combatant." *San Diego International Law Journal*: 199-238.
- Kalshoven, F. 1972. The Position of Guerrilla Fighters under the Law of War. *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*: 55.
- Mofidi, Manooher, y Amy E. Eckert. 2003. Unlawful Combatants or Prisoners of War: The Law and Politics of Labels. *Cornell Int' L. J.*: 59-92.
- Neuman, Gerald. 2003. Humanitarian Law and Counterterrorist Force. *European Journal of International Law* :283-293.
- Pictet, J. 1958. Commentary: IV Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. *Comité Internacional de la Cruz Roja*
- Preux, Jean. 1959. Commentary: Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. *CICR*.
- Sassòli, Marcos. 2004. Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism. *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*: 195-221. 2006a. Terrorism and War. *Int'l Crim. Just*: 959-981.
- 2006b. Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law. *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research - Harvard University - Occasional Paper Series*: 1-43.

- Saul, Ben. 2014. Terrorism and International Humanitarian Law.» *Research Handbook on International Law and Terrorism*
- Stephens, Tim. 2007. International Criminal Law and the response to International Terrorism. *UNSW Law Journal*: 456-481.
- Stoffels, Ruth Abril. 2009. Legal Limbo at Guantanamo Bay. Supreme Court v. Bush Administration: June 29th 2006 Decision. Editado por Pablo Antonio Fernández- Sánchez. *International Humanitarian Law Series* 23: 457-468.
- Sylvain, Vité. 2009. Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. *International Review of the Red Cross* 91, n° 873
- Szpak, Agnieszka. 2013. The Legal Status of the Guantanamo Bay Detainees - Ten Years Later. *Birkbeck Law Review*: 375-420.
- Weiner, Allen s. 2005. Law, Just war, and the international fight against terrorism: is it war? *CDDRL Working Papers*: 1-29.
- Yoo, John C., y James C. Ho. 2003. The Status of Terrorists. *Virginia Journal of International Law*: 207-228.