



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito



1

La lucha contra el terrorismo en el contexto del derecho internacional

PLAN DE ESTUDIOS PARA LA CAPACITACIÓN JURÍDICA
CONTRA EL TERRORISMO

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO

PLAN DE ESTUDIOS PARA LA CAPACITACIÓN
JURÍDICA CONTRA EL TERRORISMO

Módulo 1

**La lucha contra el terrorismo
en el contexto del derecho
internacional**



NACIONES UNIDAS
Viena, 2021

© Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2021

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que se presentan los datos no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de ningún país, territorio, ciudad o zona, o de sus autoridades, ni sobre el trazado de sus fronteras o límites.

Producción editorial: Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Antecedentes: Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo	<i>viii</i>
Introducción	<i>x</i>
Agradecimientos	<i>xii</i>
Conceptos básicos de derecho internacional	<i>xiii</i>
A. Tratados	<i>xiv</i>
B. Derecho internacional consuetudinario	<i>xv</i>
C. Otras fuentes de derecho internacional	<i>xvi</i>
D. “Soft law”	<i>xvi</i>
E. Relación entre las fuentes de derecho internacional	<i>xvii</i>
F. Derechos y deberes de los Estados y las personas de conformidad con el derecho internacional	<i>xvii</i>
G. Aplicación y cumplimiento de las normas de derecho internacional.	<i>xviii</i>
H. Derecho de los tratados	<i>xix</i>
I. Consejo de Seguridad.	<i>xxi</i>
J. Actos unilaterales de los Estados	<i>xxi</i>
I. La lucha contra el terrorismo y el derecho internacional de los derechos humanos	<i>1</i>
Introducción	<i>3</i>
A. ¿A quiénes va dirigido el derecho internacional de los derechos humanos?	<i>4</i>
B. Las consecuencias del terrorismo para los derechos humanos.	<i>7</i>
C. Las obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos humanos	<i>9</i>
1. La obligación del Estado de reprimir el terrorismo con diligencia	<i>9</i>
2. La obligación del Estado de ofrecer reparación a las víctimas del terrorismo	<i>10</i>
D. La obligación del Estado de respetar los derechos humanos en el marco de la lucha contra el terrorismo	<i>13</i>
1. Restricción de derechos.	<i>14</i>
2. Suspensión o derogación de derechos en situaciones excepcionales de peligro público	<i>16</i>
3. Aplicación concurrente del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en los conflictos armados	<i>19</i>
E. La vulneración de los derechos humanos por parte del Estado en el marco de la lucha contra el terrorismo	<i>24</i>
1. Profesionalidad y autoridad moral	<i>24</i>
2. La vulneración de los derechos humanos puede crear condiciones propicias para el terrorismo.	<i>24</i>
3. La vulneración de los derechos humanos socava la eficacia de la aplicación de la ley.	<i>27</i>
4. La vulneración de los derechos humanos socava la cooperación internacional contra el terrorismo	<i>28</i>

F. Dos ejemplos de las consecuencias del terrorismo y la lucha contra el terrorismo para determinados derechos humanos.....	30
Preguntas de autoevaluación.....	34
II. El derecho internacional de los refugiados, la migración y la lucha contra el terrorismo...	35
Introducción	37
A. La relación entre el terrorismo, la lucha contra el terrorismo y la movilidad humana	40
B. Los migrantes	42
Los trabajadores migrantes	42
C. Los refugiados.....	44
1. Definición de refugiado	45
2. Exclusión del régimen de protección de los refugiados.....	49
3. Situaciones de afluencia en gran escala.....	57
4. Determinación de la condición de refugiado	58
D. Llegada, recepción y traslado de migrantes y refugiados	59
1. Incorporación de medidas de protección en la gestión de fronteras	60
2. Obligaciones internacionales en materia de lucha contra el terrorismo en relación con la circulación transfronteriza de personas	61
3. Los combatientes terroristas extranjeros	61
4. Principio de no devolución en el derecho internacional de los refugiados ...	63
5. Principio de no devolución en el derecho de los derechos humanos	67
6. Relación entre la exclusión del estatuto de refugiado, el principio de no devolución y las leyes de extradición	67
7. El debido proceso en el contexto de la expulsión	69
8. Detención de solicitantes de asilo, refugiados o migrantes	71
E. Las personas apátridas	74
F. Los desplazados internos.....	76
Preguntas de autoevaluación.....	77
III. El derecho internacional humanitario y el terrorismo	79
Introducción	81
A. La aplicabilidad del derecho internacional humanitario y la calificación de “conflicto armado”	82
1. Clasificación de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario.....	83
2. Vinculación a un conflicto armado	90
B. Normas fundamentales sobre la conducción de las hostilidades	91
1. Principio de distinción	91
2. Ataques indiscriminados.....	93
3. Proporcionalidad	93
4. Prohibiciones especiales relativas a los actos de terrorismo establecidas en el derecho internacional humanitario	93

5. Otras medidas especiales de protección de la población civil	93
6. Métodos de guerra prohibidos	95
7. Armas prohibidas y de uso restringido	96
C. Clasificación de los agentes vinculados a los grupos terroristas según el derecho internacional humanitario	96
1. Pertenencia a grupos armados no estatales.	97
2. Civiles que participan directamente en las hostilidades	98
3. Otras categorías previstas en el derecho internacional humanitario	101
4. “Combatientes extranjeros” y “combatientes terroristas extranjeros”	101
5. Género, derecho internacional humanitario y lucha contra el terrorismo en el contexto de un conflicto armado	103
6. Los niños vinculados a grupos armados.	105
D. La detención por razones de seguridad en los conflictos armados.	108
E. La relación entre el derecho internacional humanitario y el marco jurídico de la lucha contra el terrorismo	111
1. Exclusiones previstas en los instrumentos internacionales contra el terrorismo	112
2. Cuestiones que se plantean en el caso de aplicabilidad concurrente del derecho internacional humanitario y las leyes antiterroristas	114
F. Actividades humanitarias y actividades antiterroristas	117
1. Repercusiones de las actividades antiterroristas en la acción humanitaria basada en principios	121
2. Repercusiones de las actividades antiterroristas en la capacidad de las organizaciones humanitarias para prestar asistencia	122
Preguntas de autoevaluación.	124

IV. La lucha contra el terrorismo y los mecanismos establecidos en el derecho internacional para controlar las armas convencionales 125

Introducción	127
A. La obligación de eliminar el abastecimiento de armas a los terroristas	128
B. Embargos de armas impuestos en determinadas situaciones.	130
1. Embargo de armas impuesto en el marco del régimen de sanciones contra el Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIL-Dáesh) y Al-Qaida.	131
2. Artefactos explosivos improvisados	132
3. Otros embargos de armas pertinentes	135
C. La prevención y represión de negocios ilícitos con armas pequeñas y armas ligeras.	136
1. Tráfico de armas de fuego	137
2. Tráfico de armas pequeñas y armas ligeras	139
3. Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección.	142
4. Adición a los Principios Rectores de Madrid sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros	143

D. La reglamentación de las transferencias internacionales de armas	143
1. Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013	144
2. Arreglo de Wassenaar sobre el Control de las Exportaciones de Armas Convencionales y Bienes y Tecnologías de Doble Uso	147
3. Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas	148
E. La reglamentación de las armas en el derecho internacional humanitario	150
1. Prohibición de las armas que causan males superfluos o sufrimientos innecesarios	151
2. Prohibición de las armas de efectos indiscriminados	151
3. Cláusula Martens	152
4. Armas prohibidas	152
5. Armas de uso restringido	153
6. Restos explosivos de guerra	154
7. Diseño de nuevas armas	155
8. Sistemas de aeronaves no tripuladas (“drones”)	155
Preguntas de autoevaluación	158

V. Respuestas de la justicia penal al terrorismo y marco jurídico internacional contra la delincuencia organizada 161

Introducción	163
A. Delitos cometidos por grupos organizados	165
1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	165
2. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado	168
3. Blanqueo de dinero y financiación del terrorismo	169
4. Corrupción	172
5. Trata de personas	174
6. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes	178
7. Tráfico de armas de fuego	180
8. Tráfico de drogas	182
9. Tráfico de bienes culturales	184
10. Explotación ilícita de los recursos naturales y delitos contra el medio ambiente	185
11. Secuestro para obtener rescate	187
12. Delito cibernético, ciberterrorismo y uso de Internet con fines terroristas . . .	191
B. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional como base de la cooperación internacional en asuntos penales . . .	193
1. Extradición	193
2. Asistencia judicial recíproca	196
3. Cooperación en materia de aplicación de la ley	199
C. Algunas consideraciones relativas a la investigación y el enjuiciamiento de delitos cometidos por grupos organizados y delitos de terrorismo	199

1. Investigaciones proactivas	200
2. Fomento de la cooperación interinstitucional	201
3. Investigaciones financieras paralelas.....	201
4. Investigaciones paralelas en relación con las armas de fuego	202
5. Técnicas especiales de investigación	203
6. Cooperación de las personas que han intervenido en actos delictivos	205
7. Seguridad de los funcionarios de la justicia penal, los testigos y las víctimas ..	206
8. Administración penitenciaria	209
Preguntas de autoevaluación.....	211

VI. Los delitos internacionales y los delitos de terrorismo 213

Introducción	215
A. Los principales delitos internacionales.....	216
1. Genocidio	216
2. Crímenes de guerra	217
El crimen de guerra de intentar aterrorizar a la población civil.....	221
3. Crímenes de lesa humanidad	223
4. Otros delitos internacionales	227
B. Potestad jurisdiccional, cooperación internacional y mecanismos internacionales de rendición de cuentas	228
1. Represión de los delitos internacionales a nivel nacional.....	228
2. Represión de los delitos internacionales a nivel internacional.....	234
C. Consideraciones estratégicas y prácticas para el enjuiciamiento de los delitos internacionales perpetrados por integrantes de grupos terroristas ...	240
1. Delitos internacionales como “crímenes del sistema”	241
2. Procesos judiciales centrados en los principales responsables y “causales de responsabilidad” respecto de los delitos internacionales	241
3. Reunión estratégica y exhaustiva de pruebas para demostrar todos los elementos de los delitos internacionales.....	243
4. Utilización como prueba de la información recogida por las fuerzas armadas..	244
5. Enjuiciamiento de los actos de violencia sexual y de género perpetrados por grupos terroristas	245
6. Determinación de los cargos y acumulación procesal con respecto a los delitos de terrorismo y los delitos internacionales	247
Preguntas de autoevaluación.....	250

ANTECEDENTES: PLAN DE ESTUDIOS PARA LA CAPACITACIÓN JURÍDICA CONTRA EL TERRORISMO

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) tiene por mandato prestar asistencia a los países que la soliciten en relación con los aspectos jurídicos y de justicia penal de la lucha contra el terrorismo. Su Subdivisión de Prevención del Terrorismo se encarga de ejecutar ese mandato principalmente prestando asistencia a los países a fin de que puedan ratificar los instrumentos jurídicos internacionales contra el terrorismo, incorporar sus disposiciones en el derecho interno y aumentar la capacidad de sus sistemas de justicia penal para aplicar esas disposiciones efectivamente, de conformidad con el estado de derecho y con el debido respeto de los derechos humanos.

El Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo es una de las herramientas elaboradas por la Subdivisión a efectos de intercambiar conocimientos y experiencia con el fin de fortalecer la capacidad de los funcionarios nacionales de justicia penal para poner en práctica el marco jurídico universal contra el terrorismo. Tiene por objeto armonizar y sistematizar los conceptos jurídicos y el material de capacitación y la información conexos con miras a maximizar las repercusiones de las actividades de formación que ofrece la Subdivisión. La transmisión de conocimientos se lleva a cabo a través de las siguientes actividades:

- formación directa de los funcionarios de justicia penal;
- actividades de formación de instructores;
- apoyo a las instituciones nacionales de formación de funcionarios de justicia penal (escuelas de jueces y fiscales, academias de policía y otras instituciones pertinentes) para la formulación e incorporación de temas relacionados con la lucha antiterrorista en sus planes de estudios.

Estructura y contenido

El Plan de Estudios consta de varios módulos, cada uno de ellos vinculado a determinadas esferas temáticas de los aspectos jurídicos y de justicia penal de la lucha contra el terrorismo. Los seis primeros módulos son:

- Módulo 1. La lucha contra el terrorismo en el contexto del derecho internacional (el presente módulo)
- Módulo 2. El marco jurídico universal contra el terrorismo
- Módulo 3. La cooperación internacional en materia penal contra el terrorismo
- Módulo 4. *Human rights and criminal justice responses to terrorism* (Los derechos humanos y las respuestas de justicia penal al terrorismo)
- Módulo 5. *Transport-related (civil aviation and maritime) terrorism offences* (Delitos de terrorismo relacionados con el transporte (aviación civil y transporte marítimo))
- Módulo 6. El marco jurídico internacional contra el terrorismo químico, biológico, radiológico y nuclear

Índice de herramientas de aprendizaje

Análisis: se presentan a los lectores temas de interés especial en recuadros centrados en aspectos relacionados con la lucha antiterrorista, a efectos de proporcionar información de antecedentes exhaustiva o ejemplos ilustrativos que faciliten el análisis comparativo de la materia.

Estudios monográficos: pueden examinarse estudios de casos que ilustran la aplicación de normas jurídicas, doctrinas o políticas.

Actividades: los participantes pueden utilizar esta herramienta para estudiar de qué manera los diversos temas incluidos en el Plan de Estudios son tratados o se reflejan en la práctica, centrándose especialmente en su aplicación al ordenamiento jurídico de su país. Los ejercicios adoptan una de estas formas: *a)* preguntas orientadas a fomentar el debate o *b)* casos hipotéticos que se deben abordar aplicando las normas y principios explicados en el texto. Esas actividades están más bien pensadas para realizarse en pequeños grupos de trabajo durante programas de desarrollo de la capacidad. Muchas de ellas también podrían servir de base para simulacros de audiencias o de presentación de escritos, o incluso podrían ser utilizadas por estudiantes autodidactas como herramientas para examinar la aplicación práctica de los conocimientos adquiridos.

Material de consulta: una lista de referencias bibliográficas constituida por publicaciones, informes y manuales para los participantes que deseen profundizar sus conocimientos sobre temas jurídicos pertinentes.

Preguntas de autoevaluación: las preguntas se refieren a los temas tratados en cada parte. A diferencia de las actividades, las preguntas de evaluación deben responderse directamente, por lo que resultan útiles para los instructores que deben evaluar con rapidez los conocimientos adquiridos por los participantes. Las preguntas suelen responderse al final de una sesión de formación, pero también pueden utilizarse como herramientas preliminares para determinar el grado de conocimientos previos de los participantes y las necesidades de formación.

Destinatarios

Los módulos pueden adaptarse a las necesidades, los conocimientos y las expectativas particulares de determinados grupos.

Reflejan la experiencia de la Subdivisión de Prevención del Terrorismo en materia de actividades de formación y se basan en su mandato. Los destinatarios suelen ser, entre otros, funcionarios de justicia penal y encargados de la aplicación de la ley (policías, fiscales y jueces), mandos militares, instancias normativas, funcionarios de los principales ministerios (en particular, de los de relaciones exteriores, justicia e interior) y abogados penalistas.

INTRODUCCIÓN

La amenaza del terrorismo sigue evolucionando. Varios grupos terroristas transnacionales de composición diversa cometen actos de violencia en el contexto de los conflictos armados y encuentran nuevas formas de obtener armas y de financiar sus actividades, especialmente por conducto de la delincuencia organizada transnacional y de complejas operaciones de blanqueo de dinero y financiación. Esos grupos cometen graves abusos de derechos humanos y participan en actividades calificadas de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Al mismo tiempo, las violaciones de los derechos humanos cometidas en el curso de la lucha contra el terrorismo pueden servir para socavar la legitimidad y eficacia de las medidas antiterroristas. Los conflictos en que participan grupos terroristas, sustentados en algunos casos por combatientes terroristas extranjeros, obligan a las personas a abandonar su hogar para poder sobrevivir y sentirse a salvo, lo que contribuye a la migración y a las corrientes de refugiados.

Esas tendencias del terrorismo mundial y los nuevos desafíos subrayan la necesidad de examinar más a fondo cómo interactúan el terrorismo y la legislación antiterrorista y cómo se relacionan con otros ámbitos del derecho internacional. Las manifestaciones modernas del terrorismo exigen que los funcionarios nacionales encargados de la respuesta de la justicia penal a ese fenómeno desarrollen competencia y aptitudes jurídicas especiales, habida cuenta de la compleja interacción que existe entre la legislación antiterrorista y otras ramas fundamentales del derecho internacional.

El presente módulo del Plan de Estudios tiene por objeto dotar a los profesionales de la justicia penal y demás funcionarios nacionales competentes de los conocimientos y aptitudes que necesitan para explorar estas complejas cuestiones jurídicas. Sitúa el marco jurídico y político de la lucha antiterrorista en el contexto de esferas conexas del derecho internacional como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los refugiados, el derecho internacional humanitario y las normas relativas al uso de la fuerza y el control de armas, así como del derecho penal internacional y el marco jurídico internacional para combatir la delincuencia organizada transnacional.

Antes de los seis capítulos sustantivos figura una introducción al derecho internacional que ofrece a los profesionales de la justicia penal que puedan estar poco familiarizados con el derecho internacional público algunas nociones fundamentales especialmente pertinentes para poder comprender y utilizar el módulo.

En el capítulo I se examinan cuestiones fundamentales de derechos humanos que se plantean en el ámbito de la lucha antiterrorista, entre ellas, cómo el terrorismo puede socavar los derechos humanos, la obligación del Estado de amparar esos derechos en el contexto del terrorismo, la posible restricción de derechos para facilitar la reacción de los Gobiernos ante la amenaza del terrorismo y las consecuencias de las medidas antiterroristas para los derechos humanos.

En el capítulo II se exploran las interacciones de la lucha contra el terrorismo, el derecho internacional de los refugiados y el marco jurídico y político internacional de la migración, especialmente las consecuencias para la protección de los refugiados y los migrantes, el principio de no devolución y los procesos de extradición. También se aborda la protección de los desplazados internos y los apátridas en el contexto del terrorismo y del antiterrorismo.

En el capítulo III se hace un examen de los principios fundamentales del derecho internacional humanitario y su aplicación a la conducta de los terroristas que participan en conflictos armados, y se presenta un análisis de la relación entre ese ámbito del derecho y las leyes antiterroristas durante los períodos de conflicto armado. También se estudian formas de mitigar los efectos de las medidas antiterroristas en la prestación de socorro y asistencia humanitarias.

El capítulo IV aborda la manera de aplicar a las actividades de los grupos terroristas los regímenes jurídicos internacionales de control de las armas convencionales, entre ellos los instrumentos de derecho internacional que reglamentan, restringen o prohíben determinadas armas, las disposiciones aplicables a la conducta del Estado en relación con las armas, las normas directamente aplicables a los agentes no estatales, y otras reglas que exigen a los Estados reprimir la corriente de armas hacia actores no estatales.

En el capítulo V se hace referencia a los vínculos entre los actos de terrorismo y los delitos transnacionales, se determinan diferentes formas en que los primeros pueden constituir delitos de esa índole en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, y se intenta determinar la utilidad que puede tener el marco jurídico contra la delincuencia organizada transnacional para los profesionales encargados de luchar contra el terrorismo.

El capítulo VI trata de determinar en qué medida los actos terroristas o las actividades de los grupos terroristas pueden constituir delitos internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, y analiza de qué manera puede utilizarse el marco jurídico contra los delitos internacionales para el enjuiciamiento de casos relacionados con el terrorismo.

AGRADECIMIENTOS

El *Módulo de capacitación sobre la lucha contra el terrorismo en el contexto del derecho internacional* fue preparado por la Subdivisión de Prevención del Terrorismo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Lo redactaron Ben Saul, consultor independiente, y Ulrich Garms, funcionario de la Subdivisión de Prevención del Terrorismo, bajo la supervisión de Elena Rigacci-Hay, Jefa de Sección, y de Masood Karimipour, Jefe de la Subdivisión de Prevención del Terrorismo.

Fue revisado por un grupo de expertos en una reunión celebrada del 25 al 27 de febrero de 2019. La UNODC agradece las valiosas contribuciones de Ahmed Abdulrahman, Mohsen Al Hazmi, Adejoké Babington-Ashaye, Katja Boettcher, Anne-Laure Bossel, Anne Charbord, Alejandro Chehtman, Ahmed El-Dabaa, Kanako Emoto, Tristan Ferraro, Thomas Forster, Krisztina Huszti-Orban, Yu Kanosue, Sibylle Kapferer, Kelly Low, David McKeever, Tanya Mehra, Eric Mongelard, Daniel Nsereko, Katherine Prizeman, Olga Ryaguzova, Wan Jun Seow, Winthrop Wells, Thomas Wuchte y Xu Yu.

También contribuyeron a la preparación del *Módulo de capacitación* los siguientes funcionarios de la UNODC: Torben Adams, Francesca Andrian, Citlalin Castañeda de la Mora, Carmen Corbin, Dimosthenis Chrysikos, Jenna Dawson-Faber, Philipp Divett, Kate Fitzpatrick, Mohamed Fouda, Simonetta Grassi, Arturo Laurent, Martin Hemmi, Arianna Lepore, Alexandra Martins, Max Menn, Morgane Nicot, Riikka Puttonen, Zouhair Racheha, Jorge Ríos, Vera Tkachenko, Nikolaj West y Lara Wilkinson, así como Omayma Bamoussa y Krista Heinonen (pasantes).

CONCEPTOS BÁSICOS DE DERECHO INTERNACIONAL

En el presente módulo se examinan las interacciones entre el marco jurídico y político de las actividades antiterroristas internacionales y otras ramas fundamentales del derecho internacional (también conocido con los nombres de derecho internacional público y derecho de gentes) que pueden ser pertinentes cuando los Estados toman medidas para combatir el terrorismo. La presente parte contiene una breve introducción a la naturaleza y las fuentes del derecho internacional y un análisis de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

¿Qué es el derecho internacional?

El derecho internacional trata principalmente de la conducta de los Estados y de las relaciones entre ellos, aunque también regula la conducta de las organizaciones internacionales, los grupos de personas (como los grupos armados), las entidades (como las empresas o las organizaciones no gubernamentales) y las personas a título individual. Las normas de derecho internacional se refieren a las siguientes cuestiones:

- los elementos que constituyen un “Estado” (o un país);
- las fuentes de derecho internacional;
- los derechos de los Estados (como el de ejercer su jurisdicción con respecto a las personas, la tierra y el mar y el de gozar de ciertas inmunidades frente a los procesos judiciales de otros Estados);
- los deberes de los Estados (entre ellos el de respetar la soberanía de los otros Estados o el de abstenerse de utilizar fuerza militar agresiva contra otros Estados y de injerirse en los asuntos internos de otros Estados);
- la responsabilidad jurídica de los Estados por contravenir el derecho internacional;
- la solución pacífica de controversias internacionales.

El derecho internacional contemporáneo también abarca ramas especializadas referentes a determinadas esferas temáticas tratadas en el presente módulo, como los derechos humanos, los refugiados, la delincuencia transnacional, el derecho penal internacional, el control de armamentos, el derecho internacional humanitario y las normas internacionales sobre el uso de la fuerza.

Fuentes de derecho internacional

Las fuentes de derecho internacional difieren de las fuentes de derecho interno (que normalmente son la constitución, la ley, las resoluciones judiciales y los reglamentos). Existen tres fuentes formales que crean obligaciones jurídicas internacionales: los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho. Las dos primeras son las más comunes. También hay dos fuentes subsidiarias que ayudan a individualizar las fuentes formales mencionadas: las resoluciones judiciales y la labor de juristas internacionales altamente calificados. Además, el “soft law”, o derecho no vinculante (que se examina más adelante), puede influir en la determinación de lo que constituye el derecho internacional.

A. Tratados

Un tratado internacional es un acuerdo formal jurídicamente vinculante celebrado entre Estados, o entre estos y organizaciones internacionales. Esos acuerdos pueden recibir el nombre de convenios, convenciones, cartas, protocolos o pactos, entre otras denominaciones.

Los tratados pueden ser bilaterales (celebrados entre dos Estados u organizaciones internacionales) o multilaterales (celebrados entre tres o más Estados u organizaciones internacionales). Son ejemplos de tratados multilaterales que gozan de adhesión casi universal la Carta de las Naciones Unidas de 1945, los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y su Protocolo Adicional I de 1977, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (también conocida con el nombre de “Convención de Palermo”) y, en la esfera de la lucha contra el terrorismo, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999.

Los tratados son uno de los principales medios para dar origen a normas jurídicamente vinculantes entre Estados. Pueden establecer derechos y obligaciones internacionales de carácter sustantivo, exigir a los Estados que incorporen determinadas medidas al derecho interno, crear procedimientos e instituciones y proporcionar parámetros para el cumplimiento de sus propias disposiciones.

Un principio fundamental del derecho de los tratados es el de “*pacta sunt servanda*”, es decir, que las obligaciones establecidas en cada uno de los tratados en vigor son vinculantes para las partes en él y deben ser cumplidas por estas de buena fe¹. Los Estados no pueden invocar su derecho interno para eludir esta obligación². La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 rige una variedad de cuestiones, entre ellas la elaboración, interpretación, enmienda, violación, nulidad, suspensión y terminación de los tratados.

Elaboración de tratados

Un tratado únicamente es vinculante para los Estados que hayan consentido en quedar obligados por él. El consentimiento puede expresarse por diversos medios técnicos³, pero lo más habitual es que se dé en un proceso de dos etapas, a saber, la firma seguida de la ratificación (el tratado únicamente será vinculante una vez ratificado), en particular en el caso de los tratados recién redactados que aún no han entrado en vigor. Ese proceso puede abarcar consultas y aprobación por conductos jurídicos nacionales como el parlamento del Estado. Otro método habitual para pasar a ser parte en un tratado es la adhesión en un solo acto a un tratado ya aprobado, con lo cual este se vuelve vinculante para el Estado que se adhiere a él.

Al pasar a ser partes en un tratado, los Estados deben cumplir las obligaciones establecidas en él. Sin embargo, en algunos casos pueden circunscribir o modificar formalmente esas obligaciones. Por ejemplo, pueden formular una “reserva” que varíe los derechos u obligaciones que le incumben en virtud del instrumento⁴. No obstante, el propio tratado puede excluir o limitar la posibilidad de formular reservas⁵. Por otra parte, no se permite formular reservas con respecto a las disposiciones de los tratados que recogen normas

¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232).

² *Ibid.*, artículo 27.

³ *Ibid.*, artículo 11.

⁴ *Ibid.*, artículo 2, párrafo 1 d).

⁵ *Ibid.*, artículo 19.

de *ius cogens* (como la prohibición de la tortura, la esclavitud o el genocidio) ni que sean incompatibles con el objeto y el fin del tratado.

Ventajas de los tratados

Los tratados presentan varias ventajas como fuente de obligaciones internacionales:

- Pueden redactarse tratados para responder rápidamente a acontecimientos o problemas actuales.
- Los Estados que redactan un tratado ejercen un control considerable sobre su contenido, de manera que el instrumento puede reflejar su voluntad colectiva (en tanto que la reserva otorga flexibilidad a cada Estado por separado).
- Los tratados pueden redactarse en términos precisos, con lo cual se garantiza seguridad y se evitan controversias.
- El requisito del consentimiento demuestra el compromiso público de un Estado de atenerse a sus disposiciones, lo que aumenta la probabilidad de que se les dé cumplimiento.
- Los tratados pueden establecer procedimientos para vigilar o supervisar el cumplimiento de sus obligaciones o para hacerlas cumplir.

B. Derecho internacional consuetudinario

El derecho internacional consuetudinario está formado por normas no escritas emanadas de la práctica de los Estados en sus relaciones internacionales a lo largo del tiempo. Para establecer una costumbre se requieren dos elementos:

- Que la práctica de los Estados (es decir, lo que los Estados hacen, se abstienen de hacer o declaran públicamente) sea suficientemente uniforme y sistemática durante un período suficiente. No es necesario que exista una conformidad rigurosa; basta con que la práctica sea, en general, compatible con las normas y con que toda práctica que no lo sea se considere una infracción.
- Que la práctica sea considerada jurídicamente obligatoria (*opinio iuris*), en otras palabras, que los Estados creen o acepten que se lleve a cabo tal como lo exige la ley.

Los tratados solo obligan a los Estados que han consentido en obligarse por ellos, en tanto que el derecho consuetudinario es vinculante para todos los Estados.

El derecho consuetudinario tiene varias ventajas:

- Se aplica universalmente, lo que puede ser importante cuando: *a)* no exista un tratado sobre un tema determinado; *b)* un tratado cuente con pocos Estados partes; *c)* un Estado parte en un tratado no acepte el mecanismo de solución de controversias establecido en ese instrumento, pero sí el basado en la costumbre, o *d)* surjan nuevos Estados que no estén vinculados por las obligaciones emanadas del tratado.
- Dado que la costumbre dimana de una práctica uniforme de los Estados a lo largo del tiempo, estos ya saben de qué manera se espera que se comporten y es probable que acepten la costumbre como ley.
- La costumbre puede evolucionar dinámicamente a la par que la práctica de los Estados y las necesidades de la comunidad internacional.

C. Otras fuentes de derecho internacional

Cabe mencionar brevemente otras fuentes de derecho internacional:

- Los “**principios generales de derecho**” son una fuente relativamente poco frecuente que se utiliza para colmar lagunas o subsanar ambigüedades que puedan existir en el derecho internacional. Suelen emanar de principios que son comunes en los ordenamientos jurídicos nacionales o de la naturaleza de la comunidad internacional y su ordenamiento jurídico. Entre ellos cabe citar el de *pacta sunt servanda* (descrito anteriormente) y el de cosa juzgada (un caso que ha sido resuelto definitivamente por un tribunal no puede ser reabierto por las mismas partes).
- Las **resoluciones judiciales** (de los tribunales nacionales o internacionales) son una fuente “subsidiaria” que puede ayudar a individualizar o interpretar los tratados, la costumbre o los principios generales, si bien no es una fuente de derecho por sí misma⁶. En el derecho internacional no existe la doctrina de la jurisprudencia vinculante (las resoluciones de tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia solo son vinculantes para las partes en un caso concreto)⁷.
- De modo análogo, las “**doctrinas de los publicistas de mayor competencia**”, entre ellas las publicaciones de los juristas internacionales de alto nivel, son otra fuente subsidiaria que puede contribuir a aclarar las normas de derecho internacional.

D. “Soft law”

El “soft law”, también llamado derecho indicativo o derecho no vinculante, no es formalmente una fuente de derecho internacional, ni principal ni subsidiaria, pero puede influir ya sea como manera de documentar normas de derecho consuetudinario o para la interpretación de los tratados. Se trata de instrumentos políticos no vinculantes como resoluciones, declaraciones, recomendaciones, programas de acción, directrices de organizaciones internacionales o informes aprobados en conferencias internacionales. Esos instrumentos no imponen obligaciones jurídicas vinculantes, si bien —dependiendo de su lenguaje y de su intención— pueden dar prueba de la existencia de un entendimiento común o de un compromiso político sobre determinadas normas. La Corte Internacional de Justicia ha señalado que las resoluciones de la Asamblea General pueden poner de manifiesto la existencia de una norma de derecho consuetudinario o la aparición de una *opinio iuris*, y que “puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la *opinio iuris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma”⁸.

Los Estados recurren cada vez más al derecho no vinculante para impulsar la formulación de normas anti-terroristas y de prevención del extremismo violento. Algunas de esas reglas son los Principios Rectores de Madrid sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros, adoptados por el Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad⁹, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI)¹⁰ y los memorandos sobre buenas prácticas aprobados por el Foro Mundial contra el Terrorismo (FMCT), entre los que se encuentra el documento titulado Buenas Prácticas de La Haya sobre el Nexo entre la Delincuencia

⁶ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38, párrafo 1 d).

⁷ *Ibid.*, artículo 59.

⁸ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (8 de julio de 1996), A/51/218, párr. 70.

⁹ Véanse los documentos S/2015/939 y S/2018/1177.

¹⁰ Grupo de Acción Financiera (2012-2021), Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación: las Recomendaciones del GAFI, GAFI, París (www.fatf-gafi.org/recommendations.html).

Organizada Transnacional y el Terrorismo. En algunas de sus resoluciones el Consejo de Seguridad remite a los Estados Miembros a las recomendaciones del GAFI y a los documentos del FMCT¹¹.

Como observó la Relatora Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, en ese ámbito el derecho indicativo o no vinculante “tiene como ventajas la rapidez, la ausencia de carácter formal y las menores limitaciones de procedimiento, y a menudo es producido por grupos de Estados con ideas afines entre los que existe un grado razonable de consenso en cuanto a valores, procesos y resultados”¹². Sin embargo, la Relatora Especial expresó preocupación por el hecho de que algunas normas no vinculantes se formularan en procesos “que carecen de transparencia y a los que no tienen acceso todos los Estados”¹³.

E. Relación entre las fuentes de derecho internacional

No existe una jerarquía formal entre el derecho de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho. La costumbre y los tratados pueden relacionarse entre sí de varias maneras. Un tratado puede: *a*) codificar normas consuetudinarias existentes (no escritas); *b*) cristalizar (es decir, completar) una costumbre incipiente, o *c*) iniciar la formación de una nueva norma consuetudinaria.

El derecho consuetudinario y los tratados pueden referirse al mismo tema, a menudo de manera complementaria. Sin embargo, si se produce una divergencia o un conflicto de obligaciones entre los dos regímenes, existen varias técnicas jurídicas para resolver la situación. En la práctica, se puede preferir un tratado por ofrecer una norma más específica, o más reciente, que el derecho consuetudinario.

F. Derechos y deberes de los Estados y las personas de conformidad con el derecho internacional

Habida cuenta de que una gran parte del derecho internacional rige las relaciones entre los Estados, estos siguen siendo los principales titulares de derechos y obligaciones.

En algunos ámbitos del derecho internacional también se imponen deberes a los Estados en lo que atañe a sus relaciones con las personas y se confieren derechos a estas. Puede tratarse del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, el derecho internacional humanitario o el derecho penal internacional. Las normas de derechos humanos exigen que los propios Estados respeten los derechos, los protejan de la injerencia de agentes privados y los hagan efectivos prestando el apoyo necesario a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción. Las normas de derecho humanitario requieren que los Estados proporcionen protección humanitaria en los conflictos armados, incluso cuando se luche contra grupos armados no estatales.

Las personas son titulares de derechos y también deben cumplir obligaciones de conformidad con el derecho internacional. Pueden ser consideradas responsables penalmente de delitos internacionales como los

¹¹ Véanse las resoluciones del Consejo de Seguridad 2178 (2014), párr. 24; 2396 (2017), vigésimo cuarto párr. del preámbulo, y 2482 (2019), párrs. 3 y 9.

¹² Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/74/335), párr. 10.

¹³ *Ibid.*, párr. 20.

crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. Pueden tener que rendir cuentas ante los tribunales penales internacionales o ante los tribunales nacionales.

En algunos ámbitos del derecho internacional también se establecen obligaciones para grupos o entidades no estatales. Como se observa en el capítulo III del presente módulo, todas las partes en los conflictos armados no internacionales, entre ellas los grupos armados calificados de entidades terroristas, están obligadas a respetar el derecho internacional humanitario¹⁴. Este también ofrece incentivos para que los grupos no estatales acaten sus normas. Además, existen numerosos regímenes de sanciones de las Naciones Unidas y de otra índole aplicables a las entidades no estatales incluidas en la lista correspondiente, como el establecido contra el EIIL (Dáesh) y Al-Qaida por el Consejo de Seguridad en sus resoluciones 1267 (1999), 1989 (2011) y 2253 (2015).

G. Aplicación y cumplimiento de las normas de derecho internacional

En los ordenamientos jurídicos internos, se suele aplicar y hacer cumplir la ley nacional por conducto de organismos reguladores, la policía y los tribunales. El derecho internacional, que es un ordenamiento jurídico más descentralizado, no posee instituciones equivalentes. No obstante, hay muchas formas de aplicar efectivamente el derecho internacional.

Se trata de las siguientes vías: *a)* la incorporación de las normas de derecho internacional al derecho interno, *b)* la aplicación del derecho de los tratados o derecho convencional, *c)* la solución de controversias por los tribunales internacionales, *d)* la intervención del Consejo de Seguridad, *e)* el seguimiento o la supervisión por parte de organizaciones internacionales y *f)* los actos unilaterales.

Incorporación de las normas de derecho internacional al derecho interno

Algunas normas internacionales solo son aplicables a nivel interestatal, es decir, en ejercicio de funciones ejecutivas con respecto a las relaciones internacionales entre los Estados, y no es necesario incorporarlas al derecho interno. Sin embargo, otras normas de derecho internacional afectan a las actividades que se realizan dentro del territorio nacional, entre ellas las de particulares o empresas, y deben aplicarse a nivel interno. Un ejemplo son los tratados de derechos humanos, que exigen a los Estados que garanticen determinados derechos a las personas que se encuentran en su territorio y están sometidas a su jurisdicción, y les ofrezcan recursos efectivos en caso de que esos derechos se vean vulnerados.

La legislación nacional puede ser uno de los medios más importantes para aplicar y hacer cumplir las normas de ciertos ámbitos del derecho internacional, ya que permite utilizar los mecanismos de ejecución (entre ellos los organismos reguladores, la policía y los tribunales) del ordenamiento jurídico interno.

Las normas de derecho internacional pueden incorporarse al ordenamiento jurídico interno de diferentes maneras, dependiendo, en general, de que el Estado posea un ordenamiento “monista” o “dualista”:

- En un ordenamiento **monista**, el derecho internacional es tratado automáticamente como parte del derecho interno. Por ejemplo, la Constitución de Kenya establece que cualquier “tratado o convenio

¹⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, Derecho internacional humanitario consuetudinario, norma 139 (<https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docindex/home>).

ratificado por Kenya formará parte de las leyes kenianas en virtud de la Constitución” (artículo 2, párrafo 6).

- En un ordenamiento **dualista**, se considera al derecho internacional un ordenamiento jurídico autónomo, es decir, sus normas solo surtirán efectos jurídicos dentro del territorio nacional cuando se incorporen al derecho interno, normalmente mediante legislación.
- En muchos ordenamientos jurídicos se aplica un criterio mixto. En los países de tradición jurídica anglosajona, el derecho internacional consuetudinario se considera, en principio, parte del *common law* (criterio monista); en cambio, los tratados deben incorporarse por medio de una ley (criterio dualista).

A veces un tratado exige que los Estados incorporen sus disposiciones, o partes de ellas, al derecho interno. Los tratados multilaterales para la represión del terrorismo y la delincuencia internacional y transnacional, así como los relativos a algunas transgresiones de las normas de derechos humanos, exigen a los Estados que tipifiquen esos delitos en la legislación nacional y que juzguen o extraditen a las personas sospechosas de haberlos cometido¹⁵. Los Estados conservan cierta discrecionalidad para determinar la manera de aplicar los aspectos fundamentales de las disposiciones de los tratados, entre otras cosas en lo relativo a la definición de ciertos delitos, el alcance de la jurisdicción que se ejercerá y las penas que se impondrán.

Por ejemplo, los instrumentos relativos al terrorismo exigen que los Estados partes tipifiquen determinados delitos en el derecho interno, si bien dejan a criterio de cada uno la tarea de precisar los elementos materiales y de intencionalidad (también llamados “la culpa”) de los delitos en su código penal. Esos instrumentos también exigen que los delitos sean castigados con sanciones apropiadas en que se tenga en cuenta su gravedad. Esto ofrece a los Estados partes la flexibilidad necesaria para establecer sanciones que sean compatibles con las penas aplicables a los delitos graves en el derecho interno, o proporcionales a estas.

H. Derecho de los tratados

Un mecanismo importante para aplicar las normas de derecho internacional, mencionado anteriormente, es el principio de que los tratados son vinculantes para las partes y deben ser cumplidos por estas de buena fe. Esto abarca los casos en que el propio tratado establezca mecanismos para hacer cumplir sus disposiciones o reparar las infracciones de estas.

Por ejemplo, la Convención sobre las Armas Químicas requiere que los Estados colaboren con la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ); los Convenios de Ginebra de 1949 exigen que cooperen con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), y los tratados de derechos humanos, que proporcionen recursos efectivos a las personas que hayan visto vulnerados sus derechos.

El arreglo de controversias internacionales

No existe ningún tribunal internacional que ejerza competencia imperativa y vinculante en relación con las controversias internacionales. La Corte Internacional de Justicia únicamente puede ejercer competencia si los Estados que sean parte en la controversia han dado su consentimiento (lo que pueden hacer de manera

¹⁵ Véanse, por ejemplo, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

prospectiva, *ad hoc* o en virtud de una cláusula específica del tratado). No obstante, desde 1945 han venido proliferando los tribunales internacionales especializados en ciertos ámbitos, con el establecimiento de la Organización Mundial del Comercio, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (y otros métodos obligatorios de solución de controversias con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, lo que ha aumentado la capacidad de hacer cumplir el derecho internacional por resolución judicial o por arbitraje. En América, Europa y África existen tribunales regionales de derechos humanos que dictan sentencias vinculantes, incluso en numerosos casos concernientes a la aplicación del derecho de los derechos humanos en el contexto de la lucha antiterrorista.

Hay diversos tribunales penales internacionales que procuraron lograr que los principales delitos internacionales no quedaran impunes, lo cual culminó en 1998 con la creación de la Corte Penal Internacional. En el capítulo VI del presente módulo se analiza la pertinencia del derecho penal internacional y de los tribunales internacionales para la lucha contra el terrorismo.

Vigilancia o supervisión internacionales

En algunas esferas del derecho internacional no se han establecido tribunales que dicten resoluciones vinculantes, pero se ha facultado a las instituciones internacionales para supervisar “con carácter indicativo” el cumplimiento de las obligaciones de los tratados. Esas actividades pueden ser públicas (como en el caso de muchos procedimientos vinculados a los derechos humanos) o confidenciales (como en el caso del diálogo del CICR con los Estados envueltos en conflictos armados). Algunos de los organismos internacionales que cumplen funciones de diversa índole en ese sentido son los siguientes:

- comités de expertos independientes establecidos de conformidad con los tratados de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos, facultados para supervisar la actuación de los Estados (por medio de informes periódicos y del diálogo) y para recibir denuncias de particulares sobre la presunta vulneración de sus derechos por parte del Estado, así como denuncias interestatales, y decidir al respecto. Si bien esos órganos creados en virtud de tratados no son tribunales, constituyen una fuente autorizada para la interpretación de sus respectivos tratados y dirimen casos a título individual casi como si fueran órganos jurisdiccionales;
- Consejo de Derechos Humanos, órgano compuesto por Estados elegidos periódicamente que, a través del proceso del “examen periódico universal”, supervisa la actuación de otros Estados en materia de derechos humanos;
- Organización Internacional del Trabajo (OIT);
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR);
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta;
- Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) y Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ);
- Organización Marítima Internacional (OMI) y Organización de Aviación Civil Internacional (OACI); y
- diversos mecanismos establecidos en el marco de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente.

I. Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad puede adoptar medidas que no conlleven el uso de la fuerza (como imponer sanciones o embargos) o emprender una acción militar para restablecer o mantener la paz y la seguridad internacionales con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹⁶. En virtud de la Carta, todos los Estados Miembros de la Organización deben cumplir las decisiones del Consejo¹⁷. Se ha ejercido esta facultad para hacer frente a numerosas amenazas a la paz y la seguridad internacionales¹⁸, como las guerras entre Estados, los conflictos internos, el terrorismo, los desplazamientos en masa, las transgresiones de los derechos humanos y los delitos internacionales.

Si bien la Asamblea General puede formular recomendaciones para hacer frente a las amenazas a la paz y la seguridad internacionales, no puede emprender una acción coercitiva vinculante. Por otra parte, todos los Estados que se vean envueltos en una controversia que pueda poner en peligro la paz y la seguridad internacionales deben tratar de “buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”¹⁹.

J. Actos unilaterales de los Estados

Con arreglo al derecho internacional, los Estados están autorizados ocasionalmente a actuar de manera unilateral para protegerse de las infracciones de las normas internacionales. Un ejemplo es el derecho de legítima defensa contra un ataque armado, consagrado en el Artículo 51 de la Carta y el derecho internacional consuetudinario, que se analiza en el capítulo III del presente módulo.

Otro ejemplo son las contramedidas pacíficas que puede adoptar un Estado para reaccionar frente a un acto ilícito de otro recurriendo, a su vez, a actos ilícitos con el estricto propósito de obligar al otro Estado a dejar de infringir la ley. Por ejemplo, el Estado agredido podría suspender el cumplimiento de las obligaciones emanadas de un tratado (como un acuerdo de libre comercio) para con el otro Estado.

¹⁶ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 41.

¹⁷ *Ibid.*, Artículo 25.

¹⁸ *Ibid.*, Artículos 11, 12 y 35.

¹⁹ *Ibid.*, Artículo 33.



La lucha contra el terrorismo y el derecho internacional de los derechos humanos

Objetivos

Al finalizar el capítulo I, los lectores estarán en condiciones de:

- 1 Determinar a quiénes va dirigido el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente quiénes gozan de derechos, quiénes tienen obligaciones y cuál es la posición de los agentes estatales y no estatales.
- 2 Explicar cómo el terrorismo puede afectar y menoscabar los derechos humanos.
- 3 Describir las obligaciones del Estado de proteger los derechos humanos reprimiendo el terrorismo con diligencia y ofreciendo reparación a las víctimas.
- 4 Explicar la obligación del Estado de respetar los derechos humanos en el contexto de la lucha contra el terrorismo.
- 5 Comprender cómo el terrorismo y las medidas antiterroristas afectan a determinados derechos, concretamente el derecho a la vida y el derecho a la educación.
- 6 Entender de qué manera la vulneración de los derechos humanos por parte de un Estado puede ser contraproducente para la lucha antiterrorista.

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos reviste una importancia especial en lo que concierne al terrorismo y a la lucha antiterrorista porque es aplicable de manera concurrente con todas las demás ramas del derecho internacional que se examinan en el presente módulo, especialmente el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario (DIH), el derecho de los refugiados y las leyes sobre el control de armas y el uso de la fuerza. Es por eso que se examina en primer lugar, en su calidad de marco rector general de la legalidad y la legitimidad de todas las medidas antiterroristas.

La parte A comienza con los aspectos básicos: las personas gozan de derechos humanos; los Estados están obligados a respetarlos, ampararlos y hacerlos efectivos y, por lo general, son también los Estados los que deben prevenir y reprimir los abusos de esos derechos por actores no estatales (incluidos los grupos terroristas).

Es discutible si los grupos terroristas técnicamente pueden “violar” o vulnerar los derechos humanos, ya que no son parte en los tratados que los protegen; no obstante, sus actos pueden redundar en abusos de derechos humanos y en la parte B del presente capítulo se explican las numerosas formas en que esos actos terroristas afectan adversamente a toda la variedad de derechos: civiles, políticos, económicos, culturales, sociales y de desarrollo.

La parte C se refiere especialmente a las obligaciones del Estado de proteger los derechos humanos de la injerencia de agentes no estatales, entre ellos los terroristas. Uno de los aspectos de ese deber es prevenir la actividad terrorista en su territorio, ya sea dirigida al interior o al exterior, incluso mediante la represión penal. Un segundo aspecto es proporcionar recursos efectivos en caso de que el propio Estado no logre prevenir diligentemente la violencia terrorista. También es una buena práctica que el Estado ofrezca reparación a las víctimas del terrorismo aun cuando no tenga culpa.

Al combatir el terrorismo, los Estados siempre deben respetar los derechos humanos. En la parte D se explica cómo el derecho de los derechos humanos conjuga la cuestión de las amenazas a la seguridad con la defensa de los derechos, concretamente a través de procedimientos para la “restricción” y la “suspensión o derogación” de derechos. En las normas de derechos humanos también se tienen en cuenta las medidas especialmente adaptadas del DIH que son aplicables a los conflictos armados.

Por otra parte, las medidas antiterroristas que atenten contra los derechos humanos pueden ser contraproducentes, como se explica más adelante, en la parte E. Pueden provocar otros actos de terrorismo y socavar la eficacia de la aplicación de la ley y de la cooperación judicial internacional.

En la parte F se procura ilustrar la relación entre los actos de terrorismo, las medidas antiterroristas y los derechos humanos examinando dos ejemplos: el derecho a la vida y el derecho a la educación.

A. ¿A quiénes va dirigido el derecho internacional de los derechos humanos?

Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas y son esenciales para garantizar la dignidad humana, la igualdad, el empoderamiento y mejores oportunidades de vida. Así pues, los beneficiarios o titulares de los derechos son, principalmente, personas físicas, y no entidades de un grupo¹.

A nivel formal, y de conformidad con los tratados y el derecho internacional consuetudinario, los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos (es decir, de no interferir en el ejercicio de estos), de protegerlos (de abusos por parte de agentes privados) y de hacerlos efectivos (adoptando medidas positivas para garantizarlos). Los tres aspectos de ese deber son pertinentes para el terrorismo, como se analiza más adelante, en las partes C a E.

Ni las personas ni los actores no estatales (entre ellas, los grupos terroristas) son partes en los tratados de derechos humanos, y estos no suelen imponerles obligaciones directamente, como lo hacen con los Estados². Por lo tanto, las personas no tienen las mismas obligaciones que los Estados en materia de derechos humanos y, legalmente, no pueden vulnerar esos derechos de la misma manera que los Estados. Además, los agentes no estatales no suelen tener la capacidad jurídica ni práctica que tienen los Estados para hacer efectivos los derechos humanos en su totalidad, en otras palabras, para amparar, respetar y promover todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. También se ha expresado cierta preocupación ante la posibilidad de que el hecho de reconocer que los agentes no estatales tienen obligaciones en materia de derechos humanos les confiera legitimidad jurídica o política.

No obstante, el Estado es jurídicamente responsable de las transgresiones de las normas de derechos humanos por parte de agentes no estatales, incluidos los actos terroristas, si ejerce el control efectivo de las actividades del grupo. Las normas internacionales sobre la responsabilidad del Estado establecen las circunstancias en que la responsabilidad de la conducta de los agentes no estatales (personas o grupos) es “imputable jurídicamente” al Estado. Además, como se observa en la parte C, los Estados están obligados, tanto por el derecho de los derechos humanos como por las leyes antiterroristas internacionales, a reprimir con diligencia los actos terroristas perpetrados por grupos no estatales, y son responsables ante la ley en caso de no cumplir esa obligación.

Cuando la responsabilidad de los actos terroristas no es imputable a un Estado, es discutible, desde el punto de vista jurídico, si los actos cometidos por personas o grupos autónomos pueden considerarse violaciones de los derechos humanos. Si bien en general se entiende que el

¹ Algunos derechos humanos tienen dimensiones grupales (como el derecho a la libre determinación, los derechos de las minorías, los derechos culturales y lingüísticos o los derechos religiosos), si bien en la legislación regional sobre los derechos humanos se ha previsto que otras entidades (entre ellas, las empresas o las organizaciones no gubernamentales) puedan reivindicar derechos en determinadas circunstancias.

² Al respecto, una de las excepciones establecidas figura en el artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (resolución 54/263 de la Asamblea General, anexo I), que prohíbe a los grupos armados reclutar niños o utilizar niños en las hostilidades.

terrorismo, en un sentido práctico, plantea una amenaza a los derechos humanos, el término técnico “violación” suele referirse al incumplimiento de una obligación legal. Como se ha señalado, suele considerarse que esa clase de obligaciones no incumben a los agentes no estatales.

Estas tensiones se reflejan en el hecho de que algunos Estados y organizaciones internacionales prefieren referirse a “abusos” de los derechos humanos cuando los cometen agentes no estatales y, en cambio, a “violaciones” cuando se trata de Estados. Con todo, en la práctica reciente de las Naciones Unidas se ha reconocido que al menos algunas obligaciones en materia de derechos humanos son aplicables a algunos actores no estatales, especialmente si estos ejercen funciones de gobierno o son autoridades estatales *de facto* que ejercen control sobre un territorio determinado y su población³. Desde la década de 1990, numerosos órganos de las Naciones Unidas han venido exhortando a grupos no estatales a que respeten el derecho de los derechos humanos⁴ y han establecido mecanismos especiales para hacer frente a los abusos⁵.

ESTUDIO MONOGRÁFICO LA CUESTIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE LOS “TIGRES DE LIBERACIÓN DEL ÍLAM TAMIL” EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Tras una misión de investigación enviada a Sri Lanka en 2004, el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias procuró determinar si los Tigres de Liberación del Ílam Tamil (TLIT), en su carácter de grupo armado no estatal (considerado entidad terrorista por más de 30 Estados Miembros), tenían obligaciones en materia de derechos humanos⁶:

“25. En la legislación sobre derechos humanos se afirma que tanto el Gobierno como el TLIT deben respetar los derechos de todas las personas en Sri Lanka. [...] En su carácter de actor no estatal, el TLIT no tiene obligaciones jurídicas en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sigue estando sometido a la exigencia de la comunidad internacional, expresada por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de que todos los órganos de la sociedad respeten y promuevan los derechos humanos.

26. Ya he señalado que es especialmente apropiado y factible pedir a un grupo armado que respete las normas de derechos humanos cuando ‘ejerza un control considerable de un territorio y una población y tenga una estructura política identificable’. Esta visita puso en claro tanto la complejidad como la necesidad de aplicar las normas de derechos humanos a los grupos armados. El TLIT desempeña un doble papel. Por un lado, se trata de una organización que ejerce el control efectivo de una importante extensión de territorio, que se dedica a la planificación y la administración

³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados* (Nueva York y Ginebra, 2011), pág. 27.

⁴ Entre ellos cabe mencionar, por ejemplo, al Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos, las comisiones de investigación y las misiones de determinación de los hechos, los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, los procedimientos especiales (entre ellos, los Relatores Especiales), los organismos especializados como el ACNUDH, las misiones de buenos oficios del Secretario General y las misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas; véanse también la publicación titulada *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, págs. 25 a 30 y 100 a 127; la Declaración conjunta de los expertos independientes de las Naciones Unidas en derechos humanos sobre las responsabilidades en materia de derechos humanos de los agentes armados no estatales, 25 de enero de 2021, y Jessica Burniske, Naz Modirzadeh y Dustin Lewis, “Armed Non-State Actors and International Human Rights Law: An Analysis of the Practice of the UN Security Council and the UN General Assembly” (Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict, junio de 2017).

⁵ Véase la resolución 1612 (2005) del Consejo de Seguridad, relativa a la protección de los niños en los conflictos armados.

civiles y que tiene, en cierta forma, su propia fuerza policial y su propia administración de justicia. Por otro lado, es un grupo armado que ha sido objeto de proscripción, de la prohibición de viajar y de sanciones financieras en varios Estados Miembros. La tensión que existe entre esos dos papeles es el origen de las vacilaciones de la comunidad internacional en cuanto a dirigirse al TLIT y a otros grupos armados en los términos de las leyes de derechos humanos.”

⁶Véase el documento E/CN.4/2006/53/Add.5 [se omiten las notas de pie de página].

Si bien los agentes privados no son directamente responsables de las “violaciones” de los derechos en un sentido jurídico, eso no significa que no pese sobre ellos ninguna reglamentación. En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se contempla que “los individuos [...] promuevan el respeto a estos derechos y libertades y aseguren su reconocimiento y aplicación universales”, y esto se reitera en numerosas resoluciones de las Naciones Unidas⁶. En el artículo 29, párrafo 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos también se reconoce que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad”. En los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) se establecen deberes análogos⁷, y en el artículo 5, párrafo 1, común a ambos Pactos se insiste en que ningún “Estado, grupo o individuo” tiene derecho a destruir o limitar los derechos de los demás (a menos que lo permita el derecho de los derechos humanos)⁸.

REMISIÓN Las personas también deben cumplir los deberes establecidos en el DIH y el derecho penal internacional. Estos se analizan en los capítulos III y VI del presente módulo.

En la práctica, la incertidumbre acerca de las obligaciones de los actores no estatales en materia de derechos humanos es importante, ya que, en general, los mecanismos de vigilancia y supervisión solo son aplicables a los Estados en su calidad de titulares de obligaciones. Esto puede dificultar que los grupos terroristas rindan cuentas por los abusos que hayan cometido. También puede hacer más difícil que agentes externos establezcan relaciones con los grupos armados no estatales a fin de alentarlos a aplicar, respetar y hacer efectivos los derechos humanos.

⁶ Véase el preámbulo de la resolución 48/22 de la Asamblea General, de 1993; véanse también los preámbulos de las resoluciones 1995/43, 1996/47, 1997/42, 1998/47, 1999/27, 2000/30 y 2001/37 de la Comisión de Derechos Humanos.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) (resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) (resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General), preámbulos; véase también la Declaración Universal de Derechos Humanos (resolución 217A (III) de la Asamblea General, preámbulo).

⁸ Véase la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 30; véase también Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, informe preliminar de la Relatora Especial encargada de realizar un estudio del terrorismo y los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1999/27, párrs. 22 y 23).

B. Las consecuencias del terrorismo para los derechos humanos

Desde la década de 1970 la Asamblea General ha declarado en numerosas resoluciones que el terrorismo amenaza o destruye los derechos humanos básicos, en particular los derechos a la vida, la libertad y la seguridad, aunque también otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo se reafirma que “los actos, métodos y prácticas de terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituyen actividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos” (véase el preámbulo). Probablemente no haya uno solo de esos derechos que salga indemne de las consecuencias del terrorismo.

ACTIVIDAD

- ✎ *¿Cómo ha afectado el terrorismo a los derechos humanos en su país?*
- ✎ *Enumere cinco derechos humanos protegidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos que se hayan visto afectados por actos de terrorismo.*

En el informe de 2018 del Secretario General⁹ sobre este tema figuran pormenores acerca de algunas de las múltiples consecuencias de los actos terroristas para los derechos humanos, entre ellas, las siguientes:

- En 2016, el derecho a la vida se vio afectado por el terrorismo en 106 países.
- En las zonas controladas por el EIIL se hizo caso omiso por completo de las garantías procesales, utilizando métodos destinados a aterrorizar a la población (como las ejecuciones sumarias llevadas a cabo de forma despiadada, a menudo en público y/o grabándolas para mostrarlas en línea).
- En Nigeria, el derecho a la educación fue vulnerado por el grupo Boko Haram, que considera a la educación una amenaza para su ideología (entre 2014 y 2017 fueron destruidos 1.500 establecimientos de enseñanza, y muchos estudiantes y docentes fueron asesinados o resultaron heridos).
- El derecho a la salud se vio gravemente menoscabado por los atentados terroristas perpetrados contra el personal de socorro humanitario y se obstaculizó la prestación de asistencia humanitaria.
- El derecho a la vida cultural se vio afectado adversamente por ataques contra artistas y ciudadanos que asistían a actos culturales, lo que redundó en un clima de autocensura y en pérdidas económicas para los artistas y las industrias culturales.
- Los derechos de determinados grupos de la sociedad se vieron vulnerados por los ataques sistemáticos y deliberados contra comunidades religiosas, mujeres, niños, activistas políticos, periodistas, defensores de los derechos humanos y personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales.

⁹ Informe del Secretario General sobre los efectos del terrorismo en el disfrute de los derechos humanos (A/73/347).

- Los derechos de los niños resultaron perjudicados por el reclutamiento con fines terroristas, la utilización de niños como escudos humanos, la conversión religiosa forzada, el matrimonio forzado, las violaciones, el maltrato físico y emocional, el trabajo forzoso, la utilización de niños como informantes y la separación de las familias.
- El derecho al desarrollo se vio menoscabado por la destrucción de infraestructura crítica por parte de los terroristas, lo que redujo la actividad comercial, desalentó el turismo y socavó la economía.

ANÁLISIS CONSECUENCIAS DEL TERRORISMO PARA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS

En el informe de 2018 del Secretario General sobre los efectos del terrorismo en el disfrute de los derechos humanos^a se destacan las consecuencias concretas del terrorismo con respecto al género, es decir, para las mujeres y las niñas:

“29. En muchas regiones, los grupos terroristas y extremistas violentos han privado a las mujeres y a las niñas de sus derechos humanos, con medios como el matrimonio forzado, las restricciones a la educación y a la participación en la vida pública, así como la violencia sexual y de género. Bajo el control del EIL (Dáesh), las mujeres y las niñas han sido víctimas de la trata y esclavizadas, se han visto confinadas en sus casas y alejadas de la vida pública y se les ha indicado qué ropa pueden llevar y dónde pueden trabajar, con lo que se ha agravado el papel subordinado de la mujer, se han reforzado las actitudes patriarcales y se ha puesto de manifiesto un trato discriminatorio por motivos de género.

30. La violencia sexual es utilizada como táctica de terror por los grupos terroristas y extremistas violentos, y está vinculada a sus objetivos estratégicos, ideología y financiación. Se utiliza para promover imperativos tácticos como el reclutamiento, aterrorizar a las poblaciones para que acaten órdenes, desplazar a las comunidades de zonas estratégicas, generar ingresos mediante la trata con fines de explotación sexual, torturar para obtener información, convertir y adoctrinar mediante el matrimonio forzado y establecer, modificar o disolver los lazos de parentesco que unen a las comunidades.

31. Las formas más atroces de violencia sexual relacionada con conflictos —como la violación, la esclavitud sexual, el matrimonio forzado y el embarazo y el aborto forzados, en particular como forma de persecución religiosa y étnica— fueron perpetradas por grupos terroristas y extremistas violentos, principalmente en el Iraq, Malí, Nigeria, la República Árabe Siria y Somalia. La Comisión de Investigación estimó que el EIL (Dáesh) había cometido el crimen internacional de genocidio contra los yazidíes, en particular mediante violaciones sistemáticas de mujeres y niñas a veces de tan solo 9 años de edad, la violencia sexual, incluida la esclavitud y la tortura, y el trato inhumano y degradante de las mujeres y las niñas.”

[El informe continúa con un examen de la violencia sexual y de género ejercida por Boko Haram y Al-Shabaab.]

^a A/73/347, párrs. 29 a 31.

Por lo general, las víctimas del terrorismo no pueden obtener reparación de los grupos armados no estatales. En consecuencia, los Estados deben garantizar que puedan obtenerla efectivamente por conducto de los propios mecanismos del Estado, que se examinan más adelante, en la parte C.2.

C. Las obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos humanos

En la presente parte se examinan dos formas en que los Estados deben proteger los derechos humanos de las tropelías terroristas: en primer lugar, reprimiendo el terrorismo con diligencia en su territorio y, en segundo lugar, ofreciendo reparación a las víctimas.

1. La obligación del Estado de reprimir el terrorismo con diligencia

Aun cuando los agentes no estatales no tengan que cumplir obligaciones en materia de derechos humanos directamente, el Estado, si bien no es responsable de la conducta de esos agentes, sí tiene la obligación de reprimir el terrorismo con diligencia. En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, para cumplir su deber de amparar o “garantizar” esos derechos, los Estados deben proteger a las personas para que sus derechos no sean vulnerados por agentes no estatales “en la medida en que [esos derechos] puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas”¹⁰.

Eso puede obligarlos a adoptar medidas positivas de protección (entre ellas, políticas, legislación y actos administrativos) y a actuar con la diligencia debida para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño o la injerencia en los derechos que haya causado un acto privado¹¹. Estas imposiciones están relacionadas con el deber de garantizar recursos efectivos para reparar toda violación de derechos, como se examina más adelante, en la parte C.2¹².

La obligación del Estado de garantizar los derechos humanos protegiendo a la población de la injerencia no estatal se suma a otras conexas que le incumben en virtud de la legislación sobre el uso de la fuerza y la no injerencia y de la legislación internacional contra el terrorismo, y refuerza esas obligaciones. En ese sentido el Estado tiene el deber de:

- abstenerse de hacer uso de la fuerza y de injerirse en los asuntos internos de otros Estados enviando grupos armados o apoyándolos;
- impedir y reprimir el uso de su territorio por parte de actores privados (por ejemplo, terroristas) para causar daños a otros Estados;
- prevenir y reprimir con diligencia todo daño a ciudadanos o bienes extranjeros en su propio territorio¹³;
- reprimir el terrorismo transnacional con arreglo a la resolución 1373 (2001) y demás resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, de 2006, y los instrumentos internacionales contra el terrorismo en que el Estado sea parte.

¹⁰ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 8).

¹¹ *Ibid.*; véase también el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C)* núm. 4 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf), párrs. 172 y 173.

¹² ICCPR, artículo 2, párrafo 3.

¹³ Véanse *British Claims in the Spanish Zone of Morocco*, laudo arbitral de 1 de mayo de 1925, *Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)*, vol. II, págs. 615 a 742, en especial pág. 640; *Tehran Hostages, ibid*; *Janes Case (US v. Mexico) (1925)*, UNRIAA, vol. IV, págs. 82 y 87; *Youmans Case (US v. Mexico) (1926)*, UNRIAA, vol. IV, pág. 110; *Solis (1928)*, UNRIAA, vol. IV, págs. 358 y 361; *Texas Cattle Claims, ibid*; *Home Missionary Society (US v. Great Britain) (1920)*, UNRIAA, vol. VI, pág. 42, y *Noyes Case (US v. Panama) (1933)*, UNRIAA, vol. VI, pág. 308.

ANÁLISIS

En la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad se enumeran las múltiples medidas que han de adoptar los Estados para prevenir y reprimir con eficacia los actos de terrorismo.

“2. *Decide* [...] que todos los Estados:

- a) se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, en particular reprimiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y poniendo fin al abastecimiento de armas a los terroristas;
- b) adopten las medidas necesarias para prevenir la comisión de actos de terrorismo, en particular advirtiendo de ello cuanto antes a otros Estados mediante el intercambio de información;
- c) denieguen cobijo a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo, o prestan apoyo a esos actos, o proporcionan cobijo con esos fines;
- d) impidan que quienes financian, planifican, facilitan o cometen actos de terrorismo utilicen su territorio para esos fines, contra otros Estados o sus ciudadanos;
- e) velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y por que, además de cualesquiera otras medidas de represión que se adopten contra esas personas, dichos actos queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos, y por que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos;
- f) se proporcionen recíprocamente el máximo nivel de asistencia en lo que se refiere a las investigaciones o los procedimientos penales relacionados con la financiación de los actos de terrorismo o el apoyo prestado a estos, en particular para la obtención de las pruebas que posean y que sean necesarias en esos procedimientos;
- g) impidan la circulación de terroristas o de grupos terroristas imponiendo controles eficaces de fronteras y controles en la expedición de documentos de identidad y de viaje, y adoptando medidas para evitar la falsificación, la alteración ilegal y la utilización fraudulenta de documentos de identidad y de viaje.”

2. La obligación del Estado de ofrecer reparación a las víctimas del terrorismo

Las víctimas de violaciones de los derechos humanos por parte del Estado (incluido el terrorismo controlado por el Estado) tienen derecho a interponer un recurso accesible, efectivo y ejecutable¹⁴. Este derecho a la reparación normalmente entraña una indemnización, si bien también puede consistir en “la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos”¹⁵. La indemnización debe comprender los daños y perjuicios materiales (por ejemplo, lesiones corporales y daños a la propiedad) y morales (incluido el sufrimiento psicológico).

¹⁴ ICCPR, artículo 2.3.

¹⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 16).

Como se indicó anteriormente, si se considera que los agentes no estatales no cometen “violaciones” de los derechos humanos en un sentido jurídico, las víctimas del terrorismo tal vez no dispongan de ninguna vía de recurso. Muchos Estados han promulgado leyes ordinarias sobre las “víctimas de delitos” que también pueden abarcar los delitos de terrorismo, ya sea exigiendo a los delincuentes que indemnizen a sus víctimas o previendo fondos del presupuesto del Estado con ese fin. Obtener indemnización de los grupos terroristas o de personas que cometan actos terroristas suele ser muy difícil. La legislación ordinaria de protección de las víctimas de delitos puede no reflejar las necesidades especiales de las víctimas del terrorismo, necesidades estas que emanan del propio acto terrorista, que a menudo causa devastación humana y material en gran escala y que repercute en las víctimas indirectas (incluidos los familiares a cargo y otros parientes, así como el público en general)¹⁶.

Algunos Estados han creado regímenes especiales para las víctimas del terrorismo, independientemente de que los delitos se lleven a cabo en su territorio o contra sus ciudadanos o residentes en el extranjero, aunque algunos son regímenes *ad hoc* o facultativos y, por lo tanto, no establecen un derecho jurídicamente exigible a una reparación.

ACTIVIDAD

- *¿De qué recursos disponen las víctimas del terrorismo en su país?*
- *¿En qué medida son accesibles y adecuados en la práctica?*
- *¿Se reconocen esos recursos como derechos de las víctimas del terrorismo o se consideran formas de asistencia concedidas por el Gobierno?*

En la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo de 2006 se alienta a los Estados a establecer, a título voluntario, sistemas nacionales de asistencia que atiendan a las necesidades de las víctimas del terrorismo y sus familias y faciliten la normalización de su vida¹⁷, y la Asamblea General también ha pedido a la Organización que preste asistencia técnica con ese fin¹⁸. El Consejo de Derechos Humanos también ha solicitado a los Estados “que velen por que toda persona cuyos derechos humanos [...] hayan sido vulnerados [por el terrorismo] tenga acceso a un recurso efectivo y por que las víctimas obtengan una reparación adecuada, eficaz e inmediata”¹⁹.

¹⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *La respuesta de la justicia penal en apoyo a las víctimas de actos de terrorismo* (2011), párr. 375.

¹⁷ Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, resolución 60/288 de la Asamblea General, parte I, párr. 8.

¹⁸ Resolución 64/168 de la Asamblea General, párr. 17.

¹⁹ Resolución 19/19 del Consejo de Derechos Humanos, relativa a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, párrs. 4 y 9.

Sin embargo, no hay ningún acuerdo internacional que aborde los derechos de las víctimas del terrorismo, si bien existen normas regionales en la materia²⁰. En 2012 el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo propuso principios marco para asegurar los derechos humanos de las víctimas del terrorismo²¹. Sostuvo que el derecho a interponer un recurso “debe aplicarse a todas las víctimas del terrorismo o sus familiares, sin distinción”, ya que debe reconocerse que el terrorismo constituye una vulneración de los derechos a la vida y a la seguridad física²² y, en consecuencia, instó a los Estados:

“a aceptar voluntariamente una obligación internacional vinculante en el sentido de proporcionar reparación a las víctimas de todos los actos de terrorismo que tengan lugar en su territorio y de resultas de los cuales una persona física haya perdido la vida o sufrido lesiones físicas o mentales graves, cualquiera que sea la nacionalidad del autor o de la víctima...”²³

Muchos otros expertos independientes de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos han recomendado igualmente que los Estados investiguen, enjuicien y castiguen las infracciones de las normas de derechos humanos cometidas por agentes armados no estatales y garanticen reparación y resarcimiento adecuados y otra clase de asistencia a las víctimas, especialmente en los casos en que el agente no estatal no pueda o no quiera asumir sus propias responsabilidades²⁴.

²⁰ Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo (Serie de Tratados del Consejo de Europa (STCE), núm. 196) (aprobado el 16 de mayo de 2005, entró en vigor el 1 de junio de 2007) (“Convenio del Consejo de Europa”), artículo 13 (en el que se exige a los Estados que adopten “las medidas necesarias para proteger y apoyar a las víctimas de acciones terroristas cometidas en su propio territorio”. Esas medidas pueden abarcar, “según los sistemas nacionales adecuados y de conformidad con su legislación interna, en particular la ayuda económica y la indemnización a las víctimas del terrorismo y a sus familiares próximos”); véanse también las directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de las víctimas de actos terroristas (2 de marzo de 2005) (en relación con el deber del Estado de investigar los incidentes terroristas, procesar a los sospechosos y garantizar a las víctimas el acceso oportuno a la justicia y una indemnización).

²¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo: principios marco para asegurar los derechos humanos de las víctimas del terrorismo (A/HRC/20/14).

²² *Ibid.*, párr. 53.

²³ *Ibid.*: cabe observar que algunos elementos de los principios marco están basados en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (resolución 60/147 de la Asamblea General, anexo, párrs. 15 a 23) y en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (resolución 40/34 de la Asamblea General), aplicable a las víctimas de delitos en general.

²⁴ Declaración conjunta de los expertos independientes de las Naciones Unidas en derechos humanos sobre las responsabilidades en materia de derechos humanos de los agentes armados no estatales, 25 de enero de 2021, párrs. 2 y 3.

ANÁLISIS PRINCIPALES ELEMENTOS DE LOS PRINCIPIOS MARCO PARA ASEGURAR LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO, PROPUESTOS POR EL RELATOR ESPECIAL^a

Prevenir el terrorismo e investigar, procesar y castigar con prontitud a los delincuentes terroristas (principios *a*) a *c*) y *h*));

Posibilitar la participación de las víctimas en los procesos penales (principios *d*) a *g*)), permitir que las víctimas constituyan organizaciones representativas (principio *j*) y proteger la privacidad y seguridad de las víctimas (principio *i*));

Dar reparación a las víctimas cuando un acto de terrorismo cometido en su territorio tenga como resultado la muerte o lesiones graves (principios *k*) y *l*));

Considerar la posibilidad de prohibir que las pólizas de seguros de vida contengan una exclusión en caso de muerte resultante de actos de terrorismo (principio *m*));

Recurrir en mayor medida a mecanismos de solución de conflictos cuando se trate de un grupo designado como organización terrorista o de actos de violencia contra la población civil (principio *n*)).

^a A/HRC/20/14.

MATERIAL DE CONSULTA UNODC: HERRAMIENTAS DE ASISTENCIA TÉCNICA EN APOYO A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

La respuesta de la justicia penal en apoyo a las víctimas de actos de terrorismo (2011) (http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Support_to_victims_of_terrorism/Spanish.pdf).

Buenas prácticas de apoyo a las víctimas del terrorismo en el marco de la justicia penal (2015) (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Good%20practices%20on%20victims/good_practices_victims_S.pdf).

Manual sobre las dimensiones de género de las respuestas de la justicia penal al terrorismo (2019) (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/GENDER/19-01531_S_ebook.pdf), que trata de los aspectos de género del apoyo y el acceso a la justicia de las víctimas del terrorismo.

D. La obligación del Estado de respetar los derechos humanos en el marco de la lucha contra el terrorismo

La Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Consejo de Derechos Humanos han afirmado en repetidas ocasiones que los Estados deben respetar los derechos humanos al combatir el terrorismo²⁵. Los tratados internacionales contra el terrorismo también exigen que los Estados

²⁵ Véanse la resolución 60/158 de la Asamblea General; la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, resolución 60/288 de la Asamblea General, anexo, parte IV, párr. 2; la resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad, preámbulo y párr. 4; la resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad, preámbulo y párrs. 5, 11 y 17, y la resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, preámbulo y párrs. 4, 7 y 11 a 13.

partes respeten los derechos humanos²⁶. Como se analiza en la parte siguiente, las medidas antiterroristas que atentan contra los derechos humanos pueden favorecer la propagación del terrorismo, socavar la aplicación de la ley y obstruir la cooperación internacional.

Las obligaciones de un Estado en materia de derechos humanos no solo rigen en su propio territorio, sino también fuera de él, dondequiera que ejerza su jurisdicción²⁷, lo que abarca la ocupación militar de un territorio extranjero²⁸ y la detención de personas en territorio extranjero²⁹.

Las medidas antiterroristas pueden afectar prácticamente a todos los derechos humanos de un modo u otro, como queda documentado en numerosos informes de las Naciones Unidas³⁰. En este caso, lo que nos preocupa no es cómo pueden verse afectados determinados derechos, sino cómo aplicar el marco general del derecho de los derechos humanos cuando nos enfrentamos al fenómeno concreto del terrorismo. ¿De qué manera exactamente puede el derecho de los derechos humanos dar respuesta a las preocupaciones legítimas en materia de seguridad y, al mismo tiempo, preservar los derechos individuales?

1. Restricción de derechos

Muchas medidas antiterroristas pueden adoptarse y ejecutarse sin necesidad de restringir los derechos humanos. No obstante, en algunas circunstancias será o se considerará necesario coartar el ejercicio de ciertos derechos para proteger la seguridad nacional y la vida, la integridad física y las libertades de los demás.

Algunos derechos humanos son “absolutos”, como el de no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y nunca pueden ser coartados, ni siquiera en el marco de la lucha contra el terrorismo. Sin embargo, la mayoría de ellos no son absolutos. Los Estados pueden limitar el ejercicio de los derechos por razones válidas, entre ellas, la lucha contra el terrorismo, siempre y cuando respeten ciertas condiciones.

Las condiciones para restringir algunos derechos se enuncian en las disposiciones pertinentes de los tratados, que exigen motivos como la seguridad nacional o el orden público, lo que abarca los derechos a la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad de reunión, la libertad de circulación y la celebración de audiencias públicas (véase el recuadro de análisis que figura a continuación).

²⁶ Véase el artículo 14 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, resolución 52/164 de la Asamblea General, anexo.

²⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Israeli Wall Advisory Opinion)* (opinión consultiva), *I.C.J. Reports 2004*, pág. 240 [111]; véase también Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), párr. 10.

²⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Israel (CCPR/C/79/Add.93 y CCPR/CO/78/ISR); asunto *Al Skeini and Others v. United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, demanda núm. 55721/07, sentencia (fondo y resarcimiento equitativo), 7 de julio de 2011.

²⁹ *Coard y otros vs. Estados Unidos*, caso 10.951, informe núm. 109/99 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de septiembre de 1999) (Granada); véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolución 2/06 (relativa a la Bahía de Guantánamo).

³⁰ Véase el documento A/73/347.

ANÁLISIS CONDICIONES PARA RESTRINGIR DERECHOS QUE NO SEAN ABSOLUTOS

El artículo 19 del ICCPR, relativo a la protección del derecho a la libertad de expresión, ejemplifica la estructura de los derechos no absolutos.

En el párrafo 2 se establece la esencia de ese derecho:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

En el párrafo 3 se enuncian las condiciones en que se puede restringir legítimamente ese derecho:

“El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Sobre la base de disposiciones como el artículo 19 del ICCPR, relativo a la protección del derecho a la libertad de expresión (véanse otros ejemplos en los artículos 12, 18, 21 y 22 del ICCPR), los tribunales de derechos humanos y los órganos creados en virtud de tratados han formulado un criterio para establecer si una medida que restringe un derecho no absoluto es legítima.

Deben formularse las siguientes preguntas:

¿Existe algún fundamento jurídico para adoptar la medida que restringe el derecho, y es ese fundamento lo suficientemente preciso, previsible y accesible?

¿Persigue la restricción del derecho un objetivo legítimo, como el respeto de los derechos o la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el mantenimiento del orden público o la salud o la moral públicas?

En caso afirmativo, ¿es necesario restringir el derecho para lograr el objetivo legítimo, y es el alcance de la restricción proporcional al objetivo legítimo declarado? La existencia de garantías procesales y su eficacia serán aspectos fundamentales para determinar si la restricción del derecho es proporcional.

ACTIVIDAD

- *Piense en una ley de su país que, en su opinión, restringe legítimamente alguno de los derechos humanos en particular.*
- *Explique de qué manera esa ley cumple el criterio para restringir derechos previsto en el derecho internacional de los derechos humanos.*

En lo concerniente a determinados derechos, las disposiciones convencionales se limitan a establecer que no se pueden restringir “arbitrariamente”. Por ejemplo, el artículo 9 del ICCPR exige que la privación de libertad no sea arbitraria. En el artículo 6 se aplica un criterio análogo con respecto a la privación no arbitraria del derecho a la vida. El concepto de “arbitrariedad” no debe equipararse al de “contrario a la ley”, sino que deberá interpretarse de manera más amplia, de modo que incluya consideraciones relacionadas con la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales³¹.

Otros derechos están sometidos a limitaciones “inherentes”. Un ejemplo es el derecho de la persona acusada en una causa penal a ser juzgada sin “dilaciones indebidas”. Lo que constituye una dilación razonable deberá determinarse a la luz de las circunstancias del caso, teniendo en cuenta la complejidad de este, la conducta del acusado y la manera en que las autoridades hayan abordado el asunto.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, existe una disposición de limitación general aplicable a todos ellos. El artículo 4 del ICESCR establece que el Estado “podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. Algunos de esos derechos también pueden ser objeto de restricciones especiales en sus disposiciones.

2. Suspensión o derogación de derechos en situaciones excepcionales de peligro público

En situaciones excepcionales “que pongan en peligro la vida de la nación” (artículo 4 del ICCPR), los Estados pueden adoptar medidas para suspender los compromisos dimanantes del Pacto. Esto significa suspender o modificar temporalmente las obligaciones relativas a los derechos humanos, siempre y cuando se cumplan un conjunto de requisitos, con el fin de hacer frente a la situación de peligro. La suspensión no es automática, sino que es un derecho del Estado, y este puede igualmente decidir que no es conveniente decretarla.

Las condiciones en que se puede ordenar una suspensión son muy rigurosas —una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación— y podrían abarcar un conflicto armado o disturbios civiles generalizados. También puede tratarse de amenazas terroristas muy graves, siempre que la amenaza se cierna sobre todo el país. Por ejemplo, tras los atentados perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América, el Reino Unido declaró una situación excepcional por considerar que Al-Qaida también planteaba una amenaza para el Reino Unido, y Francia hizo lo propio en 2015 para reaccionar ante los atentados cometidos por el EIIL en París. La amenaza debe ser real, clara, presente o inminente, no solo temida³².

³¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales) (CCPR/C/GC/35), párr. 12.

³² Principio 54 de los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (E/CN.4/1985/4, anexo).

ANÁLISIS FACULTADES EXCEPCIONALES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

La Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo dedicó su informe de 2018 a la cuestión del ejercicio de facultades excepcionales en la lucha antiterrorista^a. Entre los aspectos importantes señalados por la Relatora Especial cabe destacar los siguientes:

- Aunque “por lo general se reconoce que algunos actos terroristas y las actividades de las organizaciones terroristas pueden crear las condiciones necesarias y suficientes para activar el umbral de emergencia en virtud del derecho nacional e internacional...”, “... cada país debe demostrar que el nivel y el alcance de la amenaza que experimenta exigen el uso de facultades excepcionales” (párr. 3).
- “... en muchos contextos, los Estados lograrían mejor su cometido si regularan el terrorismo con la legislación ordinaria en lugar de recurriendo a una normativa de emergencia. El derecho internacional obliga a los Estados a utilizar la legislación ordinaria si las medidas de excepción no son estrictamente necesarias” (párr. 6).
- “... una situación de emergencia justificará la derogación únicamente si las circunstancias en cuestión son de carácter excepcional y temporal” (párr. 14).

En su informe la Relatora Especial también examinó declaraciones del estado de emergencia y el problema de los estados de emergencia *de facto*, así como las medidas de protección de los derechos humanos que deben adoptarse. Destacó la importancia de adoptar medidas a nivel interno, complementadas con supervisión internacional (párr. 51). Además, la Relatora Especial formuló recomendaciones sobre el uso de facultades excepcionales en el contexto de la lucha contra el terrorismo.

^a A/HRC/37/52.

La aplicación de medidas de excepción que suspendan las obligaciones de derechos humanos está supeditada a que dichas medidas cumplan otros requisitos estrictos, entre ellos los siguientes:

- No pueden suspender otras obligaciones previstas en el derecho internacional, entre ellas las normas imperativas (fundamentales) y de DIH.
- Deben ser proporcionales, es decir, deben restringir los derechos solo en la medida estrictamente necesaria para atender a las exigencias de la situación, lo que obliga a considerar si hay medios menos restrictivos de los derechos para responder eficazmente a la amenaza.
- Tienen que ser temporales.
- No deben ser discriminatorias.
- Tienen que ser proclamadas oficialmente y notificadas al Secretario General.

La Relatora Especial hizo hincapié en que cuando se adoptaran medidas de excepción debía garantizarse “un acceso a la justicia y un control judicial sólidos e independientes”³³. Ese control es especialmente importante cuando las medidas se prolongan durante mucho tiempo

³³ *Ibid.*

Derechos inderogables

Por último, cabe destacar que ciertos derechos humanos son “inderogables”, vale decir, que no pueden suspenderse ni siquiera en momentos de peligro público excepcional. En el ICCPR, los derechos inderogables especialmente pertinentes para la lucha contra el terrorismo son:

- artículo 6 (derecho a la vida);
- artículo 7 (prohibición de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes);
- artículo 15 (prohibición de la retroactividad de las leyes penales);
- artículo 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión).

De la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos se desprende que algunos elementos de otros derechos también son inderogables³⁴:

- toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (artículo 10 del ICCPR);
- las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros y la detención no reconocida;
- el respeto de los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial, lo que abarca el juicio ante un tribunal de justicia y la presunción de inocencia;
- garantías procesales de la legalidad de la detención, entre ellas, la revisión judicial, lo que es necesario para proteger derechos inderogables (en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas)³⁵;
- el derecho a un recurso efectivo.

Sin embargo, con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), los derechos de esa índole no están sujetos a ningún tipo de suspensión, o bien por ser esenciales para la supervivencia (la alimentación, agua, vivienda, ropa, asistencia médica, educación, seguridad social o un salario mínimo) o, de otra manera, indispensables para la dignidad humana (como unas condiciones de trabajo seguras o los derechos culturales), o bien por ser derechos cuya suspensión no ayudaría a afrontar una situación de emergencia (como la protección de la familia o la cultura).

³⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 29: Artículo 4 (Estados de emergencia) (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11), párrs. 13 a 17.

³⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales) (CCPR/C/GC/35), párr. 67.

ACTIVIDAD ESTUDIO MONOGRÁFICO SOBRE LA RESTRICCIÓN Y LA SUSPENSIÓN O DEROGACIÓN DE DERECHOS

En los tres años anteriores, en el país X se cometieron 10 atentados terroristas contra edificios públicos en los que perdieron la vida más de 100 guardias de seguridad y funcionarios públicos. En esos atentados participaron al menos tres grupos diferentes, aunque se desconoce si hay alguna vinculación entre ellos. También se desconoce el tamaño de los grupos, aunque cada uno parece proceder de una de las poblaciones minoritarias que viven en tres de las siete provincias del país. Cada uno de esos grupos está a favor de independizarse del país X. Uno de los grupos tiene relaciones con un Gobierno extranjero que anteriormente abasteció de material radiactivo a terroristas de otro país para armar una “bomba sucia”. En el país X el servicio de seguridad fronteriza es sólido y eficaz. Las últimas interceptaciones de mensajes de WhatsApp llevadas a cabo por el servicio de inteligencia indican que TTT, uno de los grupos, está planeando un espectáculo de “pirotecnia” este fin de semana en la capital.

Con arreglo al procedimiento establecido en la Constitución, el Presidente del país X dicta un decreto por el que se declara el estado de excepción y ordena las siguientes medidas:

- 1. *La detención sin cargos ni revisión judicial de todos los miembros de las tres minorías residentes en la capital por un período de hasta tres semanas.*
- 2. *El cierre por tiempo indefinido de las fronteras interiores de las tres provincias de las que proceden los tres grupos.*
- 3. *Que la población de la capital no salga a la calle durante todo el fin de semana.*
- 4. *La tipificación de un nuevo delito con el fin de prohibir que se expresen o se sostengan ideas secesionistas.*
- 5. *La suspensión de todos los medios sociales del país X durante una semana.*

Responda a las siguientes preguntas:

- a) *¿Cuáles son los derechos humanos protegidos por el derecho internacional que se ven afectados por esas medidas? (Nota: el país X ratificó sin reservas el ICCPR y el ICESCR).*
- b) *¿Se trata de derechos que pueden ser objeto de restricciones? En caso afirmativo, ¿qué condiciones deben cumplirse para que la restricción sea legítima?*
- c) *¿Existe una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación X?*
- d) *¿Son las medidas adoptadas admisibles con arreglo a las normas de derechos humanos sobre la suspensión de derechos?*

3. Aplicación concurrente del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en los conflictos armados

En general, se acepta que el derecho internacional de los derechos humanos es aplicable junto con el derecho internacional humanitario (DIH) —que se examina en el capítulo III del

presente módulo— en caso de conflicto armado³⁶. Si el conflicto también constituye una “situación excepcional de peligro público” (lo que no necesariamente será el caso, dependiendo de su gravedad), el Estado puede estar facultado para suspender ciertos derechos humanos, como se señaló anteriormente³⁷.

La aplicación simultánea del DIH y el derecho de los derechos humanos en caso de conflicto armado es importante porque en este último se suele reconocer el derecho de las víctimas a interponer recursos directamente contra el Estado (por ejemplo, ante un tribunal de justicia), en tanto que en el primero no se reconocen derechos comparables. Por el contrario, el DIH es aplicable por conducto de actos de disciplina militar interna, reclamaciones interestatales, actividades de supervisión externa y juicios por crímenes de guerra.

Aunque el DIH y el derecho de los derechos humanos pueden aplicarse de manera concurrente, la relación entre sus normas en determinados ámbitos varía según el contexto. En lo que respecta a la conducción de las hostilidades, se puede dar precedencia al DIH por ser más específico (*lex specialis*)³⁸, ya que sus normas están especialmente adaptadas a las circunstancias excepcionales de un conflicto, a diferencia del derecho general de los derechos humanos, que también se aplica en tiempos de paz. El principio de *lex specialis* tiene por objeto resolver posibles conflictos entre normas de distintos ámbitos del derecho. En la opinión consultiva sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia dio el siguiente ejemplo:

“En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria debe estar establecido en la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades. Así pues, que un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra, se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], es cosa que solo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto”³⁹.

Por lo tanto, una muerte violenta considerada lícita con arreglo al DIH no constituirá un caso de privación “arbitraria” de la vida según el derecho de los derechos humanos cuando un combatiente ataque a otro respetando los principios reconocidos en el DIH de distinción y proporcionalidad y las normas sobre los medios y métodos de guerra y el control de armas. Por el contrario, la contravención de una norma de DIH también puede constituir vulneración del derecho humano a la vida, lo que permite interponer un recurso a título individual.

³⁶ Véanse: *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (Opinión consultiva sobre las armas nucleares)*, I.C.J. Reports 1996, pág. 239 [párr. 25] (A/51/218, anexo); *Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado (Opinión consultiva sobre el muro israelí)*, I.C.J. Reports 2004, pág. 240 [párr. 106] (A/ES-10/273 y Corr. 1); *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (fallo), I.C.J. Reports 2005, pág. 168 [párr. 216]; Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13); *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C) núm. 70 [párr. 207], y Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Comité Internacional de la Cruz Roja y Cambridge University Press, 2005), pág. 303.

³⁷ *Opinión consultiva sobre las armas nucleares* [párr. 25] y *Opinión consultiva sobre el muro israelí* [párr. 106].

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Opinión consultiva sobre las armas nucleares* [párr. 25].

Lo mismo cabe decir acerca del derecho a no ser sometido a detención “arbitraria”, con arreglo a las normas de derechos humanos⁴⁰. Si bien la detención administrativa de civiles presuntamente peligrosos por motivos de seguridad no suele estar permitida en tiempos de paz, las normas de DIH la admiten en situaciones de conflicto armado internacional, con lo cual queda establecido que no es “arbitraria” de conformidad con el derecho de los derechos humanos. En cambio, en los conflictos armados que no son internacionales, si bien el DIH no regula los motivos y procedimientos de detención, se aplica el derecho internacional de los derechos humanos como *lex specialis* para regular las leyes y prácticas nacionales correspondientes.

Otro ejemplo es el de los juicios penales. Aunque el derecho de los derechos humanos normalmente exige que el juicio se celebre ante un tribunal civil, admite excepciones por razones imperiosas en el caso de los tribunales especiales o los consejos de guerra; uno de estos casos es cuando el DIH admite que en un territorio ocupado se someta a civiles a la jurisdicción militar por delitos contra la seguridad de la potencia ocupante (siempre y cuando el tribunal siga siendo independiente e imparcial y garantice un juicio justo).

En la *Opinión consultiva sobre el muro israelí*, la Corte Internacional de Justicia también indicó que existían tres posibles relaciones entre el DIH y el derecho de los derechos humanos: “algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario; otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional”⁴¹.

En los casos en que una cuestión se rijan exclusivamente por el DIH o por el derecho de los derechos humanos, no surgirá ningún conflicto directo. Por ejemplo, no hay normas especiales de derechos humanos sobre las armas ni sobre los grupos armados no estatales, y el DIH no trata del derecho de voto ni de las actividades policiales. El derecho de los derechos humanos también es mucho más amplio en relación con los derechos económicos, sociales y culturales.

Cuando ambas ramas del derecho internacional rijan determinado asunto, en la mayoría de los casos no habrá incompatibilidad, precisamente porque en las dos se persiguen objetivos humanitarios. En ambas se prohíbe la tortura, se establecen derechos mínimos análogos a un juicio imparcial⁴² y se exige dar un trato humano a las personas detenidas y establecer unas condiciones mínimas de detención. En ambas también se requiere que el juicio penal sea sustanciado por un tribunal independiente e imparcial que respete las normas relativas a las garantías procesales.

Solo ocasionalmente surgen conflictos directos. El derecho de los derechos humanos suele exigir una revisión judicial de la detención⁴³, pero el DIH solo ordena que la revisión de la detención administrativa de civiles o prisioneros de guerra en los conflictos internacionales esté a cargo de un órgano “competente” (no necesariamente de un tribunal). Las normas de DIH prevalecen efectivamente sobre las reglas de derechos humanos en la medida en que exista incompatibilidad.

⁴⁰ ICCPR, artículo 9.

⁴¹ *Opinión consultiva sobre el muro israelí*, párr. 106.

⁴² Véanse los Convenios de Ginebra de 1949 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2716, núm. 48088), artículo común 3; Protocolo I de los Convenios de Ginebra (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512), artículo 75, e ICCPR, artículo 14.

⁴³ ICCPR, artículo 9, párr. 4.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias recomienda que se adopte un “criterio de integración sistémica” mixto o híbrido con respecto a la interacción del derecho de los derechos humanos y el DIH. Eso significaría procurar que se aplicaran ambos marcos normativos, dependiendo del contexto y la situación de que se trate, en lugar de simplemente considerar que una u otra rama del derecho prevalece sobre la otra en caso de conflicto.

ANÁLISIS EL USO DE VEHÍCULOS AÉREOS NO TRIPULADOS (DRONES) CONTRA PERSONAS SOSPECHOSAS DE TERRORISMO

El “asesinato selectivo” de presuntos terroristas por parte de varios Estados, por ejemplo, mediante misiles y “drones” aéreos no tripulados, ilustra la pertinencia y la complejidad, en la práctica, de la interacción entre el derecho de los derechos humanos y el DIH en la lucha antiterrorista. El Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias formuló una definición de trabajo de este fenómeno en su informe de 2010:

“El asesinato selectivo es el uso intencional, premeditado y deliberado de la fuerza letal, por parte de los Estados o sus agentes, actuando bajo una apariencia de legalidad, o por un grupo armado organizado en un conflicto armado, contra una persona en particular que no esté sometida a la custodia del autor”^a.

Cabe distinguir el asesinato selectivo de los asesinatos involuntarios, accidentales o imprudentes, o de los operativos policiales que entrañan el uso de la fuerza en ejercicio del derecho de legítima defensa o en defensa de terceros.

Como se indica en el informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de agosto de 2020, por lo menos 102 países poseen drones militares activos y unos 40 poseen o están por adquirir drones armados^b.

No existen normas especiales de derecho internacional sobre los asesinatos selectivos; en esos casos se aplican las normas generales de derechos humanos. Para llevar a cabo esa clase de actos en los conflictos armados deben cumplirse las normas de derecho internacional humanitario sobre la conducción de las hostilidades (que se examinan en el capítulo III del presente módulo), a saber, que estén dirigidos contra un objetivo militar, que se evite un número excesivo de bajas civiles y que se utilicen armas y tácticas lícitas. En este contexto, el Comité de Derechos Humanos ha criticado a los Estados por:

- los ataques innecesarios y desproporcionados que redundan en la muerte de civiles y el hecho de no intentar detener personas en el territorio ocupado ni investigar de forma independiente las presuntas transgresiones^c;
- las interpretaciones poco claras acerca de quién es un combatiente o un civil que participa directamente en las hostilidades^d;
- las medidas inadecuadas de precaución para evitar bajas civiles;
- las definiciones excesivamente amplias del ámbito geográfico del conflicto armado (es decir, más allá del territorio del Estado en el que tiene lugar un conflicto armado no internacional).

Además, el uso de la fuerza militar por un Estado en el territorio de otro Estado puede justificarse, según las circunstancias del caso, como ejercicio del derecho de legítima defensa nacional en

virtud de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional consuetudinario. Así pues, la legítima defensa solo quedaría justificada si una amenaza terrorista revistiera la gravedad de un “ataque armado” o constituyera un ataque armado inminente (aunque la legítima defensa preventiva es motivo de controversia). En este sentido, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación por la interpretación poco clara de lo que constituye una “amenaza inminente” y por el hecho de que eso se utilice para justificar los asesinatos selectivos^e. La fuerza militar que actúa en ejercicio del derecho de legítima defensa nacional debe cumplir siempre las normas de derecho internacional humanitario y de derechos humanos.

Dos relatores especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias dedicaron informes al uso de drones en asesinatos selectivos, en 2010 y 2020, respectivamente. Como se señaló en el informe de 2020, cuando un ataque se produce al margen de un conflicto armado, y no en el ejercicio del derecho de legítima defensa nacional, sigue rigiendo el derecho de los derechos humanos: la cuestión radica en determinar si el asesinato es estrictamente necesario, como último recurso, para proteger contra una amenaza inminente a la vida^f.

En la práctica, como se observó en el informe de 2010, el hecho de recurrir a los asesinatos selectivos ha desdibujado y extendido los límites de los marcos jurídicos. Con frecuencia los Estados no han precisado los fundamentos jurídicos de los asesinatos, las salvaguardias aplicables, la identidad de las personas asesinadas ni las razones de fondo para atacarlas^g.

También han faltado mecanismos de rendición de cuentas para resarcir a las víctimas, entre otras cosas por el secreto que rodea a muchos de los ataques con drones y a las bajas resultantes^h. A efectos de mejorar los mecanismos de rendición de cuentas por los asesinatos selectivos, en los informes de los Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias se recomienda a los Estados que:

- enuncien públicamente cuáles son las normas internacionales que, a su juicio, autorizan los asesinatos selectivos;
- precisen las salvaguardias procesales que garantizan el cumplimiento de las normas de derecho internacional y los recursos efectivos en caso de transgresión;
- indiquen si otro Estado ha consentido en que se cometan asesinatos selectivos en su territorio;
- divulguen públicamente el número de bajas civiles colateralesⁱ;
- investiguen todas las denuncias de muertes ilegales relacionadas con el uso de drones^j.

^a A/HRC/14/24/Add.6, párr. 1.

^b A/HRC/44/38, párr. 7.

^c CCPR/C/ISR/CO/3.

^d CCPR/C/USA/CO/4, párr. 9 [también en relación con los dos puntos siguientes].

^e CCPR/C/USA/CO/4, párr. 9.

^f A/HRC/44/38, párr. 35.

^g A/HRC/14/24/Add.6, párr. 3.

^h A/HRC/44/38, párr. 22.

ⁱ A/HRC/14/24/Add.6, párr. 93.

^j A/HRC/44/38, párr. 85.

E. La vulneración de los derechos humanos por parte del Estado en el marco de la lucha contra el terrorismo

Existen varias razones por las que la vulneración de los derechos humanos por parte del Estado puede ser contraproducente para la lucha contra el terrorismo: *a)* porque menoscaba la profesionalidad y la autoridad moral de la reacción del Estado frente al terrorismo; *b)* porque puede crear condiciones propicias para exacerbar el terrorismo; *c)* porque puede socavar la eficacia de la aplicación de la ley, y *d)* porque puede perjudicar a las perspectivas de cooperación jurídica internacional (incluso en materia de extradición y asistencia recíproca).

1. Profesionalidad y autoridad moral

El respeto de los derechos humanos es un imperativo en la lucha antiterrorista. Es moralmente justo tratar a todas las personas con dignidad humana básica y respeto, sin discriminación alguna. También es una muestra de la profesionalidad, responsabilidad e integridad de los sistemas de aplicación de la ley y de justicia penal que refleja y respalda los valores de la comunidad, fomenta la confianza y la cooperación públicas, y da un buen ejemplo para que otros lo sigan⁴⁴.

De hecho, el respeto de los derechos humanos debe ser uno de los principales elementos que diferencien las respuestas de los Gobiernos a los actos terroristas de las acciones de los propios terroristas. Como bien dijo el ex Secretario General Kofi Annan:

“Los terroristas no responden ante nadie. En cambio, nosotros no debemos perder de vista que hemos de rendir cuentas a los ciudadanos de todo el mundo. En nuestra lucha contra el terrorismo, no hemos de poner nunca en peligro los derechos humanos. Si lo hacemos, facilitamos el logro de uno de los objetivos de los terroristas. Al ceder el terreno moral provocamos la tensión, el odio y la desconfianza hacia los Gobiernos precisamente entre las partes de la población donde los terroristas encuentran reclutas”⁴⁵.

2. La vulneración de los derechos humanos puede crear condiciones propicias para el terrorismo

Invocar las violaciones de los derechos humanos para justificar el terrorismo es inadmisibles. Sin embargo, no cabe duda de que esos abusos crean condiciones que desencadenan tensión, odio, exclusión y desconfianza hacia los Gobiernos. Muchos grupos terroristas intentan infundir odio hacia los Gobiernos y estos, al atacar contra los derechos humanos recurriendo a la tortura, los juicios sin las debidas garantías o las detenciones ilegales, facilitan la consecución de uno de los objetivos de los terroristas. La vulneración de los derechos humanos, especialmente cuando se comete en nombre de la lucha contra el terrorismo, puede ser el “agente reclutador” más eficaz de los grupos terroristas.

⁴⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Derechos humanos y aplicación de la ley: Guía para instructores en derechos humanos para la policía, Serie de capacitación profesional* núm. 5/Add.2 (2002), pág. 16; véase también el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, resolución 34/169 de la Asamblea General, anexo, artículo 1.

⁴⁵ A/59/2005, párr. 94.

Desde principios de los años 70⁴⁶, en que la Asamblea General comenzó a examinar el fenómeno del terrorismo, muchos Estados han venido expresando preocupación acerca de la necesidad de determinar y abordar sus causas profundas. Comprender los factores que lo favorecen no excusa ni justifica la violencia indiscriminada contra civiles; no obstante, es necesario tener en cuenta esas circunstancias para encontrar soluciones apropiadas y frenar el terrorismo.

Hay muchas opiniones diferentes acerca de los factores coadyuvantes y la respuesta suele depender de cada situación. En líneas generales, en la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo⁴⁷, de 2006, se establecen las “condiciones que propician la propagación del terrorismo”:

“que incluyen, aunque no exclusivamente, los conflictos prolongados sin resolver, la deshumanización de las víctimas del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, la ausencia del imperio de la ley, las infracciones de los derechos humanos, la discriminación por motivos étnicos, nacionales y religiosos, la exclusión política, la marginación socio-económica y la falta de buena gobernanza, reconociendo al mismo tiempo que ninguna de esas condiciones puede excusar ni justificar los actos de terrorismo:...”

El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo afirmó que:

“No hay pruebas científicas de que exista una relación causal entre los agravios económicos y sociales y los actos de terrorismo, pero puede demostrarse la existencia de pautas de correlación que indican que las sociedades caracterizadas por esos agravios y por la exclusión educativa suelen ser caldo de cultivo o campo de reclutamiento de terroristas”⁴⁸.

⁴⁶ En 1972 se inició un estudio sobre “las causas subyacentes de las formas de terrorismo y actos de violencia que radican en la miseria, la frustración, el agravio y la desesperación”. Se ofrecen análisis al respecto en el informe del Comité Especial sobre el Terrorismo Internacional (1973) (A/9028, párr. 26) y el informe del Comité *Ad Hoc* para la Elaboración de una Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (1979) (A/34/39, párr. 38).

⁴⁷ Véase la resolución 60/288 de la Asamblea General.

⁴⁸ Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/HRC/6/17 y Corr. 1), párr. 64.

ANÁLISIS PLAN DE ACCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL PARA PREVENIR EL EXTREMISMO VIOLENTO

La vulneración de los derechos humanos suele interactuar con problemas estructurales profundos relacionados con la gobernanza y el estado de derecho, como explica el Secretario General en su informe de 2015:

“El extremismo violento suele prosperar en los entornos caracterizados por la mala gobernanza, la democracia deficiente, la corrupción y la cultura de impunidad por la conducta ilícita del Estado o sus agentes. Cuando la mala gobernanza se combina con políticas represivas y prácticas que vulneran los derechos humanos y el estado de derecho, la atracción del extremismo violento tiende a intensificarse. Las infracciones del derecho internacional de los derechos humanos cometidas en nombre de la seguridad del Estado pueden facilitar el extremismo violento al marginar a las personas y antagonizar a grupos importantes, lo cual genera apoyo, simpatía y complicidad en las comunidades respecto de las acciones de los extremistas violentos. Estos también procuran activamente aprovechar la represión estatal y otros agravios en su lucha contra el Estado. Por lo tanto, los Gobiernos que aplican medidas de seguridad duras y represivas que vulneran los derechos humanos y el estado de derecho, como las dirigidas a poblaciones específicas, las técnicas de vigilancia intrusiva y los estados de emergencia prolongados, tienden a generar más extremistas violentos. Los asociados internacionales que son cómplices en ese tipo de acciones estatales hacen que se deteriore más la confianza en la legitimidad del sistema internacional en general”^a.

^a A/70/674, párr. 27.

En la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, aprobada por unanimidad por la Asamblea General en 2006⁴⁹ y renovada desde entonces cada dos años, se reconoce que “medidas eficaces contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos no son objetivos contrapuestos, sino que se complementan y refuerzan mutuamente”. El Consejo de Seguridad observó igualmente que “las medidas eficaces de lucha contra el terrorismo y el respeto de los derechos humanos se complementan y refuerzan mutuamente y son parte esencial de una lucha eficaz contra el terrorismo”⁵⁰.

En consecuencia, la Estrategia Global contra el Terrorismo compromete a los Estados a adoptar una variedad de medidas para abordar las condiciones que propician el terrorismo. Estas consisten en promover la solución de conflictos, el diálogo entre religiones y civilizaciones⁵¹, una cultura de paz, justicia, desarrollo y tolerancia, y un entorno que no favorezca la incitación al terrorismo⁵², fomentar el desarrollo y erradicar la pobreza, procurar la inclusión social, respaldar el estado de derecho, promover los derechos humanos y la buena gobernanza y prestar asistencia a las víctimas del terrorismo. Los órganos de las Naciones Unidas también han recomendado refutar los argumentos terroristas⁵³.

⁴⁹ Véase la resolución 60/288 de la Asamblea General, parte IV.

⁵⁰ Véase la resolución 1963 (2010) del Consejo de Seguridad, párr. 10.

⁵¹ Véase la resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad, párr. 3.

⁵² *Ibid.*, párr. 1.

⁵³ Véase la resolución 2354 (2017) del Consejo de Seguridad.

En el marco del mandato del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo se han destacado muchos ejemplos de medidas prácticas que los Estados pueden adoptar para abordar las condiciones que propician el terrorismo en relación con los derechos humanos: Túnez ha procurado enfrentarse a la marginación, la exclusión y la pobreza promoviendo el crecimiento económico, integrando a las poblaciones vulnerables en la economía y prestando asistencia especial a los más pobres⁵⁴; España ha adoptado medidas para prevenir la xenofobia, integrar mejor a las comunidades musulmanas y promover y proteger la libertad religiosa⁵⁵, y Alemania ha incluido en sus programas de asistencia para el desarrollo un componente dirigido a hacer frente a las condiciones estructurales que propician el terrorismo⁵⁶.

ACTIVIDAD

- ✚ *¿Recuerda alguna ley o medida antiterrorista de su país o región que pueda haber contribuido involuntariamente a la propagación del terrorismo?*
- ✚ *¿Cómo podrían modificarse esas medidas para mitigar las consecuencias negativas imprevistas?*
- ✚ *¿Cómo podrían contribuir las medidas de protección y respeto de los derechos humanos adoptadas en su país y región a hacer frente a las condiciones que propician el terrorismo?*

3. La vulneración de los derechos humanos socava la eficacia de la aplicación de la ley

Al atentar contra los derechos humanos de presuntos terroristas u otras personas se corre el riesgo de apartar —de las autoridades o de otras partes de la sociedad— a los sectores de la población cuyos agravios dicen representar los grupos terroristas. Los integrantes de esas comunidades, a menudo ya marginadas, constituyen una de las fuentes de información más importantes para la policía y los organismos de seguridad sobre la actividad terrorista, especialmente en lo que respecta a descubrir la identidad, los escondites y los planes de los terroristas. Cuando la relación entre la policía y esas comunidades está dominada por la desconfianza, o incluso por el odio, la capacidad del Gobierno para descubrir tramas terroristas, desbaratar grupos, prevenir atentados e investigar actos de terrorismo se ve gravemente menoscabada.

Las transgresiones de las normas de derechos humanos también pueden socavar las actividades antiterroristas de forma más inmediata y concreta. Por ejemplo, los tribunales no admitirán como prueba la información obtenida mediante tortura. Además, la información conseguida por métodos ilegales de registro o vigilancia puede no ser aceptada como prueba, lo que perjudica a la posibilidad de procesar a los terroristas y de hacerles rendir cuentas de sus actos. Las

⁵⁴ Misión en Túnez: informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/HRC/16/51/Add.2, párr. 55).

⁵⁵ Misión en España: informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/HRC/10/3/Add.2, párr. 49).

⁵⁶ Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/HRC/6/17, párrs. 67 y 68).

detenciones ilegales en masa basadas en sospechas vagas suponen un desperdicio de recursos de investigación, de por sí ya escasos, y desvían las energías de la búsqueda de los verdaderos sospechosos o sospechosas. La falta de imparcialidad judicial puede desembocar en la condena de personas inocentes y distraer la atención de las autoridades de la búsqueda de los verdaderos autores de los actos de violencia.

4. La vulneración de los derechos humanos socava la cooperación internacional contra el terrorismo

La vulneración de los derechos humanos en un Estado puede imposibilitar la cooperación de otros Estados en la lucha antiterrorista. Una obligación primordial en este sentido es respetar el principio de no devolución (que se examina en el capítulo II del presente módulo), por el que se prohíbe a los Estados conceder la extradición de personas a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que correrían peligro de ser sometidas a tortura, ejecutadas extrajudicialmente u objeto de otras violaciones graves de los derechos humanos, como la detención arbitraria o la denegación de un juicio imparcial. Un Gobierno que recurra a la tortura, o que permita que las pruebas obtenidas mediante tortura se invoquen en los juicios⁵⁷, tendrá grandes dificultades para obtener la extradición de personas sospechosas de terrorismo. También puede tener dificultades para obtener asistencia judicial en apoyo de investigaciones, juicios y otras formas de cooperación.

Los Estados que han abolido la pena de muerte también tienen la obligación impuesta por ley de aplicar el principio de no devolución también ante el riesgo de que se castigue con esa pena. Muchos de ellos, igualmente, rechazan la asistencia judicial recíproca si esta puede dar lugar a la pena de muerte. Por otra parte, las definiciones demasiado amplias o imprecisas de los delitos de terrorismo en el derecho interno (incompatibles con el principio de derechos humanos de legalidad)⁵⁸, o la presentación abusiva de cargos de terrorismo contra disidentes políticos pacíficos (también contraria a las normas de derechos humanos), constituirán en numerosas ocasiones un obstáculo para obtener cooperación internacional.

MATERIAL DE CONSULTA LA NO DEVOLUCIÓN Y EL TRASLADO DE PERSONAS SOSPECHOSAS DE TERRORISMO

En el capítulo VII del Módulo 4 del Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo, *Human Rights and Criminal Justice Responses to Terrorism* (Los derechos humanos y las respuestas de justicia penal al terrorismo) (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module_on_Human_Rights/Module_HR_and_CJ_responses_to_terrorism_ebook.pdf) se examina a fondo el principio de no devolución aplicado a la extradición y otras formas de traslado de personas sospechosas de terrorismo o condenadas por este.

En el capítulo II del presente módulo se analiza la no devolución como principio de derecho internacional de los refugiados y de derechos humanos.

⁵⁷ Prohibido en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (resolución 39/46 de la Asamblea General, artículo 15).

⁵⁸ ICCPR, artículo 15.

Además, el derecho internacional obliga a los Estados a abstenerse de prestar ayuda o asistencia a otros Estados para cometer actos que atenten contra los derechos humanos⁵⁹. Un Estado debe negarse a cooperar cuando sus autoridades (las fuerzas del orden, los servicios de inteligencia o seguridad o el personal militar) corran el riesgo de hacerse cómplices de las infracciones de las normas de derechos humanos que realiza otro Estado.

Un número cada vez mayor de Estados han promulgado leyes o adoptado políticas por las que se prohíbe abastecer de armas y demás equipo policial o militar y proporcionar adiestramiento a los Estados que presuntamente vulneran gravemente los derechos humanos. La fama que tenga un país de cometer abusos generalizados de los derechos humanos en el curso de la lucha antiterrorista puede constituir un obstáculo importante cuando se intenta obtener material militar y asistencia técnica esenciales para las actividades antiterroristas del Gobierno.

ANÁLISIS LOS RIESGOS PARA LOS DERECHOS HUMANOS COMO PARTE DE LA EVALUACIÓN DE LAS EXPORTACIONES EN EL MARCO DEL TRATADO SOBRE EL COMERCIO DE ARMAS (2013)^a

El Tratado sobre el Comercio de Armas reglamenta el comercio de las armas convencionales (entre ellas los vehículos blindados de combate, los sistemas de artillería de gran calibre, los helicópteros de ataque y las armas pequeñas y armas ligeras) que pueden necesitar los Gobiernos que se vean envueltos en conflictos con grupos terroristas armados. El Tratado se refiere concretamente a los efectos de las transferencias de armas en los derechos humanos.

En su artículo 6.3 se prohíbe a cada Estado parte que autorice cualquier transferencia de armas convencionales “si en el momento de la autorización tiene conocimiento de que las armas o los elementos podrían utilizarse para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil o personas civiles protegidas, u otros crímenes de guerra tipificados en los acuerdos internacionales en los que sea parte”.

Aun cuando se trate de transferencias de armas que no estén prohibidas en virtud del artículo 6, los Estados partes deben actuar con la diligencia debida en lo que concierne a los derechos humanos antes de autorizar otras transferencias. El artículo 7.1 b) exige a los Estados partes que, antes de autorizar la exportación de armas convencionales, evalúen la posibilidad de que estas se vayan a utilizar para cometer o facilitar una transgresión grave del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos. Si, una vez realizada esta evaluación y examinadas las medidas de mitigación de que se disponga, el Estado parte exportador determina que existe un riesgo manifiesto de que se cometan violaciones de los derechos humanos, “dicho Estado no autorizará la exportación” (artículo 7.3).

^a Véase, también, Consejo de Derechos Humanos, informe sobre las repercusiones de las transferencias de armas en el ejercicio de los derechos humanos (A/HRC/35/8).

⁵⁹ Comisión de Derecho Internacional, proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (A/56/10, cap. IV.E, artículo 16).

F. Dos ejemplos de las consecuencias del terrorismo y la lucha contra el terrorismo para determinados derechos humanos

El examen de la relación entre las medidas antiterroristas y toda la variedad de derechos humanos escapa al ámbito del presente Plan de Estudios. A modo de ejemplo, en la presente parte se examinan dos derechos: el derecho a la vida y el derecho a la educación. Numerosos documentos, algunos de ellos enumerados al final del presente capítulo, ofrecen análisis y orientación en relación con otros derechos y libertades en el contexto de la lucha contra el terrorismo, en particular en lo relativo a la administración de justicia.

ANÁLISIS EL DERECHO A LA VIDA EN EL CONTEXTO DEL TERRORISMO Y EL ANTITERRORISMO

Los actos terroristas y las medidas antiterroristas pueden afectar al derecho inderogable a no ser privado de la vida de forma arbitraria. Los deberes fundamentales concernientes al derecho a la vida exigen al Estado:

- impedir y castigar con diligencia los asesinatos arbitrarios cometidos tanto por funcionarios del Estado como por agentes no estatales, incluidos los terroristas (en particular cuando se le haya advertido de un ataque)^a;
- garantizar que los marcos jurídicos que reglamentan el uso de la fuerza se atengan a las normas de derechos humanos y que los funcionarios reciban formación adecuada sobre la legalidad del uso de la fuerza;
- prestar la debida atención a la planificación y ejecución de cualquier operación que pueda entrañar el uso de fuerza letal, incluso en cuanto a la elección de las armas y tácticas^b;
- solo quitar una vida cuando: *a)* sea estrictamente necesario, en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves^c; y *b)* se haga de manera proporcional, es decir, sin hacer uso de más fuerza que la necesaria para neutralizar la amenaza, y considerando en primer lugar la posibilidad de recurrir a medios no letales;
- investigar todos los asesinatos con el fin de procesar y castigar a los autores según proceda, y de ofrecer recursos efectivos, lo que abarca la indemnización de las víctimas^d.

Las políticas generales de “disparar a matar” a los terroristas en el acto son incompatibles con el derecho a la vida^e, a diferencia de las situaciones de conflicto armado, en que el derecho internacional humanitario puede autorizar el ataque a un miembro de un grupo armado no estatal, aunque esa persona no constituya una amenaza inminente.

^a Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 36: Artículo 6 (Derecho a la vida) (CCPR/C/GC/36, párr. 3).

^b *McCann, Farrell and Savage v. United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 18984/91, sentencia, 27 de septiembre de 1995, pág. 324.

^c Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, párr. 9 (véase *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990: informe preparado por la Secretaría* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.IV.2), cap. I, parte B).

^d *Baboeram-Adhin et al. v. Suriname*, Comité de Derechos Humanos, comunicaciones núms. 146/1983 y 148 a 153/1983, párr. 16.

^e A/HRC/4/26, párrs. 74 a 78.

ACTIVIDAD HIPÓTESIS DE TOMA DE REHENES^a

Cincuenta miembros de un grupo armado catalogado como entidad terrorista por su Gobierno ocuparon un teatro importante de la capital de su país durante una actuación nocturna. Tomaron casi 900 rehenes, mataron a algunos de ellos y colocaron trampas explosivas en el teatro.

Después de tres días de infructuosas negociaciones con los secuestradores, el comandante de las fuerzas paramilitares de la policía propone al Presidente un plan para recuperar el control del teatro y liberar a los rehenes. El plan se basa en información comprobada en el sentido de que los militantes están fuertemente armados y plantean exigencias descabelladas, y de que algunos rehenes ya han sido ejecutados y los restantes están en cada vez peores condiciones, por lo que su vida corre un peligro real, grave e inmediato.

El comandante de las fuerzas especiales propone usar gas para inmovilizar a los militantes y los rehenes, lo que impediría a los primeros detonar los explosivos o lesionar a los segundos.

El comandante reconoce que el gas es potencialmente letal, pero que existen grandes probabilidades de rescatar con vida a los rehenes. Afirma que su plan ofrece el único medio sensato para liberarlos antes de que mueran de las heridas o de agotamiento, o sean ejecutados por los terroristas, y también para impedir que estos adquieran más notoriedad debido a la conmoción que provocan sus acciones.

Usted es el asesor principal del Presidente en materia de derechos humanos y le dan una hora para preparar un memorando sobre medidas para garantizar que el plan de las fuerzas especiales se atenga a la normativa de derechos humanos.

^a La presente hipótesis está inspirada en el caso de toma de rehenes en masa perpetrada en el Teatro Dubrovka de Moscú en 2002. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó los aspectos de derechos humanos de la liberación de los rehenes en el asunto *Finogenov y otros contra Rusia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias núms. 18299/03 y 27311/03, 4 de junio de 2012.

ANÁLISIS EL DERECHO A LA EDUCACIÓN: EL TERRORISMO, EL ANTITERRORISMO Y LAS CONDICIONES QUE PROPICIAN EL TERRORISMO

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de garantizar otros derechos humanos^a, ya que promueve las oportunidades económicas, la participación en la vida social y política y la realización del potencial de la persona. Los Estados deben garantizar que se disponga de suficientes oportunidades educativas, que la educación sea accesible desde el punto de vista físico y económico, y sin discriminación alguna, que sea culturalmente aceptable y de calidad suficiente y que pueda adaptarse a diferentes contextos y a nuevas necesidades. El derecho es inderogable, incluso en situaciones de peligro. El derecho internacional humanitario también protege a estudiantes y docentes (en su calidad de civiles) y a los centros de enseñanza (en su calidad de bienes de carácter civil) en caso de conflicto armado y garantiza la educación de niños y niñas^b.

La comunidad internacional reconoce que el terrorismo y las medidas antiterroristas pueden atentar contra el derecho a la educación^c. El terrorismo puede trastornar la educación por medio de: *a*) amenazas contra centros de enseñanza, docentes y estudiantes, lo que puede desembocar en el cierre de esos establecimientos y en que los alumnos tengan miedo de asistir a clase; *b*) el uso

indebido de establecimientos de enseñanza con fines militares; *c*) la denegación de escolarización a las niñas (como en el caso de Boko Haram, Al-Shabaab y los talibanes); *d*) la utilización de centros de enseñanza para el adoctrinamiento extremista, y *e*) el reclutamiento forzado de menores y la esclavización de niñas por grupos terroristas.

También pueden trastornar la educación las medidas antiterroristas innecesarias, no proporcionadas o discriminatorias. Como se indica en el informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, esas medidas pueden ser el cierre indebido de centros de enseñanza por razones de seguridad; la injerencia en el funcionamiento o los planes de estudios de las escuelas religiosas o de minorías; deberes injustificados de los docentes de informar sobre sus alumnos, lo que infunde desconfianza; el uso indebido de instituciones de enseñanza con fines militares; las operaciones militares o policiales que producen destrozos injustificados en las instalaciones; el hecho de no brindar educación a los niños desplazados, y el reclutamiento de menores como fuerza auxiliar de policía en los campamentos de personas desplazadas^d. La “Declaración de Escuelas Seguras”, declaración intergubernamental de 2015, compromete políticamente a los Estados a proteger a los estudiantes, a los docentes y a los establecimientos de enseñanza en caso de conflicto armado.

La vulneración del derecho a la educación por los Estados puede crear condiciones propicias para la propagación del terrorismo o el extremismo violento.

En su Plan de Acción para Prevenir el Extremismo Violento (2015), el Secretario General instó a los Estados a que abordaran los factores que impulsaban el extremismo violento “garantizando una educación inclusiva y equitativa de calidad y promoviendo oportunidades de aprendizaje permanente para todos”, en consonancia con el Objetivo 4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible^e. Además, como se señala en el informe mencionado del Relator Especial, una baja matrícula escolar, una educación deficiente o el hecho de no prevenir que los centros de enseñanza se utilicen para promover la intolerancia religiosa y la discriminación ayudan a que los niños y jóvenes se vuelvan vulnerables al adoctrinamiento por parte de los grupos terroristas, así como también lo hace la exclusión educacional de las minorías^f.

^a Véanse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), artículos 13 y 14; la Convención sobre los Derechos del Niño (resolución 44/25 de la Asamblea General), artículos 28 y 29; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (resolución 34/180 de la Asamblea General), artículos 10 y 14, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 13 sobre el derecho a la educación (E/C.12/1999/10, párr. 1).

^b Véase el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, artículo 50, y el Protocolo Adicional II de 1977, artículo 4, párr. 3 *a*).

^c Véase la resolución 34/8 del Consejo de Derechos Humanos, relativa a los efectos del terrorismo en el disfrute de todos los derechos humanos, preámbulo.

^d A/HRC/6/17 y Corr. 1, párrs. 52 a 56.

^e A/70/674, párr. 44.

^f A/HRC/6/17 y Corr. 1, párrs. 52, 56 y 64.

MATERIAL DE CONSULTA LA LUCHA ANTITERRORISTA Y LOS DERECHOS HUMANOS

La UNODC y otras entidades han elaborado un volumen considerable de material de consulta y de capacitación dedicado a examinar cómo el terrorismo y la lucha antiterrorista interactúan con determinados derechos humanos.

En el Módulo 4 del Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo, *Human Rights and Criminal Justice Responses to Terrorism* (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module_on_Human_Rights/Module_HR_and_CJ_responses_to_terrorism_ebook.pdf) se examinan aspectos de derechos humanos de la tipificación de los delitos de terrorismo (especialmente las consecuencias para las libertades de expresión y de asociación); la investigación, detención, juicio y castigo de las personas sospechosas de terrorismo, y la extradición y otras formas de trasladar a personas sospechosas de terrorismo.

La UNODC también publicó dos manuales sobre los derechos de las mujeres y los niños y niñas vinculados a grupos terroristas:

Handbook on Children Recruited and Exploited by Terrorist and Violent Extremist Groups: The Role of the Justice System (2017)

(www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Child-Victims/Handbook_on_Children_Recruited_and_Exploited_by_Terrorist_and_Violent_Extremist_Groups_the_Role_of_the_Justice_System.E.pdf).

Manual sobre las dimensiones de género de las respuestas de la justicia penal al terrorismo (2019)

(www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/GENDER/19-01531_S_ebook.pdf).

El Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos en la Lucha contra el Terrorismo, del Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo (EEELT), preparó cinco guías básicas de referencia sobre los derechos humanos:

1. The Stopping and Searching of Persons in the Context of Countering Terrorism (Retención y registro de personas en el contexto de la lucha contra el terrorismo) (www.un.org/es/terrorism/ctitf/pdfs/bhrrg_stopping_searching.pdf).
2. Infraestructura de Seguridad (www.ohchr.org/EN/newyork/Documents/CTITF_Guide_Security_Infrastructure_SPA_Web.pdf).
3. Detention in the Context of Countering Terrorism (Detención en el contexto de la lucha contra el terrorismo) (www.ohchr.org/EN/newyork/Documents/DetentionCounteringTerrorism.pdf).
4. Conformity of National Counter-Terrorism Legislation with International Human Rights Law (Conformidad de la legislación antiterrorista con el derecho internacional de los derechos humanos) (www.ohchr.org/EN/newyork/Documents/CounterTerrorismLegislation.pdf).
5. Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism (Derecho a un juicio imparcial y a las debidas garantías procesales en el contexto de la lucha contra el terrorismo) (www.ohchr.org/EN/newyork/Documents/FairTrial.pdf).

El Grupo de Trabajo del EEELT sobre la Protección de los Derechos Humanos en la Lucha contra el Terrorismo también publicó una guía titulada *Human Rights Compliant Responses to the Threat Posed by Foreign Fighters* (2018) sobre las respuestas conformes a los derechos humanos ante la amenaza de combatientes extranjeros (<https://www.ohchr.org/EN/newyork/Documents/Human-Rights-Responses-to-Foreign-Fighters-web%20final.pdf>).

Además, las organizaciones regionales han elaborado material de consulta sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo.

Los siguientes son dos ejemplos:

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), *Human Rights in Counter-Terrorism Investigations. A Practical Manual for Law Enforcement Officers* (2013) (<https://www.osce.org/files/f/documents/5/f/108930.pdf>).

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Principles and Guidelines on Human and People's Rights while Countering Terrorism in Africa* (http://caert.org.dz/official-documents/human_rights.pdf).

Preguntas de autoevaluación

1. ¿Quiénes deben cumplir obligaciones en materia de derechos humanos?
2. Explique por qué algunos estudiosos del derecho internacional y algunos Gobiernos se oponen a la idea de aplicar las obligaciones en materia de derechos humanos a los terroristas.
3. Enumere cinco ejemplos de consecuencias de los actos terroristas para los derechos humanos.
4. ¿Obliga el derecho de los derechos humanos a los Estados a reprimir los actos terroristas? Responda en cinco oraciones.
5. ¿Tienen los Estados la obligación de resarcir a las víctimas de actos terroristas en virtud de las normas de derechos humanos?
6. Mencione cinco ejemplos de la manera en que los actos de terrorismo y las medidas antiterroristas repercuten en el derecho a la educación.
7. Explique la diferencia entre los conceptos de “restricción de los derechos humanos”, “suspensión o derogación de los derechos humanos” y “violación o vulneración de los derechos humanos”. Dé un ejemplo de cada uno de ellos.
8. Explique cómo interactúan el derecho de los derechos humanos y el DIH durante los conflictos armados en lo concerniente al derecho a la vida.
9. Analice al menos tres maneras en que resulta contraproducente vulnerar los derechos humanos en el curso de la lucha contra el terrorismo.



El derecho internacional de los refugiados, la migración y la lucha contra el terrorismo

Objetivos

Al finalizar el capítulo II, los lectores estarán en condiciones de:

- 1 Comprender las principales diferencias entre refugiados, solicitantes de asilo, apátridas, desplazados internos y migrantes.
- 2 Resumir el marco jurídico y político internacional relativo a la migración.
- 3 Analizar la definición de “refugiado” que figura en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.
- 4 Describir cómo la participación en actividades terroristas puede excluir o restringir el régimen de protección de los refugiados.
- 5 Explicar el principio de no devolución (incluidas las excepciones) de conformidad con el derecho de los refugiados y el derecho de los derechos humanos y el modo en que ese principio interactúa con las normas sobre extradición.
- 6 Enumerar las obligaciones previstas en el derecho internacional con respecto a la circulación transfronteriza de presuntos terroristas.
- 7 Definir las principales salvaguardias aplicables de conformidad con el derecho internacional a la llegada, recepción, traslado y detención de migrantes y refugiados.
- 8 Describir las principales salvaguardias jurídicas internacionales aplicables a los desplazados internos y los apátridas.

INTRODUCCIÓN

Tanto la violencia terrorista como la acción antiterrorista pueden obligar a las personas a abandonar su hogar a fin de sobrevivir y ponerse a salvo. Por otra parte, debido a las consecuencias devastadoras que tiene el terrorismo para la economía, las personas pueden decidir desplazarse en busca de mejores oportunidades. El hecho de tener que dejar su hogar las vuelve vulnerables al riesgo de que se atente contra sus derechos y crea la necesidad de establecer salvaguardias jurídicas especiales.

Algunos Estados han expresado su preocupación ante la posibilidad de que los grupos terroristas se aprovechen de esa vulnerabilidad para captar partidarios entre los migrantes, los desplazados internos y los refugiados. Además, se han mostrado preocupados de que los terroristas puedan aprovechar el desplazamiento de esas enormes corrientes a través de las fronteras para evitar que se descubran sus actividades transfronterizas. Los Estados que reciben flujos de refugiados y migrantes tienen derecho a reglamentar el acceso a su territorio, y también tienen interés en proteger a su población de los peligros que puedan plantear para la seguridad las personas que intentan ingresar al país.

Existen diferentes categorías de personas que se ven obligadas a abandonar su hogar o que deciden hacerlo (“movilidad humana”). Algunas de esas categorías, como las de los refugiados y los trabajadores migrantes, están definidas y reglamentadas por medio de determinadas normas de derecho internacional (además de las de derecho internacional general, incluido el derecho de los derechos humanos). Otras, como las de los migrantes en general y los desplazados internos, no están definidas jurídicamente y solo se abordan en el marco del derecho internacional general y de normas internacionales no vinculantes. Los grandes desplazamientos de personas pueden comprender “corrientes mixtas” de refugiados y migrantes, todos ellos titulares de “los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales”, aunque el trato que se les dispensa se rige por marcos jurídicos separados¹. Tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General han insistido en que todas las medidas antiterroristas se atengan a las normas de derecho internacional de los refugiados y de derechos humanos, entre ellas las relativas a los derechos de los migrantes.

El capítulo II comienza con un análisis de la relación entre el terrorismo, el antiterrorismo y la movilidad humana (parte A) y continúa con un examen de la política y la legislación internacionales relativas a la migración y los derechos de los trabajadores migrantes (parte B).

¹ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (2018) (resolución 71/1 de la Asamblea General, párr. 6).

En la parte C se analizan aspectos del derecho internacional de los refugiados que son pertinentes para la lucha antiterrorista: la definición jurídica de “refugiado”, concretamente en relación con las personas que corren el riesgo de ser víctimas de grupos terroristas; también se aborda cómo el derecho de los refugiados permite hacer frente con eficacia a problemas de seguridad exigiendo que las personas que hayan cometido una conducta grave de índole terrorista se vean excluidas del régimen de protección de los refugiados, así como la determinación de la condición de refugiado.

En la parte D se tratan cuestiones jurídicas concernientes a la llegada, recepción y traslado de migrantes y refugiados. Las partes D.1 a D.3 se refieren a medios para llevar a cabo una gestión de fronteras eficaz que abarque medidas de protección, especialmente en cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de lucha contra el terrorismo relativas a la movilidad (como las medidas para contrarrestar la circulación de combatientes terroristas extranjeros). En las partes D.4 y D.5 se examina el principio de no devolución, es decir, la prohibición de hacer regresar a una persona a un lugar en el que corra peligro de ser perseguida, como se establece en el derecho internacional de los refugiados (incluidas las excepciones por motivos de seguridad), o de poner a una persona en una situación en la que pueda sufrir otros graves perjuicios (como torturas), según lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, respectivamente. Ni el estatuto de refugiado ni la protección complementaria de los derechos humanos eximen a una persona de una acción penal, y en la parte D.6 se examina la interacción entre el derecho de los refugiados y los procesos de extradición. Al final de la parte D se hace referencia a las garantías procesales en los casos de expulsión (D.7) y la detención de solicitantes de asilo, refugiados y migrantes (D.8).

En las últimas partes del capítulo II se aclaran dos temas estrechamente relacionados con el derecho de los refugiados y con la migración que se ven afectados por el terrorismo y las medidas antiterroristas: los apátridas (parte E) y los desplazados internos (parte F).

SINOPSIS SOBRE LOS PRINCIPALES TÉRMINOS Y LOS MARCOS JURÍDICOS

Por “**refugiado**” se entiende “ [toda persona] [que, [...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad [o de su residencia habitual en el caso de una persona apátrida], y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”^a. Se aplican ciertas excepciones, por ejemplo, cuando se han cometido delitos graves.

- En 2019 había 26 millones de refugiados en todo el mundo^b.
- La situación de los refugiados se rige principalmente por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el derecho internacional de los derechos humanos y las normas regionales pertinentes. Además, existen numerosas normas de derecho no vinculante establecidas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), principal organismo internacional encargado de proteger a los refugiados y los solicitantes de asilo, que también debe ocuparse de aspectos relacionados con el desplazamiento interno, la migración y la apatridia.

Por **“solicitante de asilo”** se entiende toda persona que no se encuentra en su país de origen, que busca protección internacional y cuya solicitud de la condición de refugiado aún no se ha determinado.

- En 2019 había 4,2 millones de solicitantes de asilo en todo el mundo^c.
- La situación de los solicitantes de asilo se rige principalmente por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el derecho internacional de los derechos humanos.

Por **“migrante”** se entiende (a pesar de que el concepto no está definido en el derecho internacional) “toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”, definición en la que también están comprendidos los trabajadores migrantes. Esas personas pueden encontrarse en una situación “regular” (si están autorizados a entrar en el territorio de un Estado por la legislación nacional) o “irregular” o “indocumentada” (si no cuentan con esa autorización)^d. Pueden haberse visto obligados a desplazarse, aunque también es posible que lo hagan voluntariamente o debido a una combinación de factores (razones económicas, como los migrantes “económicos” que se desplazan para escapar de la pobreza o de la falta de oportunidades).

- En 2019 había más de 271 millones de migrantes viviendo fuera de su país de origen. Se considera que alrededor de un quinto de ellos (54 millones de personas) se encontraban en situación “irregular”^e.
- No hay ningún tratado que prevea de manera exhaustiva todas las clases de migración, si bien en algunos se abordan ciertos aspectos de ese fenómeno (como los trabajadores migrantes y el tráfico de migrantes). El derecho internacional de los derechos humanos es aplicable a todos los migrantes, tanto a los que se hallan en situación regular como en situación irregular. También hay normas de derecho no vinculante a las que se aspira, como el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018.

Por **“apátrida”** se entiende toda persona que “no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”^f.

- En 2019 había 4,2 millones de apátridas^g.
- Hay dos tratados internacionales que regulan especialmente la situación de los apátridas: la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y la Convención para Reducir los Casos de Apátridía (1961). Su situación también se rige por el derecho internacional de los derechos humanos y, en su caso, por el derecho internacional de los refugiados.

Por **“desplazados internos”** se entiende “las personas [...] que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”^h.

- En 2019 había 45,7 millones de desplazados internos en todo el mundoⁱ.
- No hay ningún tratado internacional que rija específicamente la situación de los desplazados internos, aunque existe una convención de la Unión Africana sobre el tema^j. Esas personas están sometidas al derecho interno y protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos y, en caso de conflicto armado, por el derecho internacional humanitario. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (1998) son normas de derecho no vinculante que particularizan la forma en que se aplican las normas de derecho internacional existentes en el contexto especial de los desplazados internos.

^a Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 1, párrafo A.2, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, núm. 2545.

^b Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), “Datos Básicos” (2019) (www.acnur.org/es/datos-basicos.html).

^c *Ibid.*

^d Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Glosario sobre Migración, Derecho internacional sobre migración núm. 34 (2019), págs. 132, 133, 135 y 136 (www.iom.int/glossary-migration-2019).

^e Portal de Datos Mundiales sobre la Migración, “Datos” (https://www.migrationdataportal.org/es/data?i=stock_abs_&t=2020).

^f Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, artículo 1, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 360, núm. 5158.

^g ACNUR, *Tendencias globales: desplazamiento forzado en 2019*, pág. 56 (www.unhcr.org/globaltrends2019).

^h Naciones Unidas, Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA), Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (1998), párr. 2 (www.internal-displacement.org/internal-displacement/guiding-principles-on-internal-displacement).

ⁱ ACNUR, “Datos Básicos” (2019) (www.acnur.org/es/datos-basicos.html).

^j Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala, 2009).

A. La relación entre el terrorismo, la lucha contra el terrorismo y la movilidad humana

El terrorismo y la lucha contra el terrorismo guardan relación con los desplazamientos de varias maneras. **En primer lugar, la violencia terrorista ha provocado el desplazamiento de enormes corrientes de personas que intentan ponerse a salvo** atravesando las fronteras, y el desplazamiento interno en masa, ya sea de resultas de los ataques directos perpetrados contra la población civil, los efectos colaterales de un conflicto armado entre Gobiernos y grupos terroristas organizados o los operativos antiterroristas, o bien de la incapacidad de atender a las necesidades humanitarias básicas en las zonas de conflicto. En esas situaciones, los refugiados, los migrantes y los apátridas que viven en otros países o transitan por ellos (junto con migrantes) pueden verse atrapados por casualidad en la violencia terrorista y, en consecuencia, volver a ser victimizados.

En segundo lugar, hay numerosas medidas antiterroristas que repercuten en los refugiados, los solicitantes de asilo y los migrantes. Esas medidas pueden consistir en unos controles de fronteras más restrictivos (jurídicos y físicos) y la interceptación en el mar (incluidas devoluciones en caliente peligrosas); la detención cada vez mayor de personas que cruzan las fronteras de forma irregular; la devolución ilegal de refugiados a lugares donde pueden ser perseguidos; la mayor divulgación de información personal por parte de las autoridades; unos

procedimientos acelerados, con menos salvaguardias, para devolver a las personas a su país de origen por motivos de seguridad, incluso a situaciones humanitarias y de seguridad inestables, y un menor compromiso con respecto al reasentamiento de los refugiados. Las medidas de seguridad adoptadas a nivel nacional también pueden repercutir en los derechos humanos de los desplazados internos (véase la parte F) y de los apátridas (parte E).

En ese sentido, el ACNUR hace hincapié en que “los refugiados huyen de la persecución y de la violencia, incluso de actos terroristas”². Ha expresado su preocupación por que los solicitantes de asilo puedan ser víctimas del prejuicio público y de las medidas administrativas o legislativas excesivamente restrictivas y por que las normas de protección de los refugiados puedan verse socavadas por la angustia que infunde el terrorismo³. Esas medidas pueden ser contraproducentes porque obligan a las personas a desplazarse de forma aún más irregular y peligrosa, exponiéndose a peligros como los delitos de tráfico de migrantes y de trata de personas⁴, en tanto que la creación de vías seguras y regulares para que se puedan desplazar (por ejemplo, fortaleciendo la cooperación internacional para compartir responsabilidades con respecto a los refugiados) puede fortalecer la seguridad de los propios países de destino⁵.

En tercer lugar, las personas desplazadas o los migrantes pueden participar en actos u organizaciones terroristas, por ejemplo, cuando las causas del desplazamiento forzoso o de la migración económica, o las duras experiencias vividas en el extranjero, propician el extremismo violento o el terrorismo. Sin embargo, el número de personas que lo hacen es muy escaso en comparación con el número total de desplazados y migrantes a nivel mundial. Como se indica a lo largo del capítulo II, tanto el derecho internacional de los refugiados como el derecho internacional de los derechos humanos permiten a los Estados contrarrestar efectivamente los riesgos que plantean esas personas en materia de seguridad y delincuencia, especialmente estableciendo controles eficaces de fronteras respetuosos de los derechos humanos. Además, si se presta apoyo adecuado a los refugiados en la comunidad, se logrará prevenir la exclusión y la marginación que podrían desembocar en un sentimiento de impotencia, en la alienación y, en casos extremos, en la radicalización⁶.

ACTIVIDAD

- 1. *¿Ha provocado el terrorismo (dentro del territorio o en el extranjero) el desplazamiento forzado de personas de su hogar o la migración (voluntaria) en su país?*
- 2. *¿Han tenido las medidas antiterroristas adoptadas en su país repercusiones perjudiciales en las personas desplazadas por la fuerza de su hogar o en los migrantes (voluntarios)?*

² ACNUR, *Cómo abordar el tema de seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados: La perspectiva del ACNUR (Rev. 2)*, Ginebra, 2015, párr. 7 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=56bae3bb4>).

³ *Ibid.*, párr. 6.

⁴ Reunión informativa abierta a cargo de Volker Türk, Alto Comisionado Auxiliar para la Protección, Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad, Nueva York, 5 de abril de 2017 (www.un.org/sc/ctc/news/document/united-nations-security-council-counter-terrorism-committee-new-york-5-april-2017-open-briefing-volker-turk-assistant-high-commissioner-protection-unhcr/).

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

B. Los migrantes

No hay ningún tratado que prevea de manera exhaustiva todas las formas de migración, aunque en algunos se abordan ciertos aspectos de ese fenómeno, como el de los trabajadores migrantes (en situación regular e irregular) y el del tráfico de migrantes. En virtud del derecho internacional, los Estados gozan de amplias facultades discrecionales para establecer los motivos por los cuales podrán admitir —o rechazar— a las personas que no sean sus nacionales⁷.

Sin embargo, en los controles migratorios nacionales se deben seguir cumpliendo las demás obligaciones internacionales del Estado, analizadas en el presente capítulo. Entre ellas cabe destacar los controles relativos a la protección de los refugiados y el principio de no devolución de la persona a un lugar donde pueda ser perseguida o donde sus derechos humanos puedan verse gravemente vulnerados; el respeto de las garantías procesales al decretar la expulsión; salvaguardias contra y durante la detención, y la protección de los grupos vulnerables (como los niños y niñas, las víctimas de la trata y los trabajadores migrantes).

Más allá de las obligaciones jurídicas mínimas, en los recientes acuerdos de política internacional, como la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016 y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018, se procura fortalecer la “gobernanza mundial” de todas las formas de migración⁸, entre otras cosas:

- atacando las fuerzas motrices de la migración y los factores estructurales que le dan origen (desde la pobreza hasta los conflictos, pasando por el cambio climático)⁹;
- protegiendo la seguridad, la dignidad y los derechos humanos de los migrantes¹⁰;
- facilitando oportunidades para la migración segura, ordenada y regular, entre ellas, la creación de empleo, la movilidad laboral, la migración circular y la reunificación familiar, así como las oportunidades relacionadas con la educación¹¹;
- fomentando la cooperación para el regreso de los migrantes irregulares¹².

Los trabajadores migrantes

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990¹³ se refiere a los derechos humanos de esas personas. Cuenta con 55 Estados partes, la mayoría de los cuales son países de origen de migrantes, y no países de destino, en los que sus derechos se pueden ver más amenazados. La Convención no coarta la libertad de los Estados para decidir quién puede ser admitido y en qué condiciones, con lo cual preserva sus prerrogativas en materia de política de inmigración y seguridad nacional.

⁷ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (2016), párr. 42, y Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018) (A/CONF.231/3, anexo, párr. 15).

⁸ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párr. 49.

⁹ *Ibid.*, párr. 43, y Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, párrs. 12 y 18.

¹⁰ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párr. 41.

¹¹ *Ibid.*, párr. 57, y Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, párr. 21.

¹² Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párr. 58.

¹³ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, núm. 39481.

La Convención es aplicable tanto a los migrantes que se encuentran en situación regular, o documentados, como a los que están en situación irregular, o indocumentados¹⁴. Existe una amplia variedad de salvaguardias de los derechos humanos fundamentales de ambas categorías (entre ellos los derechos civiles y políticos, los derechos laborales y demás derechos socioeconómicos y la libertad de salir de cualquier Estado¹⁵ y de regresar al propio). En la Convención se afirma expresamente que el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes indocumentados o en situación irregular no entraña la regularización de su situación en materia migratoria (artículo 35). Los trabajadores migrantes documentados o en situación regular gozan de más derechos laborales y sociales y en materia de seguridad e inmigración (artículos 36 a 56). Los Estados también convienen en cooperar para promover condiciones equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares (artículos 64 a 71).

En lo que atañe al sistema de justicia penal, todos los trabajadores migrantes (ya sea en calidad de víctimas o de autores de delitos) tienen los siguientes derechos:

- protección por ley (artículo 9), igualdad ante la ley (artículo 18), reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 24) y derecho a un juicio imparcial (artículos 18 y 19);
- protección efectiva del Estado contra la violencia ejercida por funcionarios públicos o agentes privados (artículo 16, párrafo 2); protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 10), y derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre ni trabajos forzosos u obligatorios (artículo 11);
- protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones (artículo 14);
- la comprobación de la identidad de los trabajadores migrantes o de sus familiares por los funcionarios de las fuerzas del orden se realizará con arreglo a los procedimientos establecidos por ley (artículo 16, párrafo 3); toda confiscación o destrucción de documentos de identidad o de migración deberá estar autorizada por ley y quedar registrada, y los pasaportes nunca deberán ser destruidos (artículo 21);
- derecho a la libertad y la seguridad personales (artículo 16, párrafo 1), la revisión judicial de la detención (artículo 16, párrafos 6 y 8), la asistencia consular en caso de detención (artículo 16, párrafo 7) y trato humano en caso de detención (artículo 17);
- derecho de los trabajadores migrantes que sean detenidos por transgredir disposiciones relativas a la migración a permanecer separados de las personas condenadas o de las que estén detenidas en espera de juicio (artículo 17, párrafo 3);
- derecho a no ser objeto de medidas de expulsión colectiva (artículo 22); las decisiones de expulsión deben ser tomadas, caso por caso, por una autoridad competente, conforme a la ley y garantizando el debido proceso. En caso de expulsión, también se debe informar a la persona de su derecho a recibir protección y asistencia consular o diplomática y se debe facilitar el ejercicio de ese derecho (artículo 23).

¹⁴ *Ibid.*, los conceptos de migrantes documentados e indocumentados o en situación irregular se definen en el artículo 5 de la Convención.

¹⁵ A reserva, únicamente, de las restricciones previstas por ley y que sean necesarias, por ejemplo, para proteger la "seguridad nacional" o el "orden público" (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, artículo 8, párrafo 1).

Por otra parte, en relación con los trabajadores migrantes que se encuentran en situación irregular, los Estados también deben colaborar para impedir y eliminar sus movimientos y empleo ilegales o clandestinos, especialmente imponiendo sanciones a quienes organicen o dirijan esos movimientos, o presten asistencia a esos efectos, y a quienes hagan uso de la violencia, amenazas o intimidación contra esas personas, así como a quienes contraten a migrantes en situación irregular (artículo 68). Además, los Estados deberán considerar la posibilidad de regularizar la situación de los trabajadores migrantes que están en situación irregular y esforzarse por garantizar que esa situación no persista (artículo 69).

➤ **REMISIÓN** En el capítulo V del presente módulo se examina el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

C. Los refugiados

Como han afirmado en repetidas ocasiones tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General, las medidas de lucha contra el terrorismo, entre ellas la restricción de la circulación de los refugiados, deben atenerse a las normas de derecho internacional, que comprende el derecho de los derechos humanos y el derecho de los refugiados. El derecho a “buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” está consagrado en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, que amplía el alcance geográfico y temporal de la Convención, constituyen el núcleo del marco jurídico de protección de los refugiados, que se complementa con tratados y declaraciones regionales sobre los derechos de estos¹⁶. Los principios fundamentales de la protección internacional de los refugiados también forman parte del derecho internacional consuetudinario.

En primer lugar, el derecho internacional de los refugiados garantiza que las personas que necesiten protección internacional en calidad de refugiados no puedan ser obligadas a regresar a un lugar donde serán víctimas de persecución (esto se analiza más adelante, en la parte D.2), y que aquellos que busquen protección internacional tengan acceso a procedimientos justos y eficientes para atender a sus solicitudes de asilo. Por otro lado, el Estado en que se encuentren los refugiados debe garantizarles una amplia variedad de derechos fundamentales con arreglo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (principalmente sus artículos 3, 4 y 12 a 30). El Estado de acogida proporciona así protección internacional a los extranjeros cuyos Estados de origen no pueden o no quieren ampararlos.

¹⁶ Véanse Organización de la Unidad Africana (OUA), Convención por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (1969) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1001, núm. 1469), y Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984), de carácter no vinculante.

1. Definición de refugiado

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, ARTÍCULO 1 A.2

Por “refugiado” se entiende toda persona que:

“... debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.”

De la definición anterior se desprende que los tres elementos fundamentales de la condición de refugiado son que la persona:

- se encuentre fuera del país de su nacionalidad o, en caso de ser apátrida, de su país de residencia habitual;
- tenga un temor fundado de ser perseguida (en el país de su nacionalidad) por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas;
- no pueda o no quiera volver a su país porque allí estaría en peligro, y porque su país de origen le niega protección o no puede proporcionársela, ya sea debido a un conflicto, a una situación de inseguridad o a las amenazas de agentes no estatales.

Estos elementos a veces se consideran criterios de “inclusión” de la definición de refugiado. Además, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados contiene varios motivos de “exclusión” que descalifican a las personas para ser consideradas refugiados o refugiadas (véase más adelante la parte 2), aun cuando reúnan los requisitos establecidos en las cláusulas de inclusión. Por ejemplo, es posible que quienes hayan participado en delitos de terrorismo no sean considerados refugiados porque, como su temor es “a ser procesados legítimamente, y no a ser perseguidos”, no cumplen los criterios de inclusión¹⁷. A pesar de que se cumplan los criterios de inclusión, pueden aplicarse las cláusulas de exclusión para denegar el estatuto de refugiado.

a) Temores fundados de persecución

El concepto de “persecución” no está definido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, pero implícitamente abarca toda amenaza a la vida o la libertad, o toda otra grave vulneración de los derechos humanos, que obedezca a uno o más de los cinco motivos enumerados¹⁸. La persecución también puede estar relacionada con el género, como en los casos de violación y violencia

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra (reedición de 2019), párr. 51 (<https://www.refworld.org/es/docid/5d9e13214.html>).

sexual, trata de personas, matrimonio, aborto o esterilización forzados y castigos basados en el género por transgredir costumbres sociales o preceptos religiosos¹⁹.

El “temor a ser perseguido” guarda relación con un estado de ánimo subjetivo y debe ser razonable o estar justificado, teniendo en cuenta los antecedentes, la identidad, la experiencia y las creencias de la persona²⁰.

Se considera que el temor de una persona es “fundado” si está respaldado por razones de peso o por circunstancias objetivas²¹. El hecho de contar con información independiente sobre las condiciones imperantes en el país de origen de la persona puede ayudar a comprobar si su temor es fundado. El temor de la persona guarda relación con el riesgo de una futura persecución. El ACNUR sugiere que para que ese temor se considere “fundado”, el riesgo debe establecerse razonablemente²².

b) Agentes de persecución y perjuicios causados por agentes no estatales

La persecución suele ser el resultado de la actuación de las autoridades públicas, ya que los Estados normalmente controlan su propio territorio y a su población y están en condiciones de proteger o de damnificar a las personas.

Hay agentes no gubernamentales que pueden infligir daños intolerables que obliguen a las personas a desplazarse para resguardarse del peligro, entre ellos:

- grupos armados no estatales, entre otros, autoridades *de facto* que controlen parte del territorio nacional y de la población, fuerzas irregulares o rebeldes, organizaciones guerrilleras, paramilitares progubernamentales o grupos terroristas²³;
- sectores de la población que agredan a otros sectores, por ejemplo, en situaciones en las que reine la violencia sectaria o comunitaria (como la violencia basada en tensiones religiosas o étnicas)²⁴;
- particulares que cometan violencia doméstica o discriminación grave basada en la orientación sexual, especialmente en los casos en que el Estado no brinde protección por razones relacionadas con uno o más de los motivos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y en que impere la impunidad²⁵.

En las situaciones mencionadas, la conducta de los agentes no estatales solo equivale a persecución si es condonada o tolerada por las autoridades públicas, o si el Estado no puede (debido

¹⁹ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, 2002, párrs. 9 y 13 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4714a7152>); véase también Andreas Zimmerman (comp.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Oxford Commentaries on International Law), págs. 413 y 414.

²⁰ ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra (reedición de 2019), párrs. 37 y 41 (<https://www.refworld.org/es/docid/5d9e13214.html>).

²¹ *Ibid.*, párr. 38.

²² *Ibid.*, párr. 42.

²³ Véase ACNUR, “Agentes de Persecución: Posición del ACNUR”, marzo de 1995, párrs. 4 y 5 (categoría también denominada “población local” o “importantes sectores de la población”); véase también ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* (reedición de 2019), párr. 65.

²⁴ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* (reedición de 2019), párr. 65.

²⁵ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 (2002) (HCR/GIP/02/01, párr. 15).

a una situación de inseguridad imperante o a la falta de capacidad) o no está dispuesto a ofrecer protección efectiva²⁶.

c) Motivos de persecución

El temor fundado de la persona a ser perseguida debe estar basado en uno o más de los cinco motivos enumerados en la Convención. Estos pueden superponerse, pero no tienen por qué ser la única razón por la que las personas abandonan su país de origen²⁷. Cada uno de ellos puede representar un factor que contribuya al temor que sienta la persona, pero no tiene por qué ser la única causa, ni siquiera la predominante.

ANÁLISIS LOS CINCO MOTIVOS DE PERSECUCIÓN SEGÚN LA CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951

Raza: la “raza” se hace extensiva a “todos los grupos étnicos habitualmente denominados ‘razas’”, así como a grupos sociales de ascendencia^a o de identidad cultural, lingüística e histórica comunes^b.

Religión: la “religión” está vinculada a las principales religiones del mundo, así como a las creencias más nuevas o menos conocidas^c, lo que abarca la religión como creencia (y la falta de creencia o ateísmo), como identidad y como forma de vida^d.

Nacionalidad: la “nacionalidad” no está limitada a la ciudadanía legal formal, sino que puede abarcar la pertenencia a una “nación” política basada en lazos étnicos, culturales, lingüísticos o históricos comunes (en la mayoría de los casos se trata de un grupo minoritario)^e.

Pertenencia a determinado grupo social: si bien este motivo no está definido y es ambiguo, en la práctica se ha aplicado para proteger a personas de orígenes, hábitos o situación social o económica similares^f. El ACNUR lo interpreta así:

“... un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”^g.

Algunos ejemplos son determinadas clases, condiciones o castas sociales (como los “intocables” o *dalits*), las mujeres que corren riesgo de sufrir violencia de género y las personas de determinada orientación sexual (como es el caso de las personas lesbianas, gais, bisexuales o transgénero)^h.

Opiniones políticas: el motivo de las “opiniones políticas” está vinculado a puntos de vista relacionados con el Estado, el Gobierno, los asuntos públicos o la políticaⁱ. La persecución puede existir cuando las opiniones políticas reales o supuestas de una persona no son toleradas por las autoridades^j, o no lo serían si se descubrieran. Los actos de la persona también pueden indicar cuáles son sus opiniones políticas (por ejemplo, si rechaza el servicio militar o se afilia a un sindicato)^k.

^a ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios* (reedición de 2019), párrs. 68 a 70.

^b Andreas Zimmermann (comp.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Oxford Commentaries on International Law), pág. 376.

²⁶ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios* (reedición de 2019), párr. 65; véase también ACNUR, “Agentes de Persecución” (1995), párr. 4.

²⁷ *Ibid.*, párrs. 372 y 373.

^c *Ibid.*, pág. 380.

^d ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, Solicitudes de asilo por motivos religiosos en virtud del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (HCR/GIP/04/06, párr. 5) (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=487e10e62>).

^e ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios* (reedición de 2019), párrs. 74 a 76; véase también Andreas Zimmermann (comp.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, pág. 388.

^f ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios* (reedición de 2019), párrs. 77 a 79.

^g ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 (HCR/GIP/02/02, párr. 11).

^h Andreas Zimmermann (comp.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, págs. 396 a 398 y 417 a 430; véase también la Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, 21 de noviembre de 2008 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=49b689382>).

ⁱ Andreas Zimmermann (comp.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Oxford Commentaries on International Law), págs. 398 y 399.

^j ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios* (reedición de 2019), párrs. 80 a 86.

^k Andreas Zimmermann (comp.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Oxford Commentaries on International Law), pág. 402.

d) Otros riesgos que no se relacionan con la protección del estatuto de refugiado

Habida cuenta de que, según los motivos anteriores, el refugiado debe tener que verse en peligro de ser perseguido, hay otras amenazas que pueden no dar lugar a que se reconozca la condición de refugiado. Estas podrían ser las catástrofes naturales o las causadas por el ser humano²⁸, como las inundaciones, la hambruna, los efectos del cambio climático o los efectos generalizados de los conflictos armados u otras situaciones de violencia o inseguridad. Los refugiados también se distinguen de los migrantes económicos²⁹, que se desplazan en busca de empleo, mejor nivel de vida u oportunidades económicas. No obstante, una persona puede integrar la categoría de refugiado cuando cualquiera de esos riesgos también entrañe persecución por alguno de los motivos establecidos en la Convención, por ejemplo, si determinado grupo es objeto de discriminación cuando un Estado le niega socorro humanitario durante una catástrofe³⁰.

No suele considerarse refugiados a los prófugos de la justicia: el estatuto de refugiado protege a las personas contra la persecución, pero no contra el enjuiciamiento legítimo. Sin embargo, la vulneración de los derechos humanos en la administración de justicia puede entrañar persecución, como en los casos en que personas a título individual o integrantes de determinados grupos son objeto de enjuiciamiento discriminatorio, juicios celebrados sin las debidas garantías o penas excesivas³¹.

²⁸ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios* (reedición de 2019), párr. 39.

²⁹ *Ibid.*, párrs. 62 a 64.

³⁰ En lo que respecta a la condición de refugiado en el contexto de los efectos del cambio climático, véase ACNUR, *Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters* (Consideraciones jurídicas relativas a las solicitudes de protección internacional presentadas en el contexto de los efectos adversos del cambio climático y las catástrofes), octubre de 2020.

³¹ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios* (reedición de 2019), párr. 57.

2. Exclusión del régimen de protección de los refugiados

La exclusión del régimen de protección internacional de los refugiados significa denegar el estatuto de refugiado a personas que, de otro modo, cumplirían los criterios de inclusión de la definición correspondiente (examinados antes), pero que no pueden ser protegidas con arreglo a la Convención por determinados motivos³².

En cuanto al terrorismo, los motivos de exclusión más pertinentes figuran en el artículo 1 F de la Convención (que se examina más adelante), en que se considera que no son merecedoras de protección internacional las personas respecto de las cuales existan motivos fundados para considerar que han cometido: *a)* un delito internacional, *b)* un grave delito común o *c)* actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Una persona excluida del estatuto de refugiado puede seguir estando amparada en virtud del derecho internacional de los derechos humanos para no verse obligada a regresar a un país en el que sus derechos humanos puedan resultar gravemente menoscabados (véase la parte D.6).

a) Exclusión de personas involucradas en actividades terroristas

Hace tiempo que la comunidad internacional se viene preocupando por evitar que los terroristas hagan uso indebido del estatuto de refugiado para eludir su responsabilidad por los delitos internacionales u otros delitos graves. En la Declaración sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, aprobada por la Asamblea General en 1994, se instó a los Estados a: *a)* abstenerse de conceder asilo a los terroristas y *b)* impedir que el estatuto de refugiado fuera utilizado indebidamente por personas que participaran en actividades terroristas³³. En otra declaración aprobada por la Asamblea General en 1996 se establecía que los Estados debían tener en cuenta si un solicitante de asilo era objeto de una investigación o había sido acusado o condenado en relación con “delitos que tienen que ver con el terrorismo”³⁴.

En su resolución 1269 (1999), el Consejo de Seguridad hizo un llamamiento a los Estados para que denegaran refugio a quienes planificaran, financiaran o cometieran actos terroristas (deteniendo y procesando o extraditando a esas personas) y que se abstuvieran de conceder el estatuto de refugiado a terroristas³⁵. Asimismo, el Consejo, en su resolución 1373 (2001), también exhortó a los Estados a impedir que se concediera el estatuto de refugiado a quienes planificaran o facilitaran actos de terrorismo o participasen en ellos, y a velar por que “no sea utilizado de modo ilegítimo por autores, organizadores o patrocinadores de actos de terrorismo, y por que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa para denegar las solicitudes de extradición de presuntos terroristas”³⁶.

³² Véase la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 1 D.1 (porque ya están protegidas por un organismo de las Naciones Unidas, además del ACNUR), artículo 1 E (porque reciben protección equivalente a la posesión de la nacionalidad de otro Estado) y artículo 1 F (analizado en esta parte).

³³ Resolución 49/60 de la Asamblea General, anexo, Declaración sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, párr. 5 f); véase también la resolución 51/210 de la Asamblea General, anexo, Declaración complementaria de la Declaración de 1994 sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, párr. 3.

³⁴ Resolución 51/210 de la Asamblea General, anexo, Declaración Complementaria de la Declaración de 1994 sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, párr. 3.

³⁵ Resolución 1269 (1999) del Consejo de Seguridad, párr. 4.

³⁶ Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, párr. 3 f) y g); véase, igualmente, la resolución 1377 (2001) del Consejo de Seguridad, anexo, en la cual el Consejo también subrayó la obligación de los Estados de negar cobijo a terroristas.

Al formular estas recomendaciones, tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General también afirmaron que los Estados debían cumplir las obligaciones que les incumbían en virtud del derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos.

Los tratados internacionales contra el terrorismo no exigen expresamente a los Estados que no reconozcan la condición de refugiado a las personas que cometan delitos previstos en esos instrumentos. Algunos de esos tratados, como el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997 y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, excluyen esos delitos de la excepción por delito político prevista en la legislación nacional sobre extradición³⁷, pero no se pronuncian sobre la condición de refugiado³⁸.

El terrorismo no figura como motivo de exclusión independiente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y no existe ningún fundamento jurídico para excluir automáticamente a una persona sospechosa de terrorismo. Por el contrario, solo se debe separar a esas personas del régimen de protección de los refugiados si su conducta conlleva uno o más de los tres motivos de exclusión previstos en el artículo 1 F de la Convención, que se examinan a continuación.

b) Artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: motivos de exclusión relacionados con delitos graves o amenazas para la seguridad

ANÁLISIS CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, ARTÍCULO 1 F

Se establece que las disposiciones de la Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que:

- a) ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, tal y como se definen en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

El ACNUR observó que “los actos comúnmente considerados como tales [de terrorismo] probablemente encajarían dentro de las cláusulas de exclusión. No obstante, el artículo 1 F no puede considerarse simplemente como un pronunciamiento antiterrorista”³⁹. La exclusión debe

³⁷ Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, artículo 11, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2149, núm. 37517; véase también el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, artículo 14 (resolución 54/109 de la Asamblea General).

³⁸ En el artículo 7 del proyecto de convención general de las Naciones Unidas sobre el terrorismo internacional (A/C.6/55/1) se propone que se exija a los Estados cerciorarse de que no se conceda asilo “a una persona respecto de la cual existan motivos razonables para creer que ha estado involucrada en” un delito de terrorismo.

³⁹ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1 F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (HCR/GIP/03/05, párr. 25) (<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2554.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2554>).

basarse en la responsabilidad individual y determinarse caso por caso, según los criterios del artículo 1 F, y no por exclusión automática.

Habida cuenta de las consecuencias potencialmente graves de ser excluido del estatuto de refugiado, el ACNUR ha advertido del riesgo de interpretar las cláusulas de exclusión en un sentido demasiado amplio y ha subrayado que deben aplicarse de manera restrictiva⁴⁰. En ese mismo sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo expresó su preocupación por las definiciones demasiado latas del concepto de “acto terrorista”:

“Al no existir una definición universalmente reconocida de acto terrorista, algunos Estados han incluido en su legislación contra el terrorismo una amplia variedad de actos que, por su gravedad, propósito u objetivo, no alcanzan el umbral necesario para ser considerados objetivamente actos terroristas ni para excluir la condición de refugiado. En muchos casos se han usado estas definiciones latas para reprimir actividades legítimas que quedan comprendidas en el ámbito de la libertad de opinión, expresión o asociación...”⁴¹

Criterio probatorio

El criterio para excluir a una persona del estatuto de refugiado en virtud del artículo 1 F es que existan “motivos fundados para considerar” que ha “cometido” o se ha hecho “culpable” de la conducta que da lugar a la exclusión. Esto podría cumplirse si la persona ya ha sido condenada por un tribunal tras haber sido juzgada de manera imparcial. Sin embargo, para aplicar el artículo 1 F no se necesita una condena, un juicio ni pruebas que cumplan el criterio probatorio penal (“fuera de toda duda razonable”).

El criterio es, no obstante, más estricto que el de la “sospecha razonable” o, incluso, que el de “balance de probabilidades”⁴². Se necesitan pruebas claras y fidedignas para que exista una sospecha fundada de que la persona ha “cometido” la conducta que da lugar a la exclusión o ha sido culpable de ella⁴³, lo que exige determinar que ha incurrido en responsabilidad individual, ya sea en calidad de autor de actos previstos en el artículo 1 F o de participante en actos de esa índole realizados por un tercero⁴⁴. Como se examina más adelante, la mera pertenencia a un grupo implicado en delitos que dan lugar a la exclusión no es suficiente para descartar automáticamente a ninguna persona.

En el caso de los menores, las cláusulas de exclusión solo son aplicables si estos han cumplido la edad mínima de responsabilidad penal con arreglo a la legislación nacional⁴⁵. Aun así, o en los casos en que no se haya establecido una edad mínima, deben aplicarse con cautela, teniendo en cuenta la madurez y la capacidad mental del niño o la niña. También es importante determinar si

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 2.

⁴¹ Informe del Relator Especial (Martin Scheinin) sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/62/263), párr. 66).

⁴² ACNUR, Cómo abordar el tema de seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados: La perspectiva del ACNUR (Rev. 2), párr. 23; véase también Andreas Zimmerman (comp.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Oxford Commentaries on International Law), págs. 592 y 593.

⁴³ Andreas Zimmerman (comp.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Oxford Commentaries on International Law), pág. 593.

⁴⁴ ACNUR, Cómo abordar el tema de seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados: La perspectiva del ACNUR (Rev. 2), párr. 23.

⁴⁵ ACNUR, Documento de antecedentes sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1 F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, septiembre de 2003, párrs. 91 y 92.

fueron coaccionados para participar en un delito, si estaban intoxicados involuntariamente o traumatizados, o si tenían un nivel de educación muy bajo.

Artículo 1 F, párrafo a): delitos internacionales

Según el artículo 1 F, párrafo a), la exclusión es necesaria cuando existan motivos fundados para considerar que la persona ha cometido un delito contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad⁴⁶, o que ha estado implicada de alguna manera en un delito de esa índole llevado a cabo por un tercero. Algunos actos terroristas pueden constituir delitos internacionales si entrañan elementos de esos delitos (véase el capítulo VI del presente módulo).

Los delitos previstos en los tratados internacionales contra el terrorismo no son motivo de exclusión por sí mismos, a menos que la conducta sea calificada por separado de crimen de guerra o crimen de lesa humanidad.

ESTUDIO MONOGRÁFICO *(JS (SRI LANKA)) V. SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT* [2011] 1 AC 184^a

En esta causa, el Tribunal Supremo del Reino Unido concluyó que la mera pertenencia a los Tigres de Liberación del Ílam Tamil (TLIT) y a su división de inteligencia no bastaba para establecer motivos fundados a fin de considerar que la persona había cometido un crimen de guerra. El Tribunal sostuvo que “es preciso [...] concentrarse en el verdadero papel desempeñado por las personas en particular, teniendo en cuenta todos los aspectos esenciales de su actuación, para decidir si puede establecerse el grado de participación exigido”. El Tribunal hizo una lista no exhaustiva de los factores pertinentes que habían de tenerse en cuenta para realizar esa evaluación:

- a) la naturaleza y (potencialmente de cierta importancia) el tamaño de la organización y, en particular, la parte de esta con la que el propio solicitante de asilo estaba relacionado más directamente;
- b) si la organización fue proscrita y, en caso afirmativo, por quién;
- c) cómo llegó el solicitante de asilo a ser captado;
- d) el tiempo que permaneció en la organización y las oportunidades de abandonarla que pudiera haber tenido;
- e) su puesto, rango, posición e influencia en ella;
- f) su conocimiento de las actividades de la organización en relación con los crímenes de guerra;
- g) su propia implicación personal y su papel en la organización, especialmente su participación en los crímenes de guerra cometidos.

^a *R (on the application JS (Sri Lanka)) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] 1 AC 184 (<https://app.justis.com/case/r-js-sri-lanka-v-secretary-of-state-for-the-home-department/overview/c5ejn5mdn0Wca>); véase también *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)* [2013] (<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13184/index.do>), en que se cita la resolución 678 (1990) del Consejo de Seguridad (la complicidad en un delito internacional entraña una contribución voluntaria, considerable y consciente al delito o al propósito delictivo de una organización, lo que excluye la complicidad por asociación o por aquiescencia pasiva basada en el rango).

⁴⁶ Véase ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1 F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (HCR/GIP/03/05, párrs. 10 a 13); véase también Jelena Pejić, “Article 1 F (a): The Notion of International Crimes”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 11.

Artículo 1 F, párrafo b): delitos comunes graves

Según el artículo 1 F, párrafo b), no se reconocerá la condición de refugiado a una persona si existen “motivos fundados” para considerar que “ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada”⁴⁷.

No se define lo que es un “delito grave” ni un “delito común”, y en la práctica los Estados aplican diversos criterios⁴⁸. Debido a esta vaguedad, sumada al propósito humanitario del estatuto de refugiado, el ACNUR observa que este motivo de exclusión debería aplicarse con cautela⁴⁹, teniendo en cuenta si en la mayoría de las jurisdicciones el acto se consideraría un delito grave (como el asesinato, la violación o el robo a mano armada)⁵⁰.

La mayoría de los actos terroristas de violencia constituyen graves delitos comunes porque son desproporcionados, atroces e incompatibles con los derechos humanos⁵¹. Otro factor importante, si bien no decisivo, es si en los tratados internacionales contra el terrorismo el delito es considerado común a efectos de la extradición⁵² (por ejemplo, en el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas). Sin embargo, los delincentes no están expresamente excluidos del estatuto de refugiado en virtud de los tratados.

El ACNUR ha advertido de que los actos terroristas no son automáticamente motivo de exclusión con arreglo al artículo 1 F, párrafo b), sino solo cuando el acto constituye un “grave delito común” en las circunstancias del caso⁵³. Aunque la persona figure en una lista nacional o internacional de sospechosos de terrorismo o de colaboradores con el terrorismo, sigue siendo necesario hacer una evaluación de la conducta individual de la persona⁵⁴.

Cabe distinguir entre los actos terroristas excluyentes y los ataques militares de grupos armados no estatales contra objetivos militares durante un conflicto armado que no sea de índole internacional. Esa conducta ya está regulada por el derecho internacional humanitario (DIH).

Artículo 1 F, párrafo c): actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas

Según el artículo 1 F, párrafo c), no se puede reconocer la condición de refugiado a una persona si existen “motivos fundados” para considerar que ha sido “culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”⁵⁵. En los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas se enuncian los propósitos y principios de las Naciones Unidas, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar las relaciones de amistad y la cooperación entre las naciones y hacer que los Estados se abstengan de recurrir al uso de la fuerza.

⁴⁷ Véase Kälin, W., y Künzli, J., “Article 1 F b): Freedom Fighters, Terrorists and the Notion of Serious Political Crimes”, *International Journal of Refugee Law*, vol.12, Issue suppl. 1, 12 de julio de 2000.

⁴⁸ ACNUR, Documento de antecedentes sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión, párr. 41.

⁴⁹ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios* (reedición de 2019), párr. 179.

⁵⁰ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional* (HCR/GIP/03/05, párr. 14).

⁵¹ *Ibid.*, párrs. 15 y 26, y Documento de antecedentes del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión, párr. 81.

⁵² ACNUR, *Directrices sobre protección internacional* (HCR/GIP/03/05, párr. 15); véase también el Documento de antecedentes del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión, párr. 81.

⁵³ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional* (HCR/GIP/03/05, párr. 26) y Documento de antecedentes sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión, párr. 81.

⁵⁴ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional* (HCR/GIP/03/05, párr. 26).

⁵⁵ Véase Kwakwa, E., “Article 1 F(c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, Issue suppl. 1, 12 de julio de 2000.

Habida cuenta de la amplitud de estos objetivos, el ACNUR ha observado que el artículo 1 F, párrafo c), “solo se aplica en circunstancias extremas ante actividades [internacionales] que ataquen los cimientos mismos de la coexistencia de la comunidad internacional”⁵⁶. En consecuencia, el apartado c) debe interpretarse en un sentido estricto, en particular porque los apartados a) y b) ya abordan muchas de las conductas pertinentes⁵⁷. Podría aplicarse, por ejemplo, a las amenazas a la seguridad internacional o las violaciones graves y continuadas de los derechos humanos por parte del Estado o de autoridades *de facto*⁵⁸.

A partir de 2001, el Consejo de Seguridad ha señalado en reiteradas ocasiones que el terrorismo, especialmente la financiación y planificación de actos terroristas y la incitación a cometerlos⁵⁹, es contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas⁶⁰. Además, en su resolución 1624 (2005) el Consejo estableció que las personas sospechosas de cometer actos terroristas, por ser estos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, no gozarían de la protección del estatuto de los refugiados⁶¹.

El ACNUR advierte de que la calificación de un acto como “terrorista” no excluye automáticamente a la persona en virtud del artículo 1 F, párrafo c), de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, por lo menos “mientras no se cuente con una definición clara o universalmente aceptada de ‘terrorismo’”⁶². También señala que la resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad remite expresamente a las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional de los refugiados⁶³. Aún debe hacerse una evaluación individual con respecto a “la medida en que el acto incide en el plano internacional, en función de su gravedad, sus consecuencias internacionales y sus repercusiones para la paz y la seguridad internacionales”⁶⁴. Así pues, los actos terroristas menos graves, como el terrorismo interno de poca monta o los actos preparatorios menores que no entrañen violencia, tal vez no justifiquen la exclusión.

⁵⁶ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional* (HCR/GIP/03/05, párr. 17).

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad, preámbulo.

⁶⁰ Resoluciones del Consejo de Seguridad 1373 (2001), párr. 5; 1269 (1999), párr. 3; 1377 (2001), declaración anexa, y 1624 (2005), preámbulo.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² ACNUR, Documento de antecedentes sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión, párr. 49; véase también ACNUR, *Directrices sobre protección internacional* (HCR/GIP/03/05, párr. 17).

⁶³ ACNUR, Note on the Impact of Security Council resolution 1624 (2005) on the Application of Exclusion under Article 1 F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, 9 de diciembre de 2005, párrs. 3 y 4.

⁶⁴ *Ibid.*

ANÁLISIS ALGUNOS CASOS DE EXCLUSIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 1 F, PÁRRAFO C), DE LA CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS (1951)

1. Dos ciudadanos indios residentes en el Reino Unido fueron excluidos en virtud del artículo 1 F, párrafo c), por organizar actividades terroristas en la India y prestarles apoyo y por vincularse a grupos extremistas sij en el Reino Unido en un intento de utilizar la violencia para crear un territorio sij independiente en el Jalistán (India)^a.

2. Las operaciones militares de los insurgentes contra la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en el Afganistán (ISAF), que fue autorizada por el Consejo de Seguridad, se consideraron actos excluyentes contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas en virtud del artículo 1 F, párrafo c)^b.

^a *Singh v. Secretary of State for the Home Department* [1993] Imm AR 76.

^b *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department* [2013] 1 AC 745.

El artículo 1 F y la participación en organizaciones terroristas

Se puede contribuir a las actividades de una organización terrorista sin participar directamente en actos violentos. Un grupo terrorista puede contar con el apoyo, entre otros, de captadores, propagandistas, financieros, proveedores (de armas, equipo, alojamiento o servicios), logistas y líderes espirituales. Se plantea la cuestión de establecer qué clase de participación basta para justificar la exclusión con arreglo al artículo 1 F.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁵ sostuvo que el hecho de figurar en la lista de organizaciones terroristas “no puede asimilarse a la valoración individual de los hechos concretos que debe realizarse antes de adoptar cualquier decisión de excluir a alguien del estatuto de refugiado” (párr. 91). Además, el Tribunal concluyó que la participación en las actividades de un grupo terrorista no estaba comprendida “necesaria y automáticamente” en los motivos de exclusión (párr. 92), sino que, más bien:

“la exclusión del estatuto de refugiado de una persona que ha sido miembro de una organización que utiliza métodos terroristas está supeditada a una apreciación individual de los hechos concretos, que permita determinar si existen motivos fundados para considerar que, en el contexto de las actividades que ha llevado a cabo en el seno de esa organización, la persona ha cometido un grave delito común o ha sido culpable de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, o que ha instigado a cometer ese delito o esos actos o ha participado en ellos de alguna otra manera...” (párr. 94).

Entre los factores que deben tenerse en cuenta cabe destacar “el verdadero papel desempeñado por la persona en cuestión en los actos en cuestión; su posición dentro de la organización; el conocimiento que tuviera, o se consideraba que tuviera, de sus actividades; cualquier presión a la que estuviera expuesta, u otros factores que puedan haber influido en su conducta” (párr. 97).

⁶⁵ *Bundesrepublik Deutschland v. B and D* (asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09), Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), 9 de noviembre de 2010, párrs. 91 a 94 (<https://fra.europa.eu/en/caselaw-reference/cjeu-joined-cases-c-5709-and-c-10109-judgment>).

El ACNUR también adopta la posición de que la mera afiliación a una organización terrorista inscrita en la lista no basta para justificar la exclusión automática⁶⁶. Sin embargo, la pertenencia voluntaria a grupos extremistas violentos, incluidas las organizaciones listadas, da lugar a una presunción *iuris tantum* de que la persona ha contribuido a los actos de violencia del grupo⁶⁷.

ANÁLISIS EL ARTÍCULO 1 F, PÁRRAFO C), Y LA PARTICIPACIÓN EN ORGANIZACIONES TERRORISTAS: EJEMPLOS

1. Un ciudadano marroquí fue condenado por participar en las actividades de la célula belga de una organización terrorista, el Grupo Islámico Combatiente Marroquí. Integraba la plana mayor de la célula y prestaba apoyo logístico, entre otras cosas, documentos de viaje falsos. Fue excluido del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 1 F, párrafo c). Un tribunal de apelaciones belga consideró que no podía ser objeto de exclusión porque no había participado en ningún acto terrorista^a. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó lo siguiente:

- a) La exclusión no se limita a la participación en actos terroristas, sino que se hace extensiva a actividades de apoyo como la captación, la organización, el transporte y el equipamiento de otras personas a fin de que viajen al extranjero para cometer actos terroristas o participar de otra forma en ellos.
- b) Es importante que la organización esté catalogada como entidad terrorista por el Consejo de Seguridad.
- c) Es especialmente importante que un tribunal haya dictado una sentencia firme contra la persona por un delito como el de participación en las actividades de una organización terrorista^b.

2. Un ciudadano kurdo sirio que conocía la naturaleza de las actividades del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK) fue excluido inicialmente del estatuto de refugiado por atender a integrantes del grupo que estaban heridos y prestar otra clase de apoyo civil a la infraestructura de la organización. Un tribunal de apelaciones del Reino Unido concluyó que esa conducta no entrañaba actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas^c.

^a Conseil du Contentieux des Etrangers, 13 de enero de 2011, núm. 54.335 (Bélgica) (www.refworld.org/topic,50ffb-ce484,50ffbce48a,,0,BEL_CCE,,.html).

^b *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides c. Mostafa Lounani*, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), asunto C573/14, 31 de enero de 2017, párrs. 66 a 79 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/14>).

^c *MH (Syria) v. Secretary of State for the Home Department* [2009] EWCA Civ 226 (www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,49ca60ae2.html).

⁶⁶ ACNUR, Documento de antecedentes sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión, párrs. 59 y 62.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 60; véanse también ACNUR, *Directrices sobre protección internacional* (HCR/GIP/03/05, párr. 26), y *Bundesrepublik Deutschland v. B and D*, párr. 98.

3. Situaciones de afluencia en gran escala

a) Exclusión

Cuando se reconozca la condición de refugiado *prima facie* (y no a título individual) a las personas pertenecientes a un grupo determinado, especialmente en situaciones de afluencia en gran escala, aún es necesario considerar la posibilidad de exclusión si hay indicios de una posible implicación en los actos previstos en el artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, por ejemplo, si se trata de *antiguos* combatientes que cometieron crímenes de guerra u otros delitos internacionales antes de deponer las armas y solicitar asilo.

b) Imposibilidad de que los combatientes se acojan al régimen de protección de los refugiados

Por otra parte, los combatientes *activos* no deben ser tenidos en cuenta en absoluto en el reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado, ya que su participación en actividades armadas o militares es incompatible con el carácter civil y humanitario del régimen de asilo, que los Estados de acogida están obligados a garantizar⁶⁸. En esos casos, es innecesario siquiera considerar la posibilidad de excluirlos.

El ACNUR recomienda a los Estados que identifiquen, desarmen, mantengan separados e internen a los combatientes lo antes posible, incluso procediendo a efectuar controles en el punto de llegada⁶⁹. Además, los Estados de acogida deben ubicar los campamentos de refugiados lejos de la frontera, mantener la ley, el orden y la seguridad dentro de estos, impedir la corriente de armas hacia ellos y prevenir el reclutamiento militar en esos lugares⁷⁰.

Sin embargo, los familiares de los combatientes deben ser tratados como refugiados. Los excombatientes que verdaderamente, y de manera permanente, hayan renunciado a las actividades militares también pueden tener derecho a que se les reconozca la condición de refugiado, siempre y cuando no existan motivos para excluirlos, previa determinación individual en un procedimiento imparcial⁷¹. Los ex niños soldados deben recibir protección, asistencia y tratamiento de rehabilitación especiales.

⁶⁸ Directrices del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión del Artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en situaciones de afluencia masiva (2006), párr. 10; véase también Comité Ejecutivo, Conclusión núm. 94 (LIII), 2002, sobre el carácter civil y humanitario del asilo, apartados a) y b).

⁶⁹ Véanse medidas concretas en las Directrices del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión del Artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en situaciones de afluencia masiva (2006), apartado c); véase también ACNUR, Nota de orientación sobre el mantenimiento del carácter civil y humanitario del asilo, diciembre de 2018, parte 5.

⁷⁰ ACNUR, Nota de orientación sobre el mantenimiento del carácter civil y humanitario del asilo, apartados c) y e) (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5e21888e4>).

⁷¹ *Ibid.*, Directrices del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión del Artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en situaciones de afluencia masiva (2006), párr. 10.

MATERIAL DE CONSULTA

ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, La aplicación de las cláusulas de exclusión: Artículo 1 F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, septiembre de 2003 (<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2554.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2554>).

ACNUR, Documento de antecedentes sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión, Artículo 1 F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, septiembre de 2003 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac92922>), y ACNUR, Nota de orientación sobre el mantenimiento del carácter civil y humanitario del asilo, diciembre de 2018 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5e21888e4>).

4. Determinación de la condición de refugiado

La determinación de la condición de refugiado es el procedimiento jurídico o administrativo por el cual los Gobiernos o el ACNUR deciden si una persona puede ser legítimamente considerada un refugiado o refugiada. Si bien la principal responsabilidad de determinar esa condición incumbe a los Estados, el ACNUR puede hacerlo si el Estado no es parte en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o no ha establecido un método nacional equitativo y eficiente para conceder asilo⁷².

Aunque la propia Convención no precisa los procedimientos que se deben utilizar para hacerlo, un elemento esencial para la plena aplicación de sus disposiciones es que esos trámites sean equitativos y eficientes⁷³. El ACNUR ha elaborado orientación para los Estados sobre las buenas prácticas al respecto (véase el recuadro de material de consulta que figura a continuación).

Para determinar si una persona que solicita protección internacional reúne los criterios de la definición de refugiado, es necesario tratar cada caso en forma individual. Sin embargo, en situaciones urgentes o de “afluencia en gran escala” puede no ser factible tomar decisiones individuales de inmediato y, a título excepcional, todos los miembros de grandes grupos pueden ser considerados refugiados *prima facie*⁷⁴. En cambio, el estatuto de refugiado no puede ser denegado colectivamente. En esas situaciones podrían hallarse las personas que huyen de graves delitos internacionales, de violaciones manifiestas de los derechos humanos o de los efectos adversos de los conflictos armados, en particular (aunque no necesariamente) si son objeto de persecución por motivos previstos en la Convención. Con todo, algunas organizaciones regionales (como la Unión Africana y la Organización de los Estados Americanos (OEA)) están de

⁷² ACNUR, Determinación de la condición de refugiado (<https://www.acnur.org/determinacion-de-la-condicion-de-refugiado.html>).

⁷³ ACNUR, Global Consultations on International Protection: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures), 31 de mayo de 2001, párr. 4.

⁷⁴ ACNUR, *Manual y directrices* (2011), párr. 44; ACNUR, “Agentes de Persecución” (1995), párr. 8, y ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, núm. 11: Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado (HCR/GIP/15/11) (<https://www.acnur.org/prot/instr/5c6c387a4/directrices-sobre-proteccion-internacional-no-11-reconocimiento-prima-facie.html?query=HCR/GIP/15/11>).

acuerdo en hacer extensiva la protección a esas categorías más amplias de personas⁷⁵, se vean perseguidas o no.

MATERIAL DE CONSULTA

ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra (reedición de 2019) (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50c1a04a2>).

ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, núm. 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A.2 de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, mayo de 2002 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4714a7152>).

ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, núm. 11: Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado, junio de 2015 (<https://www.acnur.org/prot/instr/5c6c387a4/directrices-sobre-proteccion-internacional-no-11-reconocimiento-prima-facie.html?query=HCR/GIP/15/11>).

ACNUR, *Directrices sobre protección internacional*, núm. 12: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado, diciembre de 2016 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58c654244>).

ACNUR, *Legal Considerations regarding Claims for International Protection made in the Context of the Adverse Effects of Climate Change and Disasters*, octubre de 2020 (véase: www.unhcr.org/en-us/climate-change-and-disasters.html).

D. Llegada, recepción y traslado de migrantes y refugiados

En muchos casos los migrantes y los refugiados están autorizados de antemano a migrar a otros países, por ejemplo, mediante la expedición de visados de trabajo por parte de los Gobiernos o en los casos en que se procede al reasentamiento de los refugiados de un campamento a través de un procedimiento del ACNUR u otro análogo. No obstante, pueden surgir problemas de derecho internacional si posteriormente los países desean expulsar a esas personas por diversos motivos, como la participación en actos terroristas o en delitos de otra índole.

Cuando los migrantes o los refugiados llegan de forma irregular a un país —es decir, sin autorización previa— surgen otras cuestiones jurídicas, concernientes, entre otras cosas, a la posibilidad de que sean rechazados en la frontera, detenidos o expulsados posteriormente. Al respecto,

⁷⁵ Véanse la Convención de la OUA de 1969 por la que se regulan los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, artículo 2.3 (que trata de los refugiados y las personas que buscan refugio de la agresión externa, la ocupación, la dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público), y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, de carácter no vinculante, artículo 3 (que trata de las personas que huyen de la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la vulneración masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público).

existen varios principios jurídicos internacionales importantes, especialmente en relación con las obligaciones internacionales en materia de lucha contra el terrorismo, el principio de no devolución, las restricciones en cuanto a la expulsión y las salvaguardias relativas a la detención. A continuación se examinan esos principios.

1. Incorporación de medidas de protección en la gestión de fronteras

Como se ha mencionado, en general los Estados tienen derecho a controlar sus fronteras y, en ese sentido, los procedimientos y sistemas de gestión de fronteras desempeñan un papel relevante. La gestión de las fronteras también es importante por razones vinculadas al derecho internacional:

- Desde el punto de vista de la seguridad, el derecho internacional exige a los Estados que adopten determinadas medidas de gestión de fronteras para prevenir la circulación de personas implicadas en el terrorismo (esas medidas se analizan más adelante).
- Desde la perspectiva del derecho de los refugiados y del derecho de los derechos humanos, el derecho internacional requiere a los Estados que garanticen ciertas salvaguardias.

ANÁLISIS NORMAS NO VINCULANTES POR LAS QUE SE REAFIRMA LA IMPORTANCIA DE LA GESTIÓN DE FRONTERAS

En su Declaración de Nueva York de 2016 para los Refugiados y los Migrantes, la Asamblea General reconoció que “los Estados tienen derechos y responsabilidades en la gestión y el control de sus fronteras”, entre ellos, garantizar la seguridad y medidas contra el terrorismo (y combatir la trata de personas y el tráfico de migrantes), y que debían aplicarse procedimientos de control de fronteras “de conformidad con las obligaciones aplicables en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados”^a.

El Pacto Mundial de 2018 para la Migración Segura, Ordenada y Regular de las Naciones Unidas comprometió a los Estados a: gestionar las fronteras nacionales de manera integrada, segura y coordinada; garantizar la seguridad de los Estados, las comunidades y los migrantes; facilitar la circulación transfronteriza de personas de manera segura y regular y evitar la migración irregular (Objetivo 11) y aumentar la certidumbre y la previsibilidad jurídicas de los procedimientos migratorios para la adecuada verificación de antecedentes, evaluación y derivación, de conformidad con el derecho internacional (Objetivo 12).

^a Resolución 71/1 de la Asamblea General, párr. 24.

Para cumplir todas esas obligaciones internacionales es imperativo establecer procedimientos eficaces de control de fronteras a fin de: *a*) individualizar a las personas necesitadas de protección o implicadas en actos de terrorismo; y *b*) remitirlas por los conductos apropiados. Los sistemas de gestión de fronteras que favorecen la protección pueden garantizar que los objetivos de seguridad y de derechos humanos se complementen y refuercen unos a otros⁷⁶.

⁷⁶ Véase ACNUR, *Cómo abordar el tema de seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados: La perspectiva del ACNUR* (2015).

El ACNUR, principal organismo internacional encargado de proteger a los refugiados, aboga desde hace tiempo por que los Estados establezcan sistemas adecuados de recepción y control de los recién llegados, especialmente para evitar la infiltración de terroristas⁷⁷, lo que abarca:

- a) el registro adecuado, incluidos los datos biométricos, por parte de las autoridades fronterizas, que habrán recibido instrucción en materia de seguridad, derecho de los refugiados y derechos humanos;
- b) la remisión de quienes solicitan protección a procedimientos de concesión de asilo equitativos y eficientes; y
- c) la individualización de las personas que son víctimas de trata o que corren riesgo de serlo para asegurarse de que se sientan seguras y reciban protección y apoyo⁷⁸.

2. Obligaciones internacionales en materia de lucha contra el terrorismo en relación con la circulación transfronteriza de personas

La legislación antiterrorista impone numerosas obligaciones especiales a los Estados en cuanto a la circulación transfronteriza de personas. En concreto, el Consejo de Seguridad, en su resolución 1373 (2001), exigió a todos los Estados que:

- impidieran la circulación (entrante o saliente) de personas implicadas en actos terroristas imponiendo controles en las fronteras y en la expedición de documentos de identidad y de viaje, y adoptando medidas para evitar la falsificación, la alteración ilegal y la utilización fraudulenta de dichos documentos (párr. 2 g));
- denegaran cobijo a esas personas (párr. 2 c));
- impidieran que su territorio se utilizara para preparar actos terroristas que se fueran a cometer en el extranjero (párr. 2 d)).

Cuando las autoridades de control de fronteras descubren a esas personas, los Estados deben “extraditar o juzgar” a aquellas que sean sospechosas de estar implicadas en delitos previstos en los tratados internacionales de lucha contra el terrorismo, en “actos terroristas” o en los principales delitos internacionales, como los crímenes de guerra o la tortura.

Todas las medidas antiterroristas, incluidas las relativas a la gestión de fronteras, deben estar en consonancia con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, especialmente las establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario⁷⁹.

3. Los combatientes terroristas extranjeros

En años recientes, las Naciones Unidas, las organizaciones regionales y los Estados Miembros han considerado una grave amenaza para la paz y la seguridad internacionales a las personas que

⁷⁷ Sesión informativa abierta de Volker Türk, Alto Comisionado Auxiliar para la Protección, Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad, Nueva York, 5 de abril de 2017; véase también ACNUDH, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales) (www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf).

⁷⁸ Sesión informativa abierta de Volker Türk, 5 de abril de 2017.

⁷⁹ Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad.

cruzan las fronteras para sumarse a grupos terroristas y que posteriormente pueden intentar regresar a su país de origen o trasladarse a terceros países. Para hacer frente a esa situación, se ha exigido a los Estados que adopten medidas de amplio alcance encaminadas a detener los movimientos de los “combatientes terroristas extranjeros”. En su resolución 2178 (2014) el Consejo de Seguridad definió a ese grupo en los siguientes términos: “las personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, incluso en relación con conflictos armados”⁸⁰.

De conformidad con la resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad, todos los Estados deben:

- “prevenir y reprimir” el “transporte” (y diversos tipos de facilitación) de personas para que participen en actos terroristas en un Estado distinto del de su nacionalidad o residencia (párr. 5);
- tipificar como delito esos “viajes” y el apoyo que se les preste (párr. 6);
- “impedir la entrada en su territorio o el tránsito por él” de presuntos combatientes terroristas extranjeros (lo que no abarca a los propios nacionales o residentes permanentes del Estado) (párr. 8).

De acuerdo con la resolución 2396 (2017) del Consejo, los Estados deben adoptar otras medidas concretas para detener esos viajes, entre ellas:

- exigir a las compañías aéreas que proporcionen información por adelantado sobre los pasajeros con miras a detectar combatientes terroristas extranjeros (párr. 11);
- reunir, analizar y compartir los datos del registro de nombres de los pasajeros para detectar e impedir los viajes de combatientes terroristas extranjeros (párr. 12);
- elaborar listas de control o vigilancia, o bases de datos de esas personas (párr. 13);
- recoger datos biométricos para poder identificarlas (párr. 15).

Todas las medidas mencionadas deben estar en consonancia con el derecho internacional, especialmente el derecho de los refugiados y el derecho de los derechos humanos, como se examina a continuación. Por ejemplo, como reconoce el Consejo de Seguridad, los Estados no pueden prohibir el regreso de sus propios nacionales, aunque estén implicados en actos de terrorismo en el extranjero o sean familiares que acompañaron a un nacional implicado en esos actos en el extranjero.

Por otra parte, en relación con las diversas medidas relativas a los datos previstas en la resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, en la Adición de 2018 a los Principios Rectores de Madrid (directrices internacionales no vinculantes sobre las “mejores prácticas”) se recomiendan métodos para evitar la injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada que comprenden:

- leyes y reglamentaciones claras y criterios adecuados;
- perfiles no discriminatorios;
- precauciones contra el uso indebido o abuso de los datos (como el acceso no autorizado, la usurpación de identidad, y la eliminación y sustitución o el deterioro deliberado de datos),

⁸⁰ Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad, octavo párrafo del preámbulo.

la designación de oficiales de protección de datos y la evaluación de los riesgos que plantea toda esa información;

- la protección de los derechos del niño;
- supervisión y salvaguardias efectivas y reparación judicial de las infracciones⁸¹.

ANÁLISIS FAMILIARES DE LOS COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS

Los combatientes terroristas extranjeros pueden estar viajando con familiares que hayan llevado consigo a zonas de conflicto, o con familias que hayan formado o miembros de la familia que hayan nacido mientras estaban en zonas de conflicto. El Consejo de Seguridad exhortó a los Estados Miembros a que hicieran una distinción entre los familiares acompañantes y las personas respecto de las cuales tuviesen motivos fundados para creer que fuesen combatientes terroristas extranjeros, e hizo hincapié en “que los niños deben ser tratados de manera que se respeten sus derechos y su dignidad, de conformidad con el derecho internacional aplicable”^a.

^a Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, decimoctavo párrafo del preámbulo.

MATERIAL DE CONSULTA

ACNUDH, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders* (www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines.pdf).

Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo (EEELT), *Guidance to States on human rights-compliant responses to the threat posed by foreign fighters* (www.un.org/counterterrorism/sites/www.un.org.counterterrorism/files/key_principles-april_2019.pdf).

Consejo de Seguridad, Comité contra el Terrorismo, Principios Rectores sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros: los Principios Rectores de Madrid de 2015 (S/2015/939, anexo II) y Adición de 2018 (S/2018/1177, anexo).

United Nations Key Principles for the Protection, Repatriation, Prosecution, Rehabilitation and Reintegration of Women and Children with Links to United Nations Listed Terrorist Groups (Principios Fundamentales de las Naciones Unidas para la Protección, la Repatriación, el Enjuiciamiento, la Rehabilitación y la Reintegración de las Mujeres y los Niños Vinculados con Grupos Terroristas Incluidos en Listas de las Naciones Unidas) (abril de 2019) (www.un.org/counterterrorism/sites/www.un.org.counterterrorism/files/key_principles-april_2019.pdf)

4. Principio de no devolución en el derecho internacional de los refugiados

El principio de *non-refoulement* o no devolución es “la piedra angular del régimen del asilo y del derecho internacional de los refugiados”⁸². El término proviene del francés “refouler”, que puede traducirse como “rechazar” o “hacer retroceder o volver atrás” a una persona. El artículo 33.1 de

⁸¹ Adición a los Principios Rectores de Madrid (S/2018/1177, anexo, párrs. 7, 8, 11 y 15 a 17).

⁸² ACNUR, Note on the Principle of *Non-Refoulement*, noviembre de 1997 (www.refworld.org/docid/438c6d972.html).

la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece que “[n]ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, o pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. El ACNUR explica el propósito de ese principio de la siguiente manera:

“[i]nspirado en el derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en otros países, establecido en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, este principio refleja el compromiso de la comunidad internacional de garantizar a todas las personas el ejercicio de los derechos humanos, entre ellos los derechos a la vida, a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y a la libertad y seguridad de la persona. Estos y otros derechos se ven amenazados cuando un refugiado es obligado a regresar a la persecución o al peligro”⁸³.

El principio de no devolución, enunciado en el artículo 33.1 de la Convención de 1951, presenta varios elementos importantes:

- Es aplicable tanto a los refugiados como a los solicitantes de asilo (en este último caso, a lo largo de todo el examen de su solicitud).
- Se aplica dondequiera que un Estado actúe, a saber, dentro de su territorio, en sus fronteras o en el extranjero donde ejerza su jurisdicción (por ejemplo, durante una interceptación naval en alta mar)⁸⁴.
- Es aplicable a la expulsión a cualquier lugar en el que exista peligro de persecución, ya sea un país de origen, de tránsito o de nacionalidad o algún otro país (alguno que solicite la extradición).
- También entraña la prohibición de que un Estado expulse a una persona a un segundo Estado, aunque sea seguro, si existe el riesgo de que este la traslade a un tercer Estado donde corra peligro de persecución (“devolución en cadena”).
- Abarca todas las formas de devolución o traslado (“de cualquier modo”), incluidos los procedimientos de inmigración (como la deportación o la expulsión), las medidas relacionadas con la justicia penal (como la extradición⁸⁵ o el traslado de presos), los traslados bajo custodia militar, los traslados informales (como la “entrega”) y la denegación de entrada en la frontera en determinadas circunstancias⁸⁶.

Si bien ese principio no entraña la obligación de conceder asilo a una persona para que permanezca de forma permanente en un Estado en particular, sí impide que sea devuelta a cualquier país donde corra peligro.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ ACNUR, *Cómo abordar el tema de seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados: La perspectiva del ACNUR (Rev. 2)*, párr. 30; véase también ACNUR, *Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados*, abril de 2008.

⁸⁶ ACNUR, *Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, 26 de enero de 2007, párr. 7 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a8124522>).

Excepciones del principio de no devolución: artículo 33.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

De conformidad con el artículo 33.2 de la Convención, no podrá invocar los beneficios de la protección del principio de no devolución previsto en el artículo 33.1 “el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

Estas excepciones enunciadas en el derecho internacional de los refugiados son distintas de las cláusulas de exclusión del artículo 1 F:

- El artículo 1 F guarda relación con una conducta anterior que no ha tenido lugar en el país de acogida y descarta la posibilidad de reconocer a la persona la condición de refugiado por considerarse que queda excluida del régimen de protección internacional correspondiente. También garantiza que el estatuto de refugiado no impida la rendición de cuentas por delitos graves, por ejemplo, mediante la extradición a otro país, ni el enjuiciamiento en el país en que se encuentra la persona.
- En cambio, el artículo 33.2 trata concretamente del riesgo presente o futuro que pueda plantear una persona que ya sea un refugiado reconocido, y tiene por objeto proteger al país receptor de una amenaza para su seguridad o un peligro para su comunidad⁸⁷.

Así pues, en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 33.2, el derecho internacional de los refugiados permite expulsar a los refugiados peligrosos a un lugar donde pueden ser objeto de persecución. Debido a sus consecuencias potencialmente graves, esa disposición debe interpretarse en un sentido estricto. Sin embargo, como se analiza en la parte siguiente, el artículo 33.2 no exime a los Estados de sus obligaciones de no devolución en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, que excluye absolutamente la posibilidad de expulsar a las personas a lugares donde vayan a ser objeto de tortura o de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de la privación arbitraria de la vida.

El artículo 33.2 impone condiciones estrictas de peligro muy grave (en lugar de amenazas menores) relacionadas con la seguridad nacional o de la “comunidad” (a saber, la seguridad y el bienestar de la población en su conjunto)⁸⁸. Esos actos podrían comprender (dependiendo de las circunstancias) el espionaje, el sabotaje y los actos terroristas contra civiles⁸⁹. Las amenazas a la comunidad deben estar justificadas por una condena penal, *así como* por pruebas de que la persona plantea un riesgo persistente.

En el artículo 33.2 no se precisan las garantías procesales aplicables, pero el ACNUR recomienda que se empleen las mismas normas mencionadas expresamente en relación con la expulsión en el artículo 32⁹⁰ (que se analiza más adelante, en la parte D.4). Estas abarcan tomar una decisión

⁸⁷ ACNUR, Cómo abordar el tema de seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados (Rev. 2), párrs. 28 y 29.

⁸⁸ Lauterpacht, E. y Bethlehem, D., “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion” en Feller, E., Türk, V. y Nicholson, F. (comps.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press, 2003), pág. 87, párrs. 169 y 192 (véase www.unhcr.org/en-us/protection/globalconsult/4a1ba1aa6/refugee-protection-international-law.html).

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 171.

⁹⁰ ACNUR, Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados, abril de 2008, párr. 15 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=49f96a792>).

de conformidad con los procedimientos legales vigentes y respetar los derechos a ser escuchado, a apelar y a procurar ser admitido legalmente en otro país.

ESTUDIO MONOGRÁFICO ¿ES ESTA PERSONA: A) UNA REFUGIADA?; Y B) ¿CON DERECHO A LA NO DEVOLUCIÓN?

Billy fue una integrante del Grupo Azul, organización con motivaciones políticas implicada en ataques contra el personal de seguridad y contra civiles en el país Rojo. El Grupo Azul sostiene que este país está ocupando ilegalmente el Territorio Azul, que antes era un país independiente.

Billy fue captada por el Grupo Azul y adoctrinada a la edad de 13 años. Recibió adiestramiento y realizó misiones para el grupo, estuvo en posesión de armas del grupo y las transportó para él. A los 14 años fue detenida por los soldados del país Rojo en un puesto de vigilancia, tras un intento fallido de atentado suicida. Se desconocía si su objetivo podía haber sido militar o civil, pero el lugar del ataque planeado era un puesto de vigilancia, donde muchos civiles solían estar en fila esperando turno.

Billy fue torturada y violada mientras estuvo detenida por la unidad antiterrorista del país Rojo. Tras ser liberada viajó al Estado Verde, donde solicitó la condición de refugiada, por temor a que los miembros del Grupo Azul la consideraran traidora y la asesinaran si permanecía en el país Rojo, debido a la información que había revelado a las autoridades de este último bajo tortura. Las víctimas de violación y las personas afiliadas al Grupo Azul también suelen ser víctimas de ostracismo social en el país Rojo.

En el Estado Verde el Grupo Azul está proscrito por ley en calidad de organización terrorista. Algunos integrantes del grupo actúan en secreto en el Estado Verde, prestando apoyo a los integrantes que se encuentran en el país Rojo, pero el grupo no ha cometido ningún atentado en el Estado Verde. En el país Rojo la edad mínima de responsabilidad penal es de 14 años.

Expulsión de refugiados que residen legalmente: artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

El artículo 32.1 de la Convención establece que no se podrá expulsar a ningún refugiado que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado, “a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público”. La principal diferencia entre el artículo 32 y el artículo 33.2 es que el primero *no* es una excepción del principio de no devolución y solo permite expulsar a la persona a un Estado en el que no corra peligro. El artículo 32.2 también establece garantías procesales expresas:

“La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.”

Además, un refugiado que sea objeto de expulsión debe disponer de un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país (artículo 32.3).

5. Principio de no devolución en el derecho de los derechos humanos

La protección que brinda el derecho internacional de los derechos humanos va más allá del principio de no devolución en virtud del derecho de los refugiados en tres sentidos. En primer lugar, se protege a la persona incluso en los casos en que pueda invocarse la excepción de la no devolución prevista en el artículo 33.2 de la Convención. En segundo lugar, la norma de derechos humanos es aplicable a todas las personas, no solo a los refugiados o los solicitantes de asilo. En tercer lugar, esa regla va más allá de la no devolución basada en un temor fundado de *persecución* si existe un riesgo verdadero y previsible de que los derechos humanos se vean gravemente menoscabados de alguna otra forma, por ejemplo, mediante:

- torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR)⁹¹, artículo 7, y Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁹², artículo 3;
- la privación arbitraria de la vida (ICCPR, artículo 6), lo que comprende la aplicación de la pena de muerte a delitos que no sean los “más graves”;
- la pena de muerte, si el Estado que decreta la expulsión no aplica la pena de muerte o es parte en el Segundo Protocolo Facultativo del ICCPR (que la prohíbe);
- la denegación manifiesta de otros derechos humanos fundamentales⁹³, como el derecho a un juicio imparcial⁹⁴, a la libertad⁹⁵, o a la libertad de religión en casos excepcionales⁹⁶.

Si esos actos también conllevan persecución en el sentido de la Convención, seguirá siendo aplicable el principio de no devolución enunciado en el derecho de los refugiados, si bien, como se mencionó, eso está supeditado a la excepción del artículo 33.2 (a diferencia de lo que ocurre con el derecho de los derechos humanos).

Los riesgos mencionados pueden abarcar los que planteen agentes no estatales. En un caso, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas determinó que deportar a una persona que no tenía vínculos reales con Somalia vulneraría el derecho a no ser sometido a tortura o malos tratos (ICCPR, artículo 7) y el derecho a la vida (artículo 6), entre otras cosas debido a su temor de ser víctima de reclutamiento forzoso por parte de grupos islamistas armados⁹⁷.

6. Relación entre la exclusión del estatuto de refugiado, el principio de no devolución y las leyes de extradición

El derecho de los refugiados no constituye obstáculo alguno para la extradición si la persona está excluida del estatuto de refugiado en virtud del artículo 1 F de la Convención, si está comprendida en el ámbito de la excepción de la no devolución del artículo 33.2 o si es objeto de

⁹¹ Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General, de 1966.

⁹² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841.

⁹³ *A.R.J. v. Australia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 692/1996 (28 de julio de 1997) (CCPR/C/60/D/692/1996, párr. 6.9) (en relación con los delitos previstos en el ICCPR).

⁹⁴ *Asunto Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda núm. 8139/09, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 9 de mayo de 2012 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-139056%22%5D%7D>).

⁹⁵ *Asunto Tomic v. United Kingdom*, demanda núm. 17837/03, sentencia del TEDH de 14 de octubre de 2003 (www.refworld.org/cases,ECHR,402b53f04.html).

⁹⁶ *Asunto Z and T v. United Kingdom*, demanda núm. 27034/05, sentencia del TEDH de 28 de febrero de 2006 (www.refworld.org/cases,ECHR,45ccab042.html).

⁹⁷ *Jama Warsame c. Canadá*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 1959/2010 (21 de julio de 2011) (CCPR/C/102/D/1959/2010, párr. 8.3).

expulsión por motivos de seguridad con arreglo al artículo 32. En todas esas situaciones, sin embargo, aún rigen las salvaguardias complementarias del derecho de los derechos humanos para impedir que la persona sea expulsada a un lugar donde estaría expuesta a torturas o malos tratos, o a la privación arbitraria de la vida.

Si una persona tiene derecho a la protección que ofrece el principio de no devolución previsto en el derecho internacional de los refugiados, según el ACNUR, “las prohibiciones de entrega de un individuo establecidas por el derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos deben prevalecer por encima de cualquier otra obligación [incompatible] de extradición”, incluso en el contexto de la lucha contra el terrorismo⁹⁸. En la práctica, los procedimientos de asilo y de extradición pueden ser llevados a cabo paralelamente por los respectivos encargados de adoptar decisiones⁹⁹, con asistencia recíproca en materia de intercambio de información.

Las disposiciones relativas a la extradición (leyes nacionales y tratados) también pueden excluir su concesión en una variedad de circunstancias, sea o no la persona buscada un refugiado o un solicitante de asilo. Puede tratarse de normas sobre la especialidad (que garanticen el enjuiciamiento únicamente por el o los delitos que originaron la solicitud), la doble incriminación (que exige que la conducta sea considerada delictiva en ambas jurisdicciones), la excepción relacionada con delitos políticos (que plantea consideraciones similares a las de la interpretación del delito común según el artículo 1 F b) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, examinado anteriormente), las salvaguardias relativas a la no discriminación o a un juicio imparcial (que pueden superponerse a los motivos de la solicitud de asilo), la prohibición de la pena de muerte, las restricciones impuestas a la extradición a un tercer Estado y el regreso al Estado requerido tras la conclusión del proceso penal extranjero¹⁰⁰.

Sin embargo, ni la condición de refugiado ni el régimen de protección de los derechos humanos libran a una persona del enjuiciamiento penal¹⁰¹. Si las obligaciones del Estado receptor con respecto a la no devolución significan un impedimento para la extradición, la persona todavía puede tener que responder ante la justicia en ese país. Casi todos los instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo establecen que, en esos casos, el Estado que deniega la extradición tiene la obligación de “someter el caso sin demora indebida a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento” (véase, por ejemplo, el artículo 8 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997). Esto se conoce con el nombre de “principio de extraditar o juzgar”, que también es aplicable a los principales delitos internacionales, como los crímenes de guerra y la tortura.

⁹⁸ ACNUR, Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados, Ginebra, abril de 2008, párrs. 21 y 23.

⁹⁹ ACNUR, Cómo abordar el tema de seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados (Rev. 2), párrs. 31 y 32.

¹⁰⁰ ACNUR, Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados (2008), párr. 5.

¹⁰¹ Informe a la Asamblea General del Relator Especial (Martin Scheinin) sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, 15 de agosto de 2007 (A/62/263), párr. 35.

MATERIAL DE CONSULTA

- ACNUR, Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados, Ginebra, abril de 2008 (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/open-ocpdf.pdf?reldoc=y&docid=49f96a792>).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo, Módulo 4, *Human Rights and Criminal Justice Responses to Terrorism* (Los derechos humanos y las respuestas de justicia penal al terrorismo), en que se analiza en profundidad la aplicación del principio de no devolución en los casos de terrorismo con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, especialmente la cuestión de las garantías diplomáticas (parte 7) (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module_on_Human_Rights/Module_HR_and_CJ_responses_to_terrorism_ebook.pdf).

7. El debido proceso en el contexto de la expulsión

Cuando no se trata de un refugiado, o no existe el peligro de que la persona, al regresar, se vea expuesta a violaciones graves de los derechos humanos, el derecho internacional garantiza los derechos procesales de los extranjeros que sean objeto de expulsión. En virtud del artículo 13 del ICCPR, todos los migrantes regulares (es decir, los que se encuentren “legalmente” en un Estado) gozarán de las debidas garantías procesales cuando sean objeto de cualquier forma de salida obligatoria¹⁰², incluida la extradición¹⁰³. Si bien ese artículo no regula los fundamentos sustantivos de la expulsión, tiene por objeto impedir las expulsiones arbitrarias¹⁰⁴. Está inspirado en las garantías procesales previstas en el artículo 32.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹⁰⁵. La disposición establece cuatro salvaguardias fundamentales:

- La decisión de expulsar a una persona debe adoptarse “conforme a la ley”, lo que también significa que la propia ley no debe ser arbitraria ni discriminatoria.
- Una persona “deberá poder [...] aducir argumentos contra su expulsión”, lo que comprende el derecho a que le informen de la decisión, así como de los hechos que se le imputan¹⁰⁶.
- El derecho de “revisión” por parte de una “autoridad competente” de mayor rango que la que tomó la decisión original, e independiente de esta, aunque no tiene por qué ser un tribunal¹⁰⁷. El recurso debe ser efectivo¹⁰⁸ en el sentido de que sea jurídicamente vinculante, no

¹⁰² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (11 de abril de 1986), párr. 9 (www.refworld.org/docid/45139acfc.html), y Nowak, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (NP Engel, 2005), pág. 293.

¹⁰³ *Giry c. República Dominicana*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 193/1985 (20 de julio de 1990), párr. 5.5 (www.hr-dp.org/contents/855) [véase CCPR/C/39/D/193/1985].

¹⁰⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 15, párr. 10 (www.refworld.org/docid/45139acfc.html).

¹⁰⁵ Nowak, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, pág. 291.

¹⁰⁶ Goodwin-Gill, Guy, y McAdam, Jane, *The Refugee in International Law* (3ª ed.), Oxford University Press, 2007, pág. 523.

¹⁰⁷ Nowak, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, pág. 297.

¹⁰⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 15, párr. 10.

discrecional¹⁰⁹. El derecho a apelar debe poder ejercerse antes de la expulsión, y esta debe quedar en suspenso a la espera de que se resuelva la cuestión¹¹⁰.

- El derecho a ser representado en la apelación¹¹¹.

Si bien las decisiones en materia de expulsión deben adoptarse siempre conforme a la ley, el artículo 13 del Pacto permite adaptar los otros tres elementos del debido proceso en lo que respecta a la expulsión de extranjeros cuando “se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional”. El Comité de Derechos Humanos acepta que un Estado goza de un “amplio margen de discrecionalidad” para decidir cuándo es aplicable la excepción relativa a la seguridad nacional¹¹². Sin embargo, si un procedimiento interno admite que la persona proporcione (un número limitado de) razones contra la expulsión y que su caso se revise (parcialmente), se aplicarán las garantías procesales del artículo 13 del Pacto¹¹³.

La Comisión de Derecho Internacional sugiere que los extranjeros que se encuentren en situación irregular o ilegal en un Estado también tengan derecho a unas garantías procesales mínimas en caso de expulsión (salvo aquellos que hayan estado presentes de forma ilegal “desde hace poco tiempo”)¹¹⁴, aunque en esa opinión aún no se ve reflejado el derecho internacional consuetudinario¹¹⁵. Los derechos que reconoce a los extranjeros que se encuentran en situación ilegal son los mismos que los de aquellos que están legalmente, y se corresponden aproximadamente con los derechos establecidos en el artículo 13 del Pacto¹¹⁶.

ANÁLISIS DERECHOS DE LA FAMILIA Y DEL NIÑO

Cuando se debe adoptar una decisión acerca del traslado de una persona, ya sea por expulsión o por extradición, también hay que tener en cuenta los derechos humanos de su familia y de sus hijos menores de edad. Según el Comité de Derechos Humanos, los Estados gozan de un importante “margen de maniobra [...] como para que lleven a efecto su política de inmigración o exijan la salida de personas que se encuentren ilegalmente” (incluso por motivos de seguridad), pero esas facultades discrecionales no son ilimitadas y no pueden ejercerse de manera arbitraria^a. La cuestión fundamental es determinar si la injerencia puede estar justificada, para lo cual deben sopesarse “por un lado, la importancia de las razones del Estado parte para expulsar al interesado y, por otro, [el] perjuicio a que se expondría a la familia y sus integrantes a consecuencia de la expulsión”^b.

¹⁰⁹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: República Árabe Siria (5 de abril de 2001) (CCPR/CO/71/SYR, párr. 22).

¹¹⁰ *Hammel c. Madagascar*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 155/1983 (3 de abril de 1987) (CCPR/C/29/D/155/1983, párr. 19.2); véase también Nowak, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, págs. 298 y 299.

¹¹¹ *Ibid.*, págs. 299 y 300.

¹¹² *Alzery c. Suecia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 1416/2005 (25 de octubre de 2006) (CCPR/C/88/D/1416/2005, párr. 11.10).

¹¹³ *Ahani c. Canadá*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 1051/2002 (29 de marzo de 2004) (CCPR/C/80/D/1051/2002, párr. 10.8).

¹¹⁴ Comisión de Derecho Internacional (CDI), *Draft Articles on the Expulsion of Aliens, with Commentaries* (Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, con comentarios) (2014), artículo 26, párrafo 4 (legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_12_2014.pdf).

¹¹⁵ *Ibid.*, comentario relativo al artículo 26, párr. 11.

¹¹⁶ *Ibid.*, comentario relativo al artículo 26.1 (notificación, derecho a impugnar la decisión, derecho a ser oído ante una autoridad competente, acceso a recursos efectivos, derecho a ser representado y servicios gratuitos de un intérprete) y 26.3 (asistencia consular).

El Comité de Derechos Humanos concluyó que la expulsión de una persona acarreará su separación del resto de su familia, que permanecerá en el territorio del Estado, y eso puede implicar injerencia en el derecho a la vida familiar consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en sus artículos 17 (prohibición de las injerencias arbitrarias o ilegales en la familia), 23.1 (protección de la familia) y 24.1 (protección del niño en la familia)^c. Esa injerencia no estaría justificada si la expulsión de ambos progenitores del país ocasionara trastornos importantes en la vida que la familia se ha forjado durante años, al obligar a los hijos que estén a su cargo y que sean ciudadanos naturales a elegir entre permanecer en su país de origen y acompañar a sus progenitores expulsados^d. Además, el “interés superior” del niño debe ser una consideración primordial en todas las decisiones que le afecten^e, lo que normalmente no abarca la separación de sus progenitores ni la interrupción de la vida arraigada desde hace tiempo en la comunidad.

^a *Winata c. Australia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 930/2000, 26 de julio de 2001 (CCPR/C/72/D/930/2000, párr. 7.3).

^b *Byahuranga c. Dinamarca*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 1222/2003, 9 de diciembre de 2004 (CCPR/C/82/D/1222/2003, párr. 11.7).

^c Véase *Winata c. Australia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 930/2000 (CCPR/C/72/D/930/2000, párr. 7.1).

^d *Ibid.*, párr. 7.2.

^e Con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), artículo 24; véase también *Bakhtiyari c. Australia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 1069/2002, 29 de octubre de 2003 (CCPR/C/79/D/1069/2002, párr. 9.7).

8. Detención de solicitantes de asilo, refugiados o migrantes

El derecho internacional de los derechos humanos impone ciertos límites a la detención de refugiados, solicitantes de asilo o migrantes, ya sea que lleguen de forma irregular a la frontera, sean interceptados en el mar, se encuentren viviendo irregularmente en la comunidad o estén a la espera de ser expulsados o extraditados. Las salvaguardias previstas son aplicables a todas las formas de detención, de carácter administrativo o penal.

Muchos países tipifican como delito la entrada ilegal a su territorio, aunque en la práctica algunos de ellos procuran deportar a esas personas, en lugar de procesarlas y encarcelarlas¹¹⁷. Deben hacerse excepciones con los refugiados y los solicitantes de asilo, ya que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe a los Estados castigar a esas personas por haber entrado o encontrarse ilegalmente en el país en determinadas circunstancias¹¹⁸. Algunos países recurren a la detención administrativa, a la espera de una decisión de admisión de inmigración o deportación, o de la finalización del procedimiento de extradición. Sin embargo, otros países no lo hacen.

En todos los casos, el artículo 9.1 del Pacto prohíbe la privación ilegal o “arbitraria” de la libertad de cualquier persona. Según el Comité de Derechos Humanos, el concepto de “arbitrariedad” no debe equipararse al de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia, imprevisibilidad e incumplimiento de las debidas garantías procesales¹¹⁹.

¹¹⁷ Véase The Law Library of Congress, *Criminalization of Illegal Entry around the World* (agosto de 2019) (mpl.bibliocommons.com/item/show/7414086075).

¹¹⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, art. 31, párr. 1.

¹¹⁹ *F.K.A.G c. Australia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 2094/2011 (26 de julio de 2013) (CCPR/C/108/D/2094/2011, párr. 9.3).

Cuando una persona es sometida a enjuiciamiento penal, la prisión preventiva en espera de juicio debe ser razonable y necesaria en todas las circunstancias¹²⁰, por ejemplo, debido a la gravedad del presunto delito, al peligro de que la persona se dé a la fuga o de que se destruyan pruebas, o a los riesgos para la comunidad. El derecho a un juicio imparcial también es aplicable a ciertos aspectos de la prisión preventiva¹²¹.

En lo que respecta a la detención administrativa (cuando no se trata de un delito), es ilegal privar automáticamente de la libertad a un solicitante de asilo o a un migrante, independientemente de sus circunstancias individuales. El hecho de entrar a un Estado infringiendo el derecho interno no justifica por sí solo la privación de libertad¹²², ni tampoco la excusa el propósito de tramitar o decidir una solicitud de asilo o de la condición de refugiado u otro tipo de protección internacional. “Debe justificarse que [la detención] es razonable, necesaria y proporcional a la luz de las circunstancias”¹²³. Solo será necesaria si:

- se requiere un período inicial muy breve para determinar la identidad de la persona;
- prolongar la detención quedara disculpado por existir “razones particulares específicas a esa persona, como una probabilidad individualizada de fuga, el peligro de que cometa delitos contra otros o el riesgo de que cometa actos contra la seguridad nacional”¹²⁴;
- “otros medios menos restrictivos de alcanzar el mismo fin, como la obligación de comparecer periódicamente en un lugar, la imposición de una fianza u otras condiciones para evitar la fuga”¹²⁵ no surtieran efecto;
- no se aplica por motivos discriminatorios.

Aun cuando la privación de libertad esté justificada inicialmente, solo puede continuar mientras siga siendo necesaria: “no debe prolongarse más allá del período para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada”¹²⁶.

ACTIVIDAD ESTUDIO MONOGRÁFICO DE UN CASO DE DETENCIÓN

Una noche Clara cruza en secreto la frontera del país X al país Y, donde es detenida inmediatamente. El país X se ve afectado por una situación de insurgencia en la que participa un grupo extremista violento llamado Cero, que controla alrededor del 10 % del territorio. Se sabe que este grupo ha obligado a muchos civiles de las zonas que domina a apoyarlo proporcionándole alimentos, cobijo, dinero o trabajo manual. Algunos civiles también se suman al movimiento porque carecen de otras perspectivas de subsistencia.

Al ser detenida, Clara dice a las autoridades del país Y que está buscando trabajo y que viene de una parte del país X donde no actúa el grupo Cero. Muestra su permiso de conducir para dar prueba de su dirección. Un funcionario del servicio de control de fronteras no la cree y le dice que sospecha que es partidaria del grupo, “como cualquier otra mujer que cruza la frontera aquí con documentos

¹²⁰ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 35 (CCPR/C/GC/35, párr. 12).

¹²¹ ICCPR, artículo 14 (por ejemplo, el derecho a disponer de medios adecuados para preparar la defensa).

¹²² *A c. Australia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 560/1993 (30 de abril de 1997) (CCPR/C/59/D/560/1993, párr. 9.4).

¹²³ *F.K.A.G. c. Australia* (CCPR/C/108/D/2094/2011, párr. 9.3).

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *A c. Australia* (CCPR/C/59/D/560/1993, párr. 9.4).

falsos y quiere desaparecer”. Hay más de 100.000 inmigrantes irregulares del país X viviendo en el país Y sin autorización, donde sus autoridades no pueden localizarlos.

Clara no ha sido acusada de ningún delito; su nombre no figura en ninguna “lista negra” de la base de datos de inmigración y no se le informa de detalle alguno acerca de su supuesta afiliación al grupo Cero.

Las autoridades fronterizas del país Y tienen la intención de dejar detenida a Clara hasta que se adopte una decisión definitiva ejecutable sobre su deportación.

- *¿Estaría justificada la detención de Clara de conformidad con el derecho internacional?*
- *Considere el derecho de los refugiados, el derecho de los derechos humanos y las leyes antiterroristas.*

El derecho internacional también establece las siguientes salvaguardias procesales indispensables con respecto a la detención para garantizar que esta sea, y siga siendo, necesaria y proporcional:

- El artículo 9.4 del ICCPR exige que el Estado garantice la revisión judicial de la detención. La revisión judicial debe ser “real” en el sentido de que el tribunal debe estar facultado tanto para evaluar las razones de fondo de la privación de libertad como para ordenar la excarcelación de la persona si no se justifica tenerla detenida¹²⁷. No basta con una revisión “meramente formal” de la legalidad con arreglo al derecho interno¹²⁸, como el hecho de examinar si una persona posee o no un visado válido¹²⁹.
- La privación de libertad puede ser arbitraria, en contravención del artículo 9.1 del Pacto, si la decisión de detener a la persona no se examina periódicamente a fin de evaluar los motivos que la justifican¹³⁰.
- Aun cuando se determinen los motivos, una detención que inicialmente haya sido legal puede llegar a ser arbitraria en el sentido del artículo 9.1 cuando ya no existan “posibilidades razonables” ni la probabilidad de que se expulse a la persona (porque esta pueda correr algún peligro en otro Estado o porque ningún Estado en el que no se enfrentaría a ese peligro está dispuesto a admitirla) y no se ponga fin a la detención¹³¹. El hecho de que un Estado “no esté en condiciones de proceder a la expulsión” no justifica que se prive de libertad a la persona de manera indefinida¹³².
- Todas las personas detenidas deben ser tratadas humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; las condiciones de detención también tienen que resultar humanas¹³³ y nadie puede ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹³⁴.

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 9.5.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *C. c. Australia*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 900/1999 (28 de octubre de 2002) (CCPR/C/76/D/900/1999, párr. 7.4).

¹³⁰ *A. c. Australia* (CCPR/C/59/D/560/1993, párr. 9.4).

¹³¹ *Jalloh c. los Países Bajos*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm. 794/1998 (15 de abril de 2002) (CCPR/C/74/D/794/1998, párr. 8.2).

¹³² *FK.A.G. c. Australia* (CCPR/C/108/D/2094/2011, párr. 9.3).

¹³³ ICCPR, artículo 10.1.

¹³⁴ ICCPR, artículo 7.

MATERIAL DE CONSULTA

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, aprobado por la Asamblea General en su resolución 43/173 (<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>).

ACNUR, Directrices sobre los Criterios y Estándares Aplicables a la Detención de Solicitantes de Asilo y las Alternativas a la Detención (2012) (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51e3b3244>).

E. Las personas apátridas

Por “apátrida” se entiende toda persona que “no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”¹³⁵. En 2019 había 4,2 millones de apátridas¹³⁶. Si bien la mayoría de esas personas son residentes en algún país (a menudo con derechos limitados por carecer de nacionalidad), algunas se ven obligadas a desplazarse a otros países (como los rohinyás apátridas desplazados o expulsados de Myanmar a Bangladesh) y otras tratan de migrar voluntariamente.

Tanto el terrorismo como el antiterrorismo pueden afectar adversamente a las personas apátridas de varias maneras y pueden contribuir a crear nuevas situaciones de apatridia:

- Los apátridas pueden ser considerados grupos sospechosos por las autoridades antiterroristas del Estado o estigmatizados como terroristas por la opinión pública.
- La marginación resultante de la apatridia puede hacer vulnerables a las personas a la radicalización conducente a la violencia y a la captación por grupos terroristas.
- Los sospechosos de terrorismo pueden convertirse en apátridas de resultas de alguna ley interna que tenga por objeto proteger a la sociedad de supuestas amenazas o castigar una presunta deslealtad cívica. Por ejemplo, varios Estados han adoptado leyes para revocar la ciudadanía a presuntos combatientes terroristas extranjeros. Los hijos que hayan tenido los combatientes terroristas extranjeros en zonas de conflicto corren el riesgo de ser apátridas si la identidad del padre no está claramente establecida, y las leyes discriminatorias en materia de nacionalidad no admiten que las mujeres transmitan su ciudadanía a sus hijos.

Si la persona apátrida ha cruzado una frontera internacional, estará amparada por las salvaguardias previstas comúnmente en el derecho internacional (incluido el principio de no devolución) para los solicitantes de asilo, los refugiados y los migrantes. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 regula especialmente la situación de las personas que, por temor a ser perseguidas y careciendo de nacionalidad, se encuentran fuera de su país de residencia habitual anterior¹³⁷.

La apatridia también está regulada por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 (que cuenta con 94 Estados partes) y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 (con 75 Estados partes). La Convención de 1954 contiene una definición de “apatridia” y

¹³⁵ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, artículo 1.

¹³⁶ ACNUR, “Tendencias globales: desplazamiento forzado en 2019”, pág. 56 (www.unhcr.org/globaltrends2019).

¹³⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 1 A.2.

garantiza derechos mínimos a los apátridas. En el artículo 1.2 iii) se excluye de su ámbito de aplicación a las personas que no merecen ejercer esos derechos por los mismos motivos enunciados en el artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. La Convención de 1961 tiene por objeto prevenir la apatridia y reducirla a lo largo del tiempo.

En el contexto de la lucha contra el terrorismo, hay tres disposiciones de esos tratados que son particularmente pertinentes:

- Los Estados no deben expulsar a una persona apátrida que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público (Convención de 1954, artículo 31.1). Esta disposición es análoga a la del artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y, de igual modo, únicamente es aplicable a las amenazas graves a la seguridad. En ella también se reiteran las garantías procesales de la Convención de 1951, como los derechos a presentar pruebas, interponer recursos y hacerse representar ante la autoridad competente (artículo 31.2). La persona que sea objeto de expulsión tiene derecho a que se le conceda un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país (artículo 31.3). Siguen siendo aplicables las salvaguardias habituales pertinentes respecto de la no devolución (en virtud del derecho de los derechos humanos y del derecho de los refugiados).
- Un Estado no “privará de la nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida” (Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, artículo 8.1), a menos que esa nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa o por fraude (artículo 8.2 b)). Así pues, solo se puede privar de la nacionalidad a una persona por motivos de seguridad (como su implicación en el terrorismo) si la persona ya posee otra nacionalidad o un derecho exigible a otra nacionalidad. No obstante, todo Estado, en el momento de pasar a ser parte en la Convención, puede declarar que, con arreglo a la legislación nacional vigente, se reserva el derecho de privar a una persona de la nacionalidad (entre otras cosas) por conducirse de manera incompatible con el deber de lealtad hacia el Estado (como actuar “de manera gravemente perjudicial para los intereses esenciales del Estado”)¹³⁸.
- Las dos convenciones prohíben la discriminación, lo que impediría establecer perfiles de las personas apátridas que estuviesen basados en la raza, la religión, el origen étnico, las opiniones políticas o el país de origen. La Convención de 1954 exige a los Estados que garanticen a las personas apátridas, sin discriminación alguna, los derechos reconocidos en ella (artículo 3). La Convención de 1961 les requiere que no priven de la nacionalidad a ninguna persona ni a ningún grupo de personas de manera discriminatoria (artículo 9).

La Asamblea General encomendó al ACNUR las tareas de determinar los casos de apatridia, prevenirla, reducirla y proteger a las personas apátridas.

¹³⁸ Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, artículo 8, párrafo 3 a).

MATERIAL DE CONSULTA

Guidance Note of the Secretary-General: The United Nations and Statelessness (noviembre de 2018) (www.un.org/ruleoflaw/files/FINAL%20Guidance%20Note%20of%20the%20Secretary-General%20on%20the%20United%20Nations%20and%20Statelessness.pdf).

ACNUR, Guidelines on Statelessness: Loss and Deprivation of Nationality under articles 5–9 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness (mayo de 2020) (www.unhcr.org/en-us/protection/statelessness/5defa8b74/unhcr-guidelines-statelessness-5-loss-deprivation-nationality-under-articles.html).

F. Los desplazados internos

La violencia terrorista y la lucha antiterrorista a menudo han provocado desplazamientos internos en masa (es decir, dentro del territorio de un mismo Estado), ya sea por ataques directos a civiles, por los efectos colaterales del conflicto o por la imposibilidad de atender a las necesidades humanitarias básicas en las zonas de conflicto. Por ejemplo:

- En su resolución 2233 (2015) el Consejo de Seguridad señaló que la ofensiva a gran escala llevada a cabo por grupos terroristas en el Iraq, en particular por el Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIL-Dáesh), había desplazado a más de tres millones de civiles iraquíes.
- La violencia desatada por el grupo Boko Haram ha dado origen a más de 2,7 millones de desplazados internos en Nigeria y a 680.000 en el Camerún, el Chad y Nigeria, así como a 292.000 refugiados en otros países. Los refugiados ven gravemente amenazados sus derechos a la educación, la alimentación, la salud y la vivienda y a tener acceso al agua, el saneamiento y la educación, y hay 3,5 millones que padecen inseguridad alimentaria.
- En Colombia, el conflicto entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN) fue desplazando dentro del país durante décadas a millones de personas; el número de desplazados internos ascendía a 5,8 millones en diciembre de 2015 (alrededor de un año antes de firmarse el acuerdo de paz de 2016).
- En 2014, la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria observó que las operaciones militares antiterroristas del Gobierno nacional, incluidos los ataques aéreos y el bombardeo de zonas civiles, habían dado lugar a extensos desplazamientos (internos y externos).

No existe ningún tratado internacional dedicado especialmente a los desplazados internos (a diferencia de los tratados sobre los refugiados o los trabajadores migrantes), aunque la Unión Africana ha aprobado un instrumento regional. Si bien los desplazados internos pueden gozar de los mismos derechos que los demás ciudadanos del país, pueden tener necesidades especiales y volverse particularmente vulnerables de resultas del desplazamiento. En la medida en que esas personas se hallen sometidas a la jurisdicción del Estado (en particular, en las zonas que todavía estén bajo el control del Gobierno, aunque no únicamente en ellas), regirán las obligaciones generales del Estado previstas en el derecho internacional de los derechos humanos y, en su caso, del derecho internacional humanitario (DIH). Como se indica en los capítulos I y III del presente módulo, los grupos armados no estatales también tienen obligaciones humanitarias

mínimas en virtud del DIH y tienen prohibido atentar contra los derechos humanos de las personas sometidas a su control.

En los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, aprobados en 1998, se reúnen las normas jurídicas internacionales vinculantes correspondientes y se precisa la manera de aplicarlas a las circunstancias de los desplazados internos. Los Principios rigen las medidas de protección frente al desplazamiento y la prestación de asistencia durante el desplazamiento, el regreso, el reasentamiento y la reintegración. Esas obligaciones deben ser observadas por “todas las autoridades, grupos y personas, independientemente de su condición jurídica” (principio 2), lo que abarca a las organizaciones terroristas y demás grupos armados no estatales.

En el contexto del terrorismo y el antiterrorismo, uno de los principios rectores fundamentales es que nadie podrá verse desplazado arbitrariamente (principio 6.2). En los conflictos armados, el desplazamiento se rige por el DIH, y los civiles solo pueden ser trasladados por la fuerza si así lo exige su seguridad o por razones militares imperativas (principio 6.2 *b*). Otro principio fundamental es la prohibición de toda forma de violencia contra los desplazados internos (principio 10), a quienes se tiene que reconocer la totalidad de sus derechos humanos. No se debe obstaculizar, sino facilitar, el socorro humanitario (principios 24 a 27).

El Consejo de Seguridad también ha prestado atención a las necesidades de los desplazados internos en determinadas situaciones. En relación con la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para el Iraq, el Consejo afirmó que todas las partes “deben crear condiciones propicias para el regreso voluntario, seguro, digno y sostenible de los refugiados y desplazados internos o la integración local de los desplazados internos, en particular en las zonas recientemente liberadas del EIIL (Dáesh), y para promover las actividades de estabilización y el desarrollo sostenible a largo plazo”.

En los casos en que determinados desplazados internos planteen riesgos para la seguridad (como el de ser captados por organizaciones terroristas), la respuesta del Estado siempre debe estar en consonancia con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Preguntas de autoevaluación

1. ¿Qué diferencia hay entre un refugiado y: *a*) un solicitante de asilo; *b*) un desplazado interno; *c*) un apátrida, y *d*) un migrante?
2. ¿Es un refugiado una persona que huye de la pobreza para encontrar oportunidades económicas en otro país? ¿Por qué (o por qué no)?
3. ¿Puede recibir protección como refugiado una persona que comete un acto terrorista? ¿Por qué (o por qué no)? ¿Y las personas que apoyan a un grupo terrorista, pero no cometen actos terroristas?
4. ¿Cuáles son las diferencias entre la exclusión del artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la excepción de la no devolución prevista en el artículo 33, párrafo 2, y la expulsión prevista en el artículo 32?

5. ¿Pueden invocarse las excepciones anteriores si la persona sostiene que corre peligro de ver gravemente menoscabados sus derechos humanos (peligros diferentes al de persecución)?
6. ¿Se puede extraditar a un refugiado para que responda ante la justicia en otro país?
7. ¿En qué circunstancias puede detenerse legítimamente a un solicitante de asilo, a un refugiado o a un migrante al entrar en un país extranjero?
8. ¿Qué salvaguardias procesales son aplicables cuando una persona es expulsada a otro país?



El derecho internacional humanitario y el terrorismo

PLAN DE ESTUDIOS PARA LA CAPACITACIÓN JURÍDICA CONTRA EL TERRORISMO MÓDULO 1

LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Objetivos

Al finalizar el capítulo III, los lectores estarán en condiciones de:

- 1 Explicar las clasificaciones jurídicas de los conflictos armados internacionales y no internacionales y lo que estas implican.
- 2 Comprender la aplicación de los conceptos y principios fundamentales del derecho internacional humanitario a la conducta de los grupos calificados de terroristas (“grupos terroristas”).
- 3 Examinar la clasificación de los diferentes agentes pertinentes en un contexto antiterrorista con arreglo al derecho internacional humanitario, entre ellos los niños vinculados a grupos armados y los combatientes terroristas extranjeros.
- 4 Explicar las normas de derecho internacional humanitario que rigen la detención de civiles durante los conflictos armados.
- 5 Describir la relación entre el derecho internacional humanitario y los delitos relacionados con el terrorismo.
- 6 Analizar las repercusiones de las medidas antiterroristas en cuanto al socorro humanitario en el contexto de los conflictos en que participan grupos terroristas y los criterios para mitigar esas repercusiones.

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional humanitario (DIH), también conocido con el nombre de derecho de los conflictos armados, rige la conducción de los conflictos armados. Sus normas establecen el régimen de protección de los civiles y de quienes hayan dejado de participar en las hostilidades (entre ellos los que estén heridos o enfermos o los que hayan sido capturados), así como los medios y métodos de combate y la legitimidad de determinadas armas. El DIH tiene por objeto conciliar la protección humanitaria con las necesidades militares (de combatir y ganar guerras) y obliga tanto a las fuerzas armadas de los Estados como a los grupos armados no estatales organizados. Es aplicable a todas las partes en conflicto, independientemente de que los motivos de una parte para recurrir a la fuerza en un principio hayan sido legítimos o no.

Las principales fuentes de DIH son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los dos Protocolos Adicionales de 1977, los diversos tratados sobre el control de armas, la Convención y el Reglamento de La Haya de 1907 y el derecho internacional humanitario consuetudinario. Los Estados suelen interpretar el DIH, y también aplicarlo a nivel nacional, entre otras cosas mediante “reglas de enfrentamiento” dirigidas al personal militar y manuales militares.

Hace mucho tiempo que el terrorismo viene planteando problemas relativos al derecho de los conflictos armados, tanto en lo concerniente a la protección de los civiles como a las normas de combate. Esos problemas se han ido exacerbando a medida que aumentan los conflictos en que intervienen grupos armados no estatales calificados de “grupos (o entidades u organizaciones) terroristas” por el Consejo de Seguridad, las organizaciones regionales o los Estados a título individual.

La Asamblea General y el Consejo de Seguridad afirmaron repetidamente que “los Estados Miembros deben cerciorarse de que las medidas que adopten para combatir el terrorismo se ajusten a todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular [...] el derecho internacional humanitario” (además del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados)¹. El DIH es aplicable a los conflictos armados en que intervienen grupos terroristas, y el hecho de que esos grupos estén clasificados como terroristas en virtud de la legislación antiterrorista internacional o nacional (ajena al DIH) no impide ni restringe legalmente su aplicabilidad.

¹ Véanse las resoluciones del Consejo de Seguridad 2178 (2014), preámbulo; 2462 (2019), párr. 6, y 2482 (2019), párr. 16.

La parte A del presente capítulo trata de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto en las que se cometen actos terroristas o intervienen grupos terroristas. La parte B contiene un breve examen de los principios fundamentales de DIH. En la parte C se analiza la clasificación con arreglo al DIH en varias categorías de personas, entre ellas los civiles que participan en conflictos armados y los combatientes extranjeros, grupos estos a los que en ocasiones se puede calificar de “terroristas” al emplear las leyes antiterroristas. También se trata la cuestión del género y el terrorismo en el contexto de los conflictos armados y el reclutamiento de niños por grupos armados. La parte D se refiere a las circunstancias en que puede detenerse a “terroristas” de conformidad con el DIH en el curso de conflictos armados.

Una consideración fundamental del criterio de justicia penal de los Estados con respecto a las personas que cometen actos de terrorismo en situaciones de conflicto armado es la relación entre el DIH y el marco jurídico de la lucha contra el terrorismo. Ese aspecto se aborda en la parte E. Por último, en la parte F se hace un examen de las posibles consecuencias adversas de las medidas antiterroristas para la prestación de socorro y asistencia humanitarias durante un conflicto armado.

REMISIÓN En el capítulo VI del presente módulo se examina una cuestión estrechamente vinculada con este tema, a saber, la responsabilidad por crímenes de guerra imputable en relación con ciertos actos de terrorismo cometidos en el curso de conflictos armados. El capítulo IV se refiere a cuestiones relacionadas con los regímenes aplicables al control de armas y armamentos.

A. La aplicabilidad del derecho internacional humanitario y la calificación de “conflicto armado”

Tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 comenzó a hablarse de una “guerra contra el terrorismo” que ha desatado enfrentamientos militares contra grupos terroristas en muchos Estados. Muchos actos terroristas ya son considerados delitos graves previstos en los tratados internacionales (incluidos los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II) y las leyes nacionales. En algunas circunstancias, un conflicto armado también puede entrañar un patrón de violencia terrorista comprendido en el ámbito de aplicación del DIH. Sin embargo, a diferencia de otros ámbitos del derecho, el DIH no contiene un régimen especial ni normas especiales para los “terroristas” ni para los grupos terroristas (aunque sí prohíbe la propagación deliberada del terror en la población civil, que también constituye un crimen de guerra). El DIH es aplicable a las personas y entidades calificadas de “terroristas” de la misma manera que a los demás participantes en conflictos armados.

Hay varios factores que determinan si el derecho internacional humanitario es aplicable a una situación particular en que se vean envueltos grupos terroristas y la manera de emplearlo. Esos factores son, entre otros, los siguientes:

- si existe o no un conflicto armado internacional;
- si los grupos terroristas tienen o no un “vínculo” suficiente con el conflicto armado;
- si el Estado en cuestión es parte o no en los tratados de DIH pertinentes y en qué medida es aplicable el DIH consuetudinario (vinculante para todos los Estados y partes no estatales) al conflicto de que se trate.

ANÁLISIS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Cabe destacar que el DIH es aplicable a todos los bandos de un conflicto armado, independientemente de que la parte que haya hecho uso de la fuerza militar en primer lugar haya tenido o no un motivo legítimo para hacerlo en virtud de otro sector del derecho internacional: las normas sobre el uso de la fuerza (lo que a menudo se conoce con la expresión latina *ius ad bellum*). Esas normas establecen las circunstancias en que los Estados pueden hacer uso de la fuerza militar fuera de su propio territorio.

En resumen, el derecho internacional prohíbe el uso de la fuerza militar por parte de un Estado contra otro (Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas), salvo cuando:

- a) actúe en legítima defensa contra un “ataque armado” que se esté produciendo (un “ataque armado” puede coincidir con el concepto de “conflicto armado” que desencadena la aplicación del DIH, aunque no es lo mismo);
- b) el Consejo de Seguridad lo haya autorizado en ejercicio de sus facultades en materia de seguridad internacional (Capítulo VII de la Carta);
- c) el otro Estado haya consentido en que haga uso de la fuerza militar en su territorio.

El Estado que recurra a la fuerza militar sin estar autorizado infringe una norma fundamental de derecho internacional y ese recurso a la fuerza militar también puede suponer que las autoridades del Estado cometan el delito internacional de “agresión”.

Este ámbito del derecho plantea diversas cuestiones controvertidas en relación con el terrorismo, entre ellas, determinar si: a) los grupos terroristas independientes, no solo los Estados, pueden perpetrar un “ataque armado”, contra el que se justifica el ejercicio del derecho de legítima defensa en el territorio de otro Estado; b) se puede ejercer el derecho de legítima defensa contra un ataque que sea inminente, pero que aún no se haya producido (legítima defensa “anticipada”), y c) los Estados pueden recurrir a la fuerza militar para proteger a ciudadanos que se encuentren en peligro de muerte en el extranjero.

Aun cuando un Estado haya recurrido inicialmente a la fuerza militar de manera ilegal (por ejemplo, invadiendo un país con el pretexto injustificado de combatir el terrorismo), el DIH sigue siendo aplicable. Esto significa que el Estado agresor está obligado a respetar las normas de DIH sobre la conducción de las hostilidades, como las relativas a quiénes no pueden ser atacados, qué armas no pueden utilizarse y el trato humano de los prisioneros. De igual modo, como los soldados de la fuerza agresora son seres humanos, también gozan de protección contra el uso de armas o tácticas ilegales o cuando son heridos o detenidos. El DIH tiene por objeto aliviar el sufrimiento que acarrea la guerra, no castigar a los soldados individualmente por la agresión ilegal de sus Gobiernos. Rigen las mismas consideraciones cuando se actúa en legítima defensa contra los miembros de un grupo terrorista armado que ha atacado a un Estado: esas personas siguen gozando de las salvaguardias fundamentales del DIH, pero también están obligadas a respetarlo y deberán rendir cuentas de todo crimen de guerra que hayan cometido.

1. Clasificación de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario

El DIH es aplicable cuandoquiera que exista un conflicto armado internacional (en virtud del artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1, párrafo 4,

del Protocolo I de 1977) o un conflicto armado no internacional (en virtud del artículo común 3 de los Convenios de Ginebra).

La clase de conflicto armado de que se trate determina las disposiciones aplicables de DIH. Algunas normas básicas se emplean para ambas categorías, pero hay otras reglas más detalladas que solo se aplican a los conflictos internacionales. En algunos casos puede haber varios conflictos armados simultáneamente en el mismo territorio.

a) Conflicto armado internacional

Existe un conflicto armado internacional cuando se libra un combate militar entre dos o más Estados o cuando un Estado ocupa un territorio extranjero, entablando o no combate²; o cuando un Estado lucha contra un movimiento de liberación nacional comprendido en el Protocolo Adicional I. Los integrantes de las fuerzas armadas del Estado tienen derecho a participar en los combates y gozan de la “inmunidad del combatiente” frente al derecho penal nacional (incluido el del Estado adversario) por actos hostiles que se atengan a las normas de DIH (véase la parte C).

Conflicto entre Estados

Un conflicto entre dos Estados suele implicar combates entre las fuerzas armadas regulares de los Estados. También puede tratarse de fuerzas militares irregulares que pertenezcan a un Estado, como paramilitares, milicias o unidades de voluntarios, o movimientos de resistencia³.

Las fuerzas irregulares pertenecen al Estado cuando este presta apoyo al grupo (en materia de adiestramiento militar, aprovisionamiento de armas o equipo de otra índole y apoyo logístico) y ejerce el “control general” de sus operaciones militares⁴. Ejercer el control general significa que el Estado participa en la organización, coordinación o planificación de las operaciones militares del grupo, pero no necesariamente ordena, exige ni dirige operaciones en particular⁵.

Para poder gozar de la inmunidad del combatiente y del estatuto de prisionero de guerra, las fuerzas irregulares deben:

- estar bajo el mando de una persona que responda de sus subordinados;
- lucir un signo distintivo fijo y reconocible a distancia;
- llevar las armas a la vista;
- dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra⁶.

Los grupos terroristas, aun cuando estén controlados por un Estado, no suelen reunir esas cuatro condiciones, ya que normalmente no luchan ateniéndose a las normas de DIH (es decir, atacando objetivos militares únicamente y respetando a los civiles de conformidad con el DIH). También puede suceder que sus integrantes no se manifiesten abiertamente como combatientes llevando sus armas a la vista, vistiendo un uniforme o luciendo un símbolo. Algunas veces, para obtener una ventaja táctica, se hacen pasar por civiles cuando cometen un atentado. Si los

² Artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núms. 970 a 973.

³ Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (“Tercer Convenio de Ginebra”), aprobado el 12 de agosto de 1949, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 972.

⁴ Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Tadić*, fallo de la Sala de Apelaciones, causa núm. IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, párr. 122.

⁵ *Ibid.*, párrs. 94, 131 y 137.

⁶ Tercer Convenio de Ginebra, artículo 4, párrafo 2.

integrantes de las fuerzas irregulares no cumplen esas condiciones, no gozarán de la inmunidad del combatiente y deberán rendir cuentas de los crímenes de guerra que cometan durante el combate y también de delitos de terrorismo y otros delitos tipificados en el derecho interno.

Además, existe una norma especial para los civiles que se levantan en armas espontáneamente con objeto de resistir una invasión extranjera, antes de que hayan tenido tiempo de organizarse como fuerzas del Estado⁷. Esas personas gozan del estatuto y de la inmunidad del combatiente, siempre y cuando lleven las armas a la vista y respeten el DIH, y solo durante cierto período en el curso de la invasión, hasta que se organicen como fuerzas del Estado.

Ocupación de un territorio extranjero

La ocupación militar de un territorio extranjero, se libren combates o no, constituye un conflicto armado internacional. En general, se considera que un territorio está “ocupado” cuando está “sometido efectivamente a la autoridad del ejército hostil”, es decir, al control administrativo efectivo de otro Estado⁸. Aunque el Estado victimizado no oponga resistencia armada, la situación se sigue considerando un conflicto internacional porque su Gobierno ha sido desplazado por la fuerza, sin su consentimiento.

La resistencia de un grupo de guerrilleros contra una potencia ocupante puede ser legítima según el DIH si esas fuerzas: *a)* pueden ser consideradas combatientes en el sentido del DIH y *b)* respetan las normas de DIH sobre la conducción de las hostilidades (que se analizan en la parte B). Se les puede considerar combatientes si reúnen las condiciones necesarias para constituir las fuerzas irregulares mencionadas anteriormente⁹ o las condiciones de combate menos estrictas previstas en el artículo 44, párrafo 3, del Protocolo I (1977) de los Convenios de Ginebra de 1949¹⁰, a saber, cuando lleven sus armas a la vista antes de las operaciones militares y durante estas. En esta última norma se reconocen las circunstancias y los desafíos especiales de la guerra de guerrillas. En esas circunstancias, los integrantes de las fuerzas de resistencia gozan de la inmunidad del combatiente y del estatuto de prisionero de guerra en caso de ser capturados. Por lo tanto, no pueden ser procesados por terrorismo con arreglo al derecho interno, si bien siguen teniendo que responder de los crímenes de guerra o de lesa humanidad que cometan.

Quienes no reúnen las condiciones de combate pueden quedar sometidos al derecho penal nacional. Sin embargo, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organismo que, en virtud de un tratado internacional, tiene el mandato de promover el DIH, advierte del riesgo de procesar a esas personas en calidad de “terroristas”, ya que hay razones de política para distinguir los conflictos armados del terrorismo (véase la parte E).

Las guerras de liberación nacional y la libre determinación

El enfrentamiento armado entre el Estado y las fuerzas de liberación nacional o los grupos que luchan en pro de la libre determinación puede considerarse un conflicto internacional si el

⁷ *Ibid.*, artículo 4 A.6.

⁸ Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo a la Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, artículo 42 (véase Carnegie Endowment for International Peace, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*) (Nueva York, Oxford University Press, 1915).

⁹ Con arreglo al artículo 4 A.2 del Tercer Convenio de Ginebra.

¹⁰ Si los Estados en cuestión son parte en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (“Protocolo I”), aprobado el 8 de junio de 1977, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512.

Estado en cuestión es parte en el Protocolo Adicional I de 1977¹¹. Esas fuerzas pueden constituirse de manera regular, irregular o como fuerzas de resistencia con carácter de guerrilla. Así pues, sus integrantes pueden ser considerados combatientes en el sentido del DIH, con derecho a luchar, y, debido a su inmunidad como tales, no pueden ser procesados en calidad de “terroristas” por las hostilidades conducidas de conformidad con el DIH. Cuando los Estados no son parte en el Protocolo I, se considera que esos conflictos no son internacionales y no se reconoce el derecho a combatir ni a la inmunidad judicial por delitos de derecho interno.

b) Conflicto armado no internacional

Cuando los implicados en la violencia militar son grupos terroristas, lo más común es que se trate de un conflicto armado que no revista carácter internacional, ya que algunos grupos armados calificados de terroristas no están sometidos al control de un Estado y/o no llevan a cabo operaciones de conformidad con el DIH. Los conflictos no internacionales están incluidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que establece salvaguardias humanitarias mínimas, aun cuando el conflicto tenga lugar en su totalidad en el propio territorio de un Estado y no intervenga en él ningún otro Estado.

ANÁLISIS CONVENIOS DE GINEBRA: ARTÍCULO COMÚN 3

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

¹¹ *Ibid.*, artículo 1, párrafo 4.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.”

El artículo común 3 se refiere a la lucha entre un Estado y un grupo armado no estatal, como ocurre durante una guerra civil clásica. También puede abarcar una lucha entre diferentes grupos no estatales dentro de un Estado, o entre uno o varios Estados y un grupo no estatal, o incluso entre varios grupos armados no estatales en el territorio de otro Estado.

Se ha interpretado que ese artículo exige la presencia de dos elementos esenciales para desencadenar la aplicación del DIH: en primer lugar, que la violencia militar sea suficientemente “intensa” y, en segundo lugar, que el grupo armado no estatal esté suficientemente “organizado”¹². Esos criterios tienen por objeto excluir niveles menos graves de violencia, como “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos...”¹³. Muchos actos terroristas, especialmente cuando son esporádicos y no son perpetrados por una entidad organizada, no desencadenan un conflicto armado. Sin embargo, las campañas más importantes y sostenidas de los grupos terroristas, que conllevan ataques de índole militar, pueden generar conflictos armados.

Hay muchos ejemplos de grupos armados calificados de “terroristas” en los planos nacional, regional o internacional que han participado en enfrentamientos armados contra sus Estados de origen, entre ellos los conflictos desatados entre Sri Lanka y los “Tigres de Liberación del Ílam Tamil” (TLIT), Colombia y las “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia” (FARC), el Perú y “Sendero Luminoso”, Turquía y el “Partido de los Trabajadores del Kurdistán” (PKK), la India y los grupos naxalitas o maoístas, Filipinas y Abu Sayyaf en Mindanao, Somalia y Al-Shabaab, el Afganistán y Al-Qaida, y la República Árabe Siria y el Iraq y grupos como el Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIL-Dáesh) y el Frente Al-Nusra (o Jabhat Fath al-Sham)¹⁴.

La caracterización jurídica o política de un grupo como terrorista (incluso por parte del Consejo de Seguridad) carece de pertinencia al determinar si se trata de un grupo armado organizado que participa en un conflicto comprendido en el ámbito de aplicación del DIH¹⁵. Por ejemplo,

¹² ICTY, *Prosecutor v. Tadić* (recurso interlocutorio sobre jurisdicción), causa núm. IT-94-1, 2 de octubre de 1995, párr. 70; *Prosecutor v. Limaj et al.*, causa núm. IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párr. 83, y *Prosecutor v. Bošković*, causa núm. IT-04-82-T, 10 de julio de 2008.

¹³ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) (1977), artículo 1, párrafo 2 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17513) [criterio que también se utiliza para interpretar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Comentario sobre el Protocolo II de 1987*, art. 1.4, párr. 4473].

¹⁴ Si bien algunos de los grupos armados que se enumeran han sido catalogados como entidades terroristas por el Consejo de Seguridad, otros lo han sido únicamente por organizaciones regionales o Estados a título individual. Los ejemplos que se dan en este párrafo no reflejan la opinión de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) respecto de la designación de estos grupos armados como terroristas ni de la clasificación que hace el DIH de los conflictos en los que están o estuvieron implicados.

¹⁵ Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, *Foreign Fighters under International Law*, Academy Briefing núm. 7 (octubre de 2014), pág. 23; véase también CICR, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos: reafirmar el compromiso con la protección en los conflictos armados en el 70º aniversario de los Convenios de Ginebra”, informe de la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2019.

en 2006, la Comisión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Líbano determinó que existía un conflicto armado entre Hizbulah e Israel, independientemente de que este país calificara a ese grupo de organización terrorista¹⁶.

Protocolo Adicional II de 1977

Si bien en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 están previstos todos los conflictos no internacionales, algunos de ellos también están previstos en su Protocolo Adicional II de 1977. Aunque los criterios de intensidad y organización siguen siendo pertinentes, el Protocolo II únicamente es aplicable si el grupo armado no estatal está “bajo la dirección de un mando responsable” y ejerce el control del territorio. Además, solo se aplica a los conflictos entre un Estado y un grupo no estatal, y no entre grupos armados.

Es poco probable que los movimientos terroristas incipientes y “clandestinos” ejerzan el control de un territorio, pero lo cierto es que algunos grupos terroristas han demostrado ser capaces de dominar un amplio territorio durante períodos prolongados, como los TLIT en el norte y el este de Sri Lanka, las FARC en Colombia y el EIIL (Dáesh) en el Iraq, la República Árabe Siria y Libia.

El Protocolo II ofrece garantías más detalladas que el artículo común 3: hace extensiva la protección a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades y prohíbe los ataques contra civiles.

Alcance geográfico de los conflictos armados no internacionales

Cuando existe un conflicto no internacional, el ámbito de aplicación del DIH “se extiende más allá del momento y lugar exactos de las hostilidades”¹⁷, a todo el territorio del Estado parte. También se hace extensivo al territorio de cualquier otro Estado que ayude al Estado beligerante a combatir a un grupo armado¹⁸.

Una cuestión más difícil de determinar es si el DIH es aplicable cuando la lucha se propaga al territorio de un Estado no beligerante o se encuentran allí integrantes del grupo armado. Es lo que ocurre con Al-Qaida o el EIIL (Dáesh), que actúan en varios Estados. También han sido objeto de controversia jurídica los ataques con drones contra Al-Qaida y sus grupos afiliados que se llevaron a cabo en zonas que no eran el campo de batalla “candente” del Afganistán, como el Pakistán, Somalia y el Yemen. Si el DIH fuese aplicable en esas situaciones, podría permitirse a los Estados atacar militarmente a terroristas en el territorio de Estados no beligerantes.

Estas cuestiones no están resueltas en el derecho internacional. No obstante, el CICR adopta el siguiente criterio¹⁹:

- Si los combates que se libran en un Estado beligerante “se propagan” a un Estado vecino no beligerante, el DIH es aplicable a la zona de hostilidades de ese Estado (pero no a todo su territorio), debido a la estrecha relación que existe con el conflicto que tiene lugar en el primer Estado.

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos, informe de la Comisión de Investigación sobre el Líbano presentado de conformidad con la resolución S-2/1 del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/3/2, párr. 62.

¹⁷ ICTY: *Prosecutor v. Tadić* (recurso interlocutorio sobre jurisdicción), causa núm. IT-94-1, 2 de octubre de 1995, párr. 67.

¹⁸ CICR, El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, informe de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2015 (32IC/15/11), pág. 15 (https://rcrcconference.org/app/uploads/2015/04/32IC-Report-on-IHL-and-the-challenges-of-contemporary-armed-conflicts_ES.pdf).

¹⁹ *Ibid.*

- Si los combates entre el Estado beligerante y el grupo tienen lugar en el territorio de un Estado no beligerante que no sea adyacente, la violencia debe evaluarse por separado para determinar si reúne los criterios de intensidad y organización necesarios para reconocerla como conflicto. El DIH no se hace extensivo automáticamente a otro territorio a partir del conflicto planteado en el del Estado beligerante; en el DIH no se reconoce una “guerra mundial contra el terrorismo” que se vaya extendiendo a los lugares donde se encuentren los integrantes del grupo o a cualquier combate que este libere contra el Estado beligerante fuera de su territorio.

En este último caso, cuando no existe un conflicto armado independiente en otro lugar, la respuesta adecuada incumbe a las fuerzas del orden, y el marco jurídico adecuado es el del derecho internacional de los derechos humanos (véase el capítulo I del presente módulo).

Conflictos “transnacionales” en el territorio de otro Estado

Otra cuestión es determinar si un conflicto entre un Estado y un grupo terrorista que se desarrolla en el territorio de otro Estado debe calificarse de conflicto armado internacional o no internacional. Cuando se redactaron los Convenios de Ginebra de 1949 se pensó que el artículo común 3 era aplicable a las guerras civiles entre los ciudadanos y su Gobierno dentro del territorio de un solo Estado²⁰.

Sin embargo, a partir del 11 de septiembre de 2001, algunos Estados han luchado contra grupos terroristas en el territorio de otros Estados, como en el caso de la campaña multinacional dirigida por los Estados Unidos de América contra Al-Qaida en el Afganistán; los ataques de los Estados Unidos, Gran Bretaña, el Canadá, Australia, la Federación de Rusia, el Irán y Turquía contra el EIIL (Dáesh) en la República Árabe Siria y el Iraq; los ataques de Turquía contra el PKK en el Iraq, y los ataques de Colombia contra las FARC en el territorio del Ecuador.

La interpretación y la práctica aplicadas a partir del 11 de septiembre han confirmado que no existe ninguna laguna en el DIH en ese sentido. En la causa *Hamdan contra Rumsfeld*²¹, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió que el artículo común 3 abarcaba todo conflicto que no estuviese previsto en el artículo común 2 (a saber, las guerras entre Estados), independientemente del lugar en el que se desarrollaran las hostilidades. El Gobierno de los Estados Unidos argumentó en vano que la guerra contra Al-Qaida en el Afganistán no se regía por el DIH porque no era ni un conflicto internacional entre dos Estados ni un conflicto no internacional (es decir, no era una guerra civil clásica que se librara en los Estados Unidos). El Tribunal rechazó ese punto de vista y concluyó que el conflicto planteado entre los Estados Unidos y Al-Qaida en el Afganistán era un conflicto no internacional. La decisión garantizó que las salvaguardias humanitarias previstas en el artículo común 3 se hicieran extensivas incluso a los “terroristas” no ciudadanos presentes en un campo de batalla extranjero.

No obstante, existen otros posibles criterios. El CICR considera que un conflicto entre un Estado y un grupo no estatal que se desarrolle en el territorio de otro Estado podría constituir: *a)* un conflicto no internacional entre el primer Estado y el grupo armado, y también *b)* un

²⁰ International Institute of Humanitarian Law (Instituto Internacional de Derecho Humanitario), *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict: With Commentary* (San Remo, 2006), párr. 1.1.1.

²¹ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006) (Tribunal Supremo de los Estados Unidos).

conflicto internacional entre los dos Estados si el segundo Estado no consiente que las hostilidades del primero tengan lugar en su territorio.

Un ejemplo de conflictos paralelos son los actos de violencia entre Israel y Hizbulah que tuvieron lugar en el Líbano en 2006, que constituyeron: *a)* un conflicto no internacional entre Israel y Hizbulah; *b)* un conflicto internacional entre Israel y el Líbano, porque este no dio su consentimiento a las acciones de Israel²², y *c)* un conflicto internacional entre Israel y la República Árabe Siria, debido a la ocupación continua por parte de Israel de los Altos del Golán Sirio.

Duración de un conflicto no internacional

El DIH comienza a regir a partir del momento en que se desata un conflicto armado. En consecuencia, “existe un conflicto armado mientras la violencia siga siendo suficientemente intensa y las partes estén suficientemente organizadas, de manera que las hostilidades se desarrollen en la forma habitual (que puede ser discontinua por razones estratégicas, estacionales o de otra índole)”²³. Por lo general, un conflicto termina (y el DIH deja de ser aplicable) cuando se ha llegado a una “solución pacífica”²⁴, de resultas del cese de todas las hostilidades entre las partes en conflicto y del hecho de que “no existe un riesgo real de que se reanuden”²⁵.

ACTIVIDAD CALIFICACIÓN DE CONFLICTO ARMADO

En el país Rojo, las fuerzas armadas nacionales están envueltas en un conflicto armado contra el “Ejército Azul”, grupo armado no estatal. El conflicto se desarrolla en su totalidad en el territorio del país Rojo, pero el Ejército Azul recibe remesas de armas, combustible y dinero de los servicios de inteligencia del vecino país Negro.

En un vídeo difundido en los medios sociales, el líder del Ejército Azul ha jurado lealtad al Grupo X, grupo armado no estatal que actúa en el país Verde. El Grupo X figura en una lista de entidades terroristas establecida por el país Verde, el país Rojo y el Consejo de Seguridad. Sin embargo, no hay indicios de que ese grupo esté prestando apoyo tangible alguno al Ejército Azul.

El país Blanco financia la participación de mercenarios en apoyo de las fuerzas armadas del país Rojo. Los mercenarios son, en su mayoría, integrantes retirados del ejército del país Blanco.

➤ *¿Calificaría usted el conflicto que se desarrolla en el país Rojo de conflicto armado internacional o no internacional a efectos del DIH?*

2. Vinculación a un conflicto armado

El DIH únicamente es aplicable a los actos de terrorismo que tienen un vínculo o nexo suficientemente estrecho con un conflicto armado, vale decir, si el autor ha actuado en apoyo o al amparo de dicho conflicto, por ejemplo, si el conflicto incidió de manera sustancial en la

²² Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, Proyecto sobre el Estado de Derecho en los Conflictos Armados, “Qualification of Armed Conflicts”, 13 de junio de 2012.

²³ Saul, Ben, “Terrorism and international humanitarian law”, en *Research Handbook on International Law and Terrorism* (Saul, Ben, comp.) (Edward Elgar Publishing, 2014), pág. 221.

²⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-AR72, Sala de Apelaciones, decisión de 2 de octubre de 1995, párr. 70.

²⁵ CICR, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”, informe de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, octubre de 2015, pág.10.

capacidad de la persona para cometer el delito, en la decisión o la manera de cometerlo o en el propósito con que se cometió²⁶.

Los delitos comunes que carecen de ese vínculo –entre ellos, los cometidos en beneficio propio o en pos de causas terroristas o campañas no relacionadas con el combate militar entre las partes en conflicto— están sometidos a medidas de aplicación de la ley adoptadas en el marco de las leyes antiterroristas y del derecho internacional de los derechos humanos, pero no del DIH.

MATERIAL DE CONSULTA

Comité Internacional de la Cruz Roja, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”, informe de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2015.

Comité Internacional de la Cruz Roja, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos: Reafirmar el compromiso con la protección en los conflictos armados en el 70º aniversario de los Convenios de Ginebra”, informe de la 33ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2019.

B. Normas fundamentales sobre la conducción de las hostilidades

Las normas y principios de DIH sobre la conducción de las hostilidades tienen por objeto regular la conducta de las partes en conflicto y proteger a quienes no participan o han dejado de participar en él. Esas reglas prohíben la mayoría de los actos que se considerarían “terroristas” en un contexto ajeno al de un conflicto armado, como los ataques contra civiles o contra bienes de carácter civil, especialmente los de carácter indiscriminado, la toma de rehenes, el uso de armas prohibidas y los atentados contra bienes culturales²⁷. Muchas de estas acciones están tipificadas como crímenes de guerra en el contexto de los conflictos armados. El DIH también proscribe expresamente los actos de terrorismo, como se examina más adelante, en la parte 5.

1. Principio de distinción

Una norma fundamental de DIH es que las partes en conflicto deben distinguir siempre entre civiles y combatientes, así como entre bienes de carácter civil y objetivos militares, y únicamente pueden atacar a los combatientes y a los objetivos militares, no a los civiles ni a los bienes de carácter civil²⁸.

Los **objetivos militares** son bienes que, por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuyen eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o

²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kunarac*, IT-96-23 e IT-96-23/1-A, Sala de Apelaciones, sentencia de 12 de junio de 2002, párr. 58.

²⁷ Saul, Ben, “Terrorism and international humanitarian law”, en *Research Handbook on International Law and Terrorism* (Saul, Ben, comp.) (Edward Elgar Publishing, 2014), pág. 226.

²⁸ Protocolo I, artículos 48; S1, párrafo 2, y S2, párrafo 2; Protocolo II, artículo 13, párrafo 2, y CICR, DIH consuetudinario, normas 1 y 7.

neutralización, ofrecen, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida²⁹. Puede tratarse de establecimientos, edificios y posiciones donde se encuentran los combatientes enemigos, su material y sus armas, y de objetivos de transporte y comunicaciones militares.

Los **bienes de carácter civil** son todos aquellos que no son objetivos militares en el sentido de la definición anterior. Pueden ser zonas civiles, pueblos, ciudades, aldeas, áreas residenciales, viviendas, edificios, casas, establecimientos de enseñanza, medios civiles de transporte, hospitales, centros médicos y unidades sanitarias, monumentos históricos, lugares de culto, bienes culturales y el medio natural³⁰.

Las partes en conflicto pueden utilizar con fines militares bienes que normalmente se utilizan con fines civiles. Estos podrían ser medios civiles de transporte (como carreteras, aeropuertos, puertos, ferrocarriles y camiones), infraestructura de comunicaciones, servicios de electricidad, un objetivo económico o una superficie de terreno que revista importancia estratégica. El DIH permite atacar bienes de carácter civil denominados de “doble uso” en la medida en que estos respondan a la definición de objetivo militar y mientras lo sigan haciendo. En caso de duda, se presume que los bienes que normalmente se dedican a actividades civiles (como los lugares de culto, las casas o las instituciones de enseñanza) no son objetivos militares³¹.

ACTIVIDAD **DISTINCIÓN ENTRE OBJETIVOS MILITARES Y OBJETIVOS CIVILES**

En la región septentrional del país C el Gobierno está inmerso en un conflicto armado contra un grupo al que califica de “organización terrorista”. Este recurre a cometer atentados mortales con artefactos explosivos improvisados, colocados junto a la carretera, contra los autobuses que transportan a los reclutas y al resto del personal de las fuerzas armadas desde otras partes del país C a los cuarteles de la zona de conflicto.

El grupo también ha perpetrado varios atentados contra comisarías de policía de la región septentrional del país C, en los que ha dado muerte a agentes y se ha apoderado de armas de la policía. Además de las fuerzas ordinarias, la policía de la región septentrional posee unidades especiales adiestradas y equipadas para controlar disturbios, actuar en casos de toma de rehenes y realizar operaciones de alto riesgo en materia de búsqueda, captura y detención de sospechosos de terrorismo. Esas unidades policiales especiales están equipadas con metralletas, fusiles de asalto, indumentaria de protección, vehículos blindados y dispositivos de visión nocturna.

- *¿Son los autobuses y la policía objetivos militares legítimos para el grupo según el DIH?*
- *¿Constituyen esos atentados «actos de terrorismo» en virtud de los convenios, convenciones y protocolos universales de lucha contra el terrorismo y/o de las resoluciones del Consejo de Seguridad?*
- *¿Podrían ser sancionados como delitos relacionados con el terrorismo con arreglo al derecho penal de su país? ¿Qué otros delitos constituirían?*
- *¿En qué medida es pertinente la clasificación de los ataques según el DIH para su clasificación en el derecho penal de su país?*

²⁹ *Ibid.*, artículo 52, párrafo 2.

³⁰ CICR, DIH consuetudinario, norma 9.

³¹ Protocolo I, artículo 52, párrafo 3.

2. Ataques indiscriminados

El DIH también prohíbe los ataques indiscriminados³², es decir, los que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a civiles o bienes de carácter civil. Puede tratarse del bombardeo de toda una ciudad donde se refugien tanto civiles como combatientes o del uso de armas intrínsecamente imprecisas.

3. Proporcionalidad

Aun cuando se trate de un objetivo militar, no se deberá lanzar un ataque si existe la posibilidad de que pueda causar muertos o heridos accidentalmente entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta directa prevista³³. Dicho de otro modo, las bajas civiles no deben ser desproporcionadas. Así pues, lo que es desproporcionado varía según la importancia militar del objetivo.

4. Prohibiciones especiales relativas a los actos de terrorismo establecidas en el derecho internacional humanitario

Además de las salvaguardias mencionadas en favor de los civiles, el DIH prohíbe:

- tanto en los conflictos internacionales como en los no internacionales, “los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”³⁴. El incumplimiento de esta prohibición también constituye crimen de guerra;
- en los conflictos internacionales, “toda medida de intimidación o de terrorismo” contra personas protegidas³⁵;
- en los conflictos no internacionales, los “actos de terrorismo”³⁶.

Estas prohibiciones del DIH aluden a ciertas tácticas de guerra y son distintas de las relativas a muchos delitos de terrorismo tipificados en la legislación nacional aplicable al margen de los conflictos armados, y también más limitadas que estas.

REMISIÓN En el capítulo VI del presente módulo se analiza más a fondo la relación entre el crimen de guerra que consiste en sembrar el terror en la población civil y los delitos previstos en los instrumentos internacionales contra el terrorismo.

5. Otras medidas especiales de protección de la población civil

Si bien los ataques contra la población civil y los bienes de carácter civil están prohibidos en general, el DIH refuerza esas normas con otras salvaguardias más especializadas relativas a bienes particularmente importantes.

Los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil no deben ser objeto de ataques ni ser destruidos, sustraídos o inutilizados con el fin de privar del sustento a la

³² *Ibid.*, artículo 51.4, y CICR, DIH consuetudinario, norma 11.

³³ *Ibid.*, artículos 51.5 b) y 57.2 a) iii) y b).

³⁴ *Ibid.*, artículo 51.2, y Protocolo II, artículo 13.2.

³⁵ Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, artículo 33.1.

³⁶ Protocolo II, artículo 4.2 d).

población civil³⁷. Esos bienes pueden ser productos alimenticios, zonas agrícolas, cosechas, ganado, instalaciones y reservas de agua potable y obras de riego. También está prohibido hacer padecer hambre deliberadamente a la población civil³⁸.

Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas no deben ser objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, si el ataque puede producir la liberación de esas fuerzas y, en consecuencia, causar “pérdidas importantes” en la población civil³⁹. Esas obras o instalaciones pueden ser presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica.

Los bienes culturales y religiosos importantes gozan de una protección especial en el DIH⁴⁰. Está prohibido atacar (incluso a manera de represalia) los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto “que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos”⁴¹. El ataque a bienes culturales y religiosos también constituye un crimen de guerra en algunas situaciones⁴². Esos bienes tampoco deben utilizarse en apoyo de la acción bélica, por ejemplo, situando a los combatientes o el equipo militar cerca de bienes culturales o religiosos para protegerlos de los ataques. Los bienes culturales también están amparados, en general, por el DIH contra el pillaje o el saqueo, aspectos que se examinan a continuación.

A menudo se ha recurrido a destruir bienes culturales como medio deliberado de intimidar al enemigo y como técnica de guerra étnica, religiosa o sectaria. Son ejemplos notorios de esto la destrucción de bienes culturales durante las guerras de los Balcanes en la década de 1990 y la demolición de las estatuas monumentales de Buda en Bamiyán (Afganistán) por los talibanes.

El llamado “terrorismo cultural” también ha pasado a ser una de las características de los conflictos en que intervienen grupos terroristas. En 2012, militantes religiosos fundamentalistas destrozaron en Malí unos 40.000 manuscritos antiguos y 16 mausoleos sufíes. El EIIL (Dáesh) destruyó bienes culturales en la República Árabe Siria, el Iraq y Libia, entre ellos, mezquitas, santuarios, tumbas, iglesias, monasterios, museos y ruinas antiguas, entre ellas el antiguo sitio del Patrimonio Mundial de Palmira en la República Árabe Siria⁴³.

El medio natural está especialmente protegido por el DIH. La guerra provoca inevitablemente daños ambientales colaterales y no existe una prohibición absoluta al respecto. Lo que está proscrito es emplear métodos o medios de hacer la guerra concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural⁴⁴, o que quepa prever que los causen y, de esa forma, comprometan la salud o la supervivencia de la población⁴⁵.

El DIH también prohíbe atacar otras zonas que están especialmente protegidas en los conflictos internacionales, a saber, ciudades y localidades indefensas, áreas en que haya hospitales y otras instalaciones sanitarias, zonas de seguridad civil, zonas neutralizadas y zonas desmilitarizadas.

³⁷ Protocolo I, artículo 54.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, artículo 56.

⁴⁰ Véase la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 249, núm. 3511.

⁴¹ Protocolo I, artículo 53.

⁴² *Ibid.*, artículos 53 y 85.4 d).

⁴³ Véase la resolución 2199 (2015) del Consejo de Seguridad, párr. 15.

⁴⁴ Protocolo I, artículo 35.3; véase también CICR, DIH consuetudinario, norma 45.

⁴⁵ *Ibid.*, artículo 55.1.

6. Métodos de guerra prohibidos

Hay un conjunto de normas especiales sobre los métodos de guerra previstas en el DIH que son particularmente pertinentes en el contexto del terrorismo.

La **perfidia**, es decir, “los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a este que tiene derecho a protección o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”⁴⁶, está prohibida por el DIH y constituye un crimen de guerra (como los casos en que alguien se hace pasar por civil y comete un atentado vistiendo ropa de civil y ocultando sus armas). Otros ejemplos pueden ser perpetrar un ataque fingiendo:

- estar herido o enfermo;
- rendirse:
 - a) levantando una bandera blanca como si quisieran negociar;
 - b) amparándose en un estatuto de protección, por ejemplo, mediante el uso indebido del: a) emblema de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, reservado para actividades médicas y religiosas; b) el emblema de las Naciones Unidas utilizado en sus misiones de mantenimiento de la paz o de socorro, o c) el emblema de un bien cultural protegido;
 - c) haciéndose pasar por un funcionario público uniformado que no participa en el conflicto.

No dar cuartel, o amenazar con no hacerlo, está prohibido por el DIH⁴⁷. Así pues, está proscrito agredir a toda persona que esté “fuera de combate”, es decir, a quien haya sido detenido o se encuentre indefenso por estar inconsciente, por haber naufragado o por estar herido o enfermo, o a quien tenga la clara intención de rendirse o se lance en paracaídas de una aeronave en peligro.

Las **represalias** contra civiles, contra quienes estén fuera de combate⁴⁸ y contra bienes de carácter civil están prohibidas por el DIH⁴⁹. Por “represalia” se entiende todo acto que, aunque normalmente sería ilícito, en casos excepcionales se considera lícito cuando se utiliza como medida coercitiva en reacción a los actos ilícitos de un adversario. La prohibición de las represalias contra la población civil tiene por objeto impedir que se tome represalia contra civiles inocentes, como las que se registraron con frecuencia durante la Segunda Guerra Mundial.

Los **bienes de carácter civil** están protegidos por el DIH. El pillaje (o saqueo, o el robo) está prohibido. Por “pillaje” se entiende el acto de apoderarse o apropiarse por la fuerza de bienes para uso privado o personal⁵⁰. La propiedad privada no debe ser confiscada y solo puede ser incautada o destruida cuando lo justifique una necesidad militar imperiosa⁵¹.

⁴⁶ *Ibid.*, artículo 37.1; véase también CICR, DIH consuetudinario, norma 65.

⁴⁷ CICR, DIH consuetudinario, normas 46 a 48.

⁴⁸ Entre ellas los heridos, los enfermos y los náufragos, el personal médico y religioso y los combatientes capturados.

⁴⁹ Protocolo I, artículos 52 a 56; CICR, DIH consuetudinario, normas 146 y 147.

⁵⁰ CICR, DIH consuetudinario, norma 52.

⁵¹ *Ibid.*, norma 51.

7. Armas prohibidas y de uso restringido

El DIH proscribiera especialmente el empleo de algunas armas y restringe el de otras. También contiene una prohibición general sobre el uso de armas que sean “de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”⁵². Por lo demás, el uso de las armas lícitas se rige por los principios generales de distinción y proporcionalidad y por los relativos a los medios y métodos de guerra. Al margen del DIH, diversos tratados de control de armamentos, resoluciones del Consejo de Seguridad y embargos de armas impuestos por las Naciones Unidas establecen otras restricciones en relación con las armas. En el capítulo V del presente módulo se examina la reglamentación de los armamentos en el DIH y otros instrumentos.

C. Clasificación de los agentes vinculados a los grupos terroristas según el derecho internacional humanitario

Una persona puede estar sometida simultáneamente al DIH y a las leyes antiterroristas. En algunos aspectos, ambos ámbitos del derecho tienen el mismo propósito: proteger de la violencia a la población civil, incluso mediante el enjuiciamiento penal en determinadas circunstancias. No obstante, el DIH reconoce el derecho de ciertas categorías de personas —principalmente, los combatientes— a recurrir a la violencia de manera legítima contra otros combatientes y contra objetivos militares.

En el DIH no existe una figura jurídica especial de “terrorista”, cuyo estatuto jurídico, además, ha sido objeto de extensos debates. Es fundamental determinar la condición jurídica de una persona en un conflicto, ya que eso dicta los privilegios y salvaguardias que ofrece el DIH, establece si esa persona puede ser legítimamente detenida o procesada o constituir un objetivo militar.

Conflictos internacionales

En los conflictos internacionales, las fuerzas regulares e irregulares del Estado y los civiles que se resisten espontáneamente a una invasión son reconocidos como “combatientes”, tienen derecho a participar en las hostilidades, gozan de inmunidad penal en el Estado extranjero si actúan conforme a las normas de DIH y son considerados prisioneros de guerra cuando son capturados. Sin embargo, pueden ser perseguidos por crímenes de guerra, así como por infracciones de las normas de derecho penal de su Estado de origen que sean compatibles con el DIH. Además, como se ha mencionado, las fuerzas irregulares del Estado que no cumplan las condiciones de combate no poseen la inmunidad del combatiente y pueden ser perseguidas por delitos graves con arreglo al derecho interno.

Según el DIH, si una persona no es un combatiente, automáticamente es considerada un civil⁵³. Los civiles gozan de inmunidad frente a ataques militares y de muchas salvaguardias especiales previstas en el DIH. Pueden ser considerados responsables, en virtud de las leyes antiterroristas

⁵² Protocolo I, artículo 35.2.

⁵³ *Ibid.*, artículo 50.1: “Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4 A 1, 2, 3 y 6 del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil”; véase también CICR, DIH consuetudinario, norma 5.

nacionales (de su propio Estado o de un Estado extranjero), de los actos que cometan en el contexto de conflictos internacionales, ya sea conforme a la legislación del Estado en el que se cometa el acto o a la de un Estado extranjero relativa a delitos extraterritoriales.

Conflictos no internacionales

Como se indicó anteriormente, la mayoría de los conflictos en que intervienen grupos terroristas no son de índole internacional. En los conflictos no internacionales no rigen ni el estatuto de combatiente ni las prerrogativas o inmunidades de los combatientes, y tampoco rige el estatuto de prisionero de guerra. La autoridad de los miembros de las fuerzas armadas del Estado para atacar a grupos armados no estatales emana del derecho interno y del DIH. Los integrantes de los grupos armados no estatales (“combatientes”) no están legitimados para combatir, según la legislación nacional, y siguen sometidos a esta incluso en lo que respecta al enjuiciamiento por cualesquiera delitos contra la seguridad nacional, como los delitos de terrorismo o los crímenes de guerra. El enjuiciamiento de los crímenes de guerra se analiza en el capítulo VI del presente módulo.

De todos modos, el DIH reconoce la existencia de grupos armados no estatales organizados, les impone obligaciones en cuanto a respetar sus normas y regula la manera en que los Estados pueden reaccionar ante la amenaza que plantean.

1. Pertenencia a grupos armados no estatales

Los integrantes de grupos armados organizados que cumplen una “función de combate continua” pueden ser atacados en cualquier momento (al igual que los combatientes en los conflictos internacionales). Se debe disponer de suficiente información fidedigna sobre sus actividades para determinar que realmente están cumpliendo una función de combate continua. Pueden indicar que cumplen esa función si:

- llevan uniformes, signos distintivos o determinadas armas;
- han sido reclutados, entrenados y equipados para el combate antes de intervenir realmente en este;
- su conducta es concluyente, como cuando han participado directamente y de forma reiterada en hostilidades en apoyo de un grupo armado organizado, si esa conducta indica una función continua y no un papel espontáneo, esporádico o temporal asumido durante una operación en particular⁵⁴.

En caso de duda, se presume que la persona es un civil.

Según el criterio preferido por el CICR, no se considera que cumplan funciones de combate continuas otros integrantes o colaboradores de los grupos armados no estatales que no participan en las hostilidades, como los que desempeñan funciones políticas o administrativas u otras ajenas al combate. Estos pueden ser:

- reclutadores, adiestradores, financieros y propagandistas que contribuyan a las actividades bélicas en general;

⁵⁴ CICR, *Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario) (Ginebra, 2009), págs. 33 a 35.

- personas que adquieran, pasen de contrabando, fabriquen o almacenen armas u otro equipo militar al margen de operaciones militares concretas;
- personas que reúnan inteligencia en general, pero no inteligencia militar táctica;
- “reservistas” civiles que hayan recibido adiestramiento de combate, pero que no estén en servicio activo;
- personas que se dediquen a la construcción de carreteras o infraestructura;
- personal político y administrativo, incluido el de autoridades estatales *de facto*.

Estas personas son civiles que no pueden ser objeto de ataques, a menos que participen directamente en las hostilidades (véase la parte 2).

Algunos aspectos del criterio utilizado por el CICR en lo que respecta al desempeño de una función de combate continua no están aceptados universalmente. Algunos Estados opinan que todos los integrantes de un grupo armado pueden ser atacados, no solo los que desempeñan una función de combate continua. Así pues, la muerte accidental de esas personas no tiene por qué tenerse en cuenta al determinar si las bajas civiles son desproporcionadas. Sin embargo, es posible que los Estados que adoptan esa posición no ataquen a esas personas en la práctica, ya que tal vez no sea conveniente hacerlo desde el punto de vista militar.

Por otra parte, algunos expertos han criticado el criterio empleado por el CICR por ampliar la dimensión temporal de las normas aplicables de DIH. Como se explica en la parte siguiente, el DIH únicamente permite atacar a las personas que “participen directamente en las hostilidades” (especialmente si cumplen una función de combate continua) y solo mientras lo estén haciendo (véase la parte 2). Quienes critican el criterio del CICR argumentan que, por lo tanto, los integrantes de un grupo armado únicamente pueden ser atacados cuando participan efectivamente en las hostilidades, y no en otros momentos comprendidos en el concepto del CICR de “función de combate continua” (como cuando se entrenan o durante los intervalos entre operaciones militares).

2. Civiles que participan directamente en las hostilidades

Los civiles que no son miembros de un grupo armado que cumple una función de combate continua, pero que participan directamente en las hostilidades, pueden ser objeto de ataques militares mientras lo sigan haciendo. Una vez que dejen de participar directamente, recuperan la protección de que gozaban contra los ataques⁵⁵. El propósito de la norma es maximizar la protección de civiles permitiendo atacar únicamente a las personas consideradas peligrosas desde el punto de vista militar y, de esa forma, amparar a todos los demás civiles.

Mucho se ha discutido acerca de la interpretación de esta norma en el contexto del terrorismo. Una cuestión clave es determinar lo que cuenta como participación “directa” (en lugar de indirecta) y, por lo tanto, quién puede y quién no puede ser objeto de un ataque. Los grupos terroristas suelen disponer de extensas redes de apoyo formadas por personas que, aunque no combaten, realizan actividades que permiten al grupo funcionar y luchar. Pueden ser planificadores o estrategas, financieros, propagandistas, reclutadores, abastecedores de armas y

⁵⁵ Protocolo I, artículo 51, párrafo 3.

fabricantes de bombas, mensajeros, espías e informáticos. El CICR ha impartido orientación acerca del significado del concepto de participación directa en las hostilidades⁵⁶ y entiende que se trata de “determinados actos realizados como parte de la conducción de las hostilidades entre las partes en conflicto”. El acto debe infligir daños militares al adversario o a las personas o bienes protegidos, causar esos daños directamente y tener por objeto apoyar a uno de los bandos⁵⁷. Dependiendo de las circunstancias, los ejemplos de participación directa en los enfrentamientos podrían ser los siguientes actos⁵⁸:

- preparar, ejecutar u ordenar actos u operaciones militares;
- proporcionar equipo militar, instrucción y transporte al personal para que los realice;
- reunir o transmitir inteligencia militar táctica para hacerlos posibles;
- preparar, transportar y posicionar las armas y el equipo que se utilizarán en ellos.

Algunos ejemplos comunes de participación indirecta en las hostilidades, es decir, de actos que no llegan a equivaler a una participación directa, podrían ser los siguientes⁵⁹:

- comprar, producir, pasar de contrabando y ocultar armas;
- reclutar y adiestrar personal en general;
- prestar apoyo financiero, administrativo o político a grupos armados;
- organizar redes informáticas, diseñar programas maliciosos o perpetrar robo cibernético⁶⁰.

La participación directa en los enfrentamientos puede abarcar los actos preparatorios para la ejecución de una acción hostil y el despliegue hacia y desde el lugar del ataque, ya que estos forman parte de la actividad hostil⁶¹.

⁵⁶ CICR, *Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Ginebra, 2009), pág. 43.

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 46.

⁵⁸ *Ibid.*, págs. 66, 67 y 33 a 35.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (Centro de Excelencia de Defensa Cibernética Cooperativa), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (2013), pág. 120.

⁶¹ CICR, *Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Ginebra, 2009), pág. 65.

ACTIVIDAD **DISTINCIÓN ENTRE LA FUNCIÓN DE COMBATE CONTINUA Y LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE CIVILES EN LAS HOSTILIDADES, SEGÚN EL DIH, Y LOS DELITOS RELACIONADOS CON EL TERRORISMO**

Considere las cuatro hipótesis siguientes:

1. El líder supremo de una organización terrorista lleva varios años escondido en una vivienda particular del país A, el cual está en paz, pero es vecino del país B, donde se desarrolla un conflicto armado en el que participa el grupo terrorista. Al principio del conflicto, el líder se encontraba en el país B y había pruebas convincentes de que daba órdenes a su grupo para que participara allí en las hostilidades (incluso en ataques suicidas con explosivos ocultos bajo indumentaria civil). Después de que huyó al país A se hizo más difícil obtener información sobre sus actividades. No se sabía si seguía dirigiendo las operaciones militares día a día en el país B a distancia, o si solo conservaba la dirección política y espiritual general del grupo, pero había cedido el mando militar operacional a sus subordinados. El país B descubre su paradero y ordena una misión secreta para “capturarlo o matarlo” en el país A en su domicilio. Cuando las fuerzas especiales de B llegan allí en mitad de la noche, lo encuentran medio dormido, en pijama, en su habitación.
2. Una joven se gana la vida vendiendo verduras en un carro junto a la carretera que conduce a una cercana base militar del Gobierno. Su hermano es integrante de un grupo terrorista. Este le da un teléfono móvil y le pide que lo llame cada vez que vea tanques saliendo de la base. Ella sabe que, al parecer, algunos de esos tanques nunca regresan a la base. No está interesada en la política ni en la guerra. Solo desea complacer a su hermano. [Considere si su respuesta sería diferente si la joven solo estuviera reuniendo información acerca de las personas que entran a la base, pero no sobre operaciones militares en curso.]
3. Un banquero expatriado simpatiza con la causa de un grupo armado y canaliza dinero en secreto hacia él. No le interesa saber concretamente para qué se utiliza el dinero si este sirve para promover la causa, ya sea desde el punto de vista político o militar o para prestar socorro humanitario a la afligida población civil.
4. Un joven, ciudadano del país X, viaja al país Y para sumarse a un grupo armado que participa en hostilidades contra el Gobierno del país Y. El joven graba vídeos para el grupo que se difunden en las redes sociales, en los que se exhorta a sus conciudadanos a viajar al extranjero para integrarse al grupo armado, ya sea en calidad de combatientes o esposas, o bien para prestar asistencia humanitaria. A veces también insta a los conciudadanos que residen en su país a atacar a los soldados, a funcionarios del Gobierno y a otros ciudadanos por cualquier medio, incluso atropellando a personas con un vehículo o apuñalándolas al azar por las calles.

TAREAS

Aplique el derecho penal de su país a las actividades de las personas de los ejemplos 1, 2, 3 y 4. Suponiendo que los grupos armados sean considerados entidades terroristas en la legislación de su país:

- a) ¿Han cometido delitos relacionados con el terrorismo el líder espiritual, la joven, su hermano, el banquero y el joven?
- b) ¿Están el líder espiritual, la joven, su hermano y el banquero cumpliendo una función de combate continua a efectos del DIH? Si no es así, ¿son civiles que participan en las hostilidades? Y, en caso afirmativo, ¿en qué momento? ¿Se podría hacer uso legítimamente de la fuerza militar (potencialmente letal) contra ellos?
- c) Enumere las diferencias que existen entre las consecuencias que se desprenden para las fuerzas militares, los investigadores y el ministerio público del hecho de considerar que esas personas: i) cumplen una función de combate continua en el sentido del DIH; ii) participan directamente de otra forma en las hostilidades en el sentido del DIH, y iii) son sospechosas de terrorismo a efectos del derecho penal interno.

3. Otras categorías previstas en el derecho internacional humanitario

Si bien el DIH distingue principalmente entre combatientes y civiles, contiene diversas normas que también se refieren a una variedad de términos o grupos distintos. Algunos de ellos son los civiles que pueden tener necesidades particulares, como los niños, las mujeres, los enfermos, los ancianos y los heridos. Otros son los civiles que necesitan protección especial debido a la índole de su trabajo, como el personal médico y el de las unidades y los medios de transporte sanitarios, el personal religioso, el personal y los bienes de socorro humanitario⁶², el personal de mantenimiento de la paz (que no participa directamente en las hostilidades)⁶³ y los corresponsales de guerra y periodistas.

Otros son los civiles cuyas actividades presentan una variedad de riesgos o plantean cuestiones normativas, como los mercenarios, los contratistas de seguridad privados o los niños soldados. También se han aplicado términos ajenos al DIH, como el de “combatientes extranjeros”, a ciertos elementos que participan en los conflictos armados. A continuación, se examinan los conceptos de combatientes extranjeros y niños soldados.

4. “Combatientes extranjeros” y “combatientes terroristas extranjeros”

La presencia de combatientes extranjeros en los conflictos armados puede tener “importantes repercusiones negativas, tanto en las condiciones de seguridad inmediatas como en lo que atañe al impacto a largo plazo en la paz, la seguridad y el desarrollo regionales”⁶⁴. En el DIH no se reconoce ni se confiere un estatuto jurídico especial a los “combatientes extranjeros” ni a los

⁶² Protocolo I, artículo 71.2; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8.2 b) iii); Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (resolución 49/59 de la Asamblea General), artículo 7.2, y CICR, DIH consuetudinario, normas 31 y 32.

⁶³ CICR, DIH consuetudinario, norma 33.

⁶⁴ Unión Africana, Disarmament, Demobilization and Reintegration Capacity Program, Foreign Fighters Operational Guideline (Programa de Capacidad de Desarme, Desmovilización y Reintegración, Directriz Operacional sobre los Combatientes Extranjeros) (2018), pág. 9 (<http://www.peaceau.org/en/page/68-disarmament-demobilization-and-reintegration-ddr>).

“combatientes terroristas extranjeros” que participan en conflictos armados, como los que se sumaron al EIIL (Dáesh) en la República Árabe Siria. El DIH los trata como a cualquier otro agente implicado en un conflicto armado. El DIH mismo no prohíbe el tránsito ni la entrada de combatientes extranjeros, sino que se centra en regular las hostilidades, independientemente de las personas implicadas.

A efectos de los procesos de desarme, desmovilización y reintegración (DDR), en las normas de las Naciones Unidas se considera a los “combatientes extranjeros” un grupo al que se debe prestar atención especial. Según la definición que figura en las Normas Integradas de Desarme, Desmovilización y Reintegración de las Naciones Unidas, los “combatientes extranjeros” son “miembros de fuerzas o grupos armados que no son nacionales del país en el que se encuentran”⁶⁵. En las normas se observa que “[I]as decisiones acerca de desmovilizar a los combatientes extranjeros en el país de acogida o en su país de origen deben tomarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso en particular”⁶⁶.

Al margen del DIH y del contexto de los procesos de desarme, desmovilización y reintegración, el Consejo de Seguridad ha abordado el problema de los “combatientes terroristas extranjeros” invocando las facultades de que dispone, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, para restablecer o mantener la paz y la seguridad internacionales. En su resolución 2178 (2014), el Consejo de Seguridad definió en los siguientes términos a los combatientes terroristas extranjeros: “las personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, incluso en relación con conflictos armados”⁶⁷.

En esa misma resolución el Consejo exigió a todos los Estados que “tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito” a las personas que⁶⁸:

- a) viajaran o intentaran viajar a un Estado extranjero “con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines terroristas”;
- b) financiaran esos viajes;
- c) organizaran o facilitaran esos viajes o reclutaran personas para que los hicieran.

En el párrafo 8 de la misma resolución el Consejo también requirió a los Estados que impidieran el tránsito de combatientes terroristas extranjeros por su territorio.

Posteriormente, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 2396 (2017), basada en la resolución 2178 (2014), en la que instó a los Estados Miembros a “investigar a las personas respecto de las cuales tengan motivos suficientes para creer que son terroristas, incluidos los *presuntos combatientes terroristas extranjeros...*”⁶⁹ [sin cursiva en el original]. También se instó a los Estados

⁶⁵ Grupo de Trabajo Interinstitucional de las Naciones Unidas sobre Desarme, Desmovilización y Reintegración, *Operational Guide to the Integrated DDR Standards* (2014), pág. 237 (www.unddr.org/operational-guide-iddrs/).

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 236.

⁶⁷ Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad, octavo párrafo del preámbulo.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 6.

⁶⁹ Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, párr. 29.

a que adoptasen “medidas adecuadas, incluidas medidas de enjuiciamiento, rehabilitación y reintegración adecuadas”, de conformidad con el derecho internacional⁷⁰.

ACTIVIDAD

La Unión Africana aprobó una directriz operacional para el desarme, la desmovilización y la reintegración de los combatientes extranjeros^a.

- ✎ **Compare la definición de “combatientes terroristas extranjeros” que figura en la resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad con el significado que se atribuye al término “combatiente extranjero” en las Normas Integradas de Desarme, Desmovilización y Reintegración y la directriz operacional de la Unión Africana.**
- ✎ **Enumere las principales diferencias entre esos conceptos.**

^a Unión Africana, Disarmament, Demobilization and Reintegration Capacity Programme, “Foreign fighters operational guideline” (2018).

5. Género, derecho internacional humanitario y lucha contra el terrorismo en el contexto de un conflicto armado

El género y el DIH

El DIH ofrece a las mujeres las mismas salvaguardias que a los hombres, sin discriminación alguna, ya sean combatientes, civiles o personas que estén “fuera de combate”. Sin embargo, las mujeres suelen presentar necesidades especiales y volverse particularmente vulnerables durante los conflictos armados, ya que tienen mayor probabilidad de ser víctimas de violencia sexual y porque la desigualdad de género subyacente en la sociedad las expone a determinados riesgos (por ejemplo, en cuanto al acceso al socorro humanitario para mantener a su familia).

En consecuencia, el DIH establece más salvaguardias para las mujeres⁷¹, como la protección contra la violencia sexual (especialmente la violación, la prostitución forzada y la agresión, que también son crímenes de guerra)⁷² y la separación de las mujeres detenidas de los hombres⁷³, así como atención especial (y límites a la pena de muerte) para las embarazadas y las madres de lactantes.

Además, las normas de DIH que rigen por igual para hombres y mujeres deben aplicarse con una perspectiva de género, como en lo que concierne a la atención de la salud (sobre todo el tratamiento de traumas y el asesoramiento correspondiente)⁷⁴, el desplazamiento, la separación de los miembros de la familia (incluso en lo relativo a los hombres desaparecidos) y las necesidades humanitarias (como el acceso al agua potable, los alimentos, el combustible y los medicamentos).

⁷⁰ *Ibid.*; véase también el documento S/2018/1177, anexo (Adición a los Principios Rectores sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros (2018)), párr. 45 (principios rectores 46 y 47).

⁷¹ CICR, DIH consuetudinario, norma 134.

⁷² *Ibid.*, norma 93 (la protección se aplica a mujeres y hombres, pero las mujeres tienden a ser víctimas de forma desproporcionada).

⁷³ *Ibid.*, norma 119.

⁷⁴ CICR, DIH consuetudinario, norma 134.

En la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad, relativa a la mujer, la paz y la seguridad, también se exhorta a todas las partes en conflicto a “que respeten plenamente el derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas”, en concreto en el marco del derecho internacional humanitario, y a “que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, en particular la violación y otras formas de abusos sexuales, y todas las demás formas de violencia”⁷⁵.

En general, en los tratados de DIH se menciona a las mujeres en calidad de víctimas pasivas (hasta se habla de ataques a su “honor”), en lugar de considerar las dimensiones de “género” de los conflictos armados en un sentido más amplio. Esto encubre otras cuestiones importantes, como el papel de las mujeres en calidad de combatientes o de colaboradoras indirectas con las hostilidades. Tampoco se abordan cuestiones de género que afectan a los hombres, como la predisposición desproporcionada a asignar un perfil militar a los hombres jóvenes y hacerlos blanco de ataques, aunque no participen en el conflicto, o la vergüenza oculta de la violencia sexual contra hombres.

El género y el terrorismo en los conflictos armados

En los conflictos en que median organizaciones terroristas surgen cuestiones de género relacionadas con las anteriores. Las organizaciones terroristas pueden victimizar especialmente a las mujeres de diversas formas, ya sea secuestrando a mujeres y niñas con fines de violencia sexual, trabajo forzoso o alistamiento forzado, como lo ha hecho Boko Haram en Nigeria, o sometiendo a esclavitud sexual, como el EIL (Dáesh) en el caso de las mujeres yazidíes en el Iraq. Las mujeres también se han visto amenazadas en lo que respecta al control de su comportamiento social (cómo se deben vestir y quién las debe acompañar en público) de resultas de las restricciones religiosas extremas impuestas por el Dáesh, Al-Shabaab en Somalia o Ansar Dine en Malí. Además, se han visto afectadas de manera diferente por la destrucción de hogares, el desplazamiento y las consecuencias sociales y económicas de la pérdida de familiares varones, así como por los interrogatorios y detenciones a que fueron sometidas para obtener información sobre estos. El Consejo de Seguridad ha reconocido el “impacto diferente” del terrorismo en los derechos de las mujeres a la salud, la educación y la participación en la vida pública⁷⁶.

Sin embargo, las mujeres no son solamente víctimas del terrorismo: en muchos casos también participan activamente en las organizaciones terroristas, ya sea como combatientes (incluso combatientes extranjeras), terroristas suicidas o simpatizantes, o dedicándose a obtener inteligencia o a movilizar, radicalizar o reclutar a otras personas⁷⁷. Las mujeres se involucran en organizaciones como el EIL (Dáesh) por las mismas razones que los hombres, a saber, “la aventura, la desigualdad, la alienación y la atracción a la causa”⁷⁸. Las premisas tradicionales basadas en el género acerca del papel de la mujer pueden dar lugar a un trato indebidamente

⁷⁵ Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad, párrs. 9 y 10.

⁷⁶ Resolución 2242 (2015) del Consejo de Seguridad, preámbulo.

⁷⁷ Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), *Prevenir los conflictos, transformar la justicia, garantizar la paz: Estudio mundial sobre la aplicación de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas* (Nueva York, 2015), págs. 225 y 226.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 226.

indulgentes en el sistema de justicia penal, o a un apoyo más limitado a su rehabilitación y reintegración, lo que las expone a un mayor riesgo de reincidencia⁷⁹.

En relación con las combatientes terroristas extranjeras o las mujeres que están vinculadas a combatientes terroristas extranjeros, en la resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad se hace hincapié en que “las mujeres y los niños asociados a los combatientes terroristas extranjeros que regresan o se trasladan a una zona de conflicto o de ella pueden haber desempeñado diferentes funciones, como haber sido colaboradores, facilitadores o autores de actos terroristas, y es necesario que se les preste una atención especial al elaborar estrategias de enjuiciamiento, rehabilitación y reintegración que se ajusten a los distintos casos”, y se destaca que “es importante ayudar a las mujeres y los niños asociados a los combatientes terroristas extranjeros que puedan ser víctimas del terrorismo, y hacerlo teniendo en cuenta las cuestiones relativas al género y a la edad”⁸⁰.

6. Los niños vinculados a grupos armados

La participación de menores de 18 años⁸¹ en los conflictos armados y el terrorismo es una cuestión digna de atención especial. Según el DIH, los niños y niñas tienen derecho a una protección especial contra todo daño, así como a cuidados y ayuda especiales⁸². Es fundamental que los niños que hayan participado en hostilidades sigan gozando de esas salvaguardias especiales⁸³.

Los Protocolos I y II de los Convenios de Ginebra prohíben el reclutamiento de menores de 15 años⁸⁴ y dan prioridad a que se aliste en primer lugar a los niños mayores en los casos en que los Estados reclutan a niños de 15 a 18 años de edad. Es norma del derecho consuetudinario que ningún menor de 15 años puede ser alistado por las fuerzas y grupos armados⁸⁵.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados proscribe la participación directa de menores de 18 años en hostilidades y el reclutamiento obligatorio de menores de 18 años, y establece requisitos

⁷⁹ Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (DECT), “Gender dimensions of the response to returning foreign terrorist fighters: research perspectives”, CTED Trends Report, febrero de 2019, pág. 2.

⁸⁰ Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, párr. 31; véanse también los Principios Rectores de Madrid, S/2015/939, anexo II, principio 30.

⁸¹ Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531), artículo 1.

⁸² Protocolo I, artículo 77.3; véase también el Protocolo II, artículo 4.3; otras disposiciones relativas a los niños y/o las familias son los artículos 23 a 25, 38, 50, 51, 68.4, 76, 78, 81, 82, 89 y 94 del Cuarto Convenio de Ginebra y los artículos 8 a), 74, 75.5, 76.3, 77.3, 77.4, 78.1, 78.3 y 82 del Protocolo I; véanse también CICR, DIH consuetudinario, norma 135 (Los niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales), y la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 38.4, “De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado”.

⁸³ Protocolo I, artículo 77.3, y Protocolo II, artículo 4.3 d); véase también el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2173, núm. 27531, aprobado el 25 de mayo de 2000, que entró en vigor el 12 de febrero de 2002), el cual, en sus artículos 6 y 7, entre otras cosas, establece que los menores que hayan sido reclutados ilícitamente recibirán, cuando sea necesario, toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social (artículo 6.3).

⁸⁴ Protocolo I, artículo 77.2, y Protocolo II, artículo 4.3 c); véase también la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531), artículo 77.3; la Convención exige a los Estados que adopten “todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades” (artículo 38.2). La Convención es un instrumento casi universalmente vinculante.

⁸⁵ CICR, DIH consuetudinario, norma 136 (Las fuerzas armadas o los grupos armados no deberán reclutar niños).

estrictos para el reclutamiento voluntario de personas de 16 a 18 años de edad⁸⁶. Los Estados deben adoptar todas las medidas legales necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de esas disposiciones (artículo 6.1).

El Protocolo Facultativo también prohíbe el reclutamiento o la utilización de menores de 18 años por parte de grupos armados no estatales (artículo 4.1) y exige a los Estados que adopten todas las medidas posibles para impedirlos, incluso mediante su criminalización (artículo 4.2). Los menores de 18 años alistados y explotados por grupos armados son considerados víctimas de trata de personas. El reclutamiento de menores de 15 años o su utilización en hostilidades constituyen crímenes de guerra tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales⁸⁷.

Los Principios y Directrices sobre los Niños Asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados (“Principios de París”)⁸⁸, aprobados en 2007, cuentan con la adhesión de más de 100 Estados. Si bien no son jurídicamente vinculantes, son fiel reflejo del firme compromiso de los Estados de poner fin al reclutamiento de niños y su utilización en hostilidades, no solo por las fuerzas armadas del Estado, sino también por los grupos armados no estatales. En relación con los niños que estuvieron vinculados a fuerzas o grupos armados, establecen que:

- los niños acusados de delitos previstos en el derecho internacional deben ser considerados principalmente víctimas de delitos contra el derecho internacional, no solo responsables de cometerlos. Esos niños deben ser tratados con miras a lograr su rehabilitación y se deben buscar alternativas a los procedimientos judiciales siempre que sea posible (párrs. 3.6 y 3.7), de manera que se apliquen medidas de justicia penal solo como último recurso;
- los niños no pueden ser enjuiciados ni castigados, ni amenazados con un juicio o sanción, únicamente por haber sido miembros de fuerzas o grupos armados (párr. 8.7);
- los niños acusados de delitos con arreglo al derecho internacional o nacional tienen derecho a ser tratados de acuerdo con las normas internacionales de justicia de menores (párr. 8.8).

De modo análogo, en su resolución 2427 (2018) el Consejo de Seguridad: *a*) destacó la necesidad de prestar especial atención al tratamiento de los niños vinculados o presuntamente vinculados con grupos armados no estatales, incluso los que cometían actos de terrorismo; *b*) hizo hincapié en que los niños que hubiesen sido reclutados en contravención del derecho internacional por grupos armados y estuviesen acusados de haber cometido delitos durante los conflictos armados debían ser tratados, ante todo, como víctimas de violaciones del derecho internacional, y *c*) instó a los Estados Miembros a que consideraran la posibilidad de adoptar medidas no judiciales como alternativa al enjuiciamiento y la detención, y que se centrasen en la rehabilitación y la reintegración de los niños que hubieran estado vinculados con grupos armados⁸⁹.

En el Examen de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo se reconoció expresamente que los niños vinculados a grupos terroristas debían ser “tratados de manera

⁸⁶ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2173, núm. 27531, aprobado el 25 de mayo de 2000, que entró en vigor el 12 de febrero de 2002), artículo 1.

⁸⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículos 8.2 *b*) xxvi) y 8.2 *e*) vii) respectivamente.

⁸⁸ Principios y Directrices sobre los Niños Asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados (Principios de París).

⁸⁹ Resolución 2427 (2018) del Consejo de Seguridad, párrs. 19 a 21.

acorde con sus derechos, dignidad y necesidades, de conformidad con el derecho internacional aplicable, en particular las obligaciones previstas en la Convención sobre los Derechos del Niño”, “habida cuenta de su posible condición de víctimas del terrorismo, así como de otras violaciones del derecho internacional”⁹⁰.

Niños afectados por el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros

En su resolución 2396 (2017) el Consejo de Seguridad exhortó a los Estados a que establecieran una distinción entre los combatientes terroristas extranjeros y “sus familiares acompañantes que puedan no haber participado en delitos relacionados con combatientes terroristas extranjeros”⁹¹, y reconoció la importancia de prestar asistencia oportuna y adecuada en materia de reintegración y rehabilitación a los niños vinculados a combatientes terroristas extranjeros que regresaran o se trasladaran de zonas de conflicto (entre otras cosas, facilitando su acceso a la atención de la salud, al apoyo psicosocial y a programas educativos), de conformidad con el derecho internacional⁹². El Consejo también subrayó la importancia de ayudar a los niños víctimas del terrorismo, teniendo en cuenta las cuestiones relativas al género y a la edad⁹³. En el principio 42 de la Adición de 2018 a los Principios Rectores de Madrid de 2015 (en relación con cuestiones concernientes a los combatientes terroristas extranjeros)⁹⁴ se hace hincapié en el imperativo de respetar los derechos de los niños y en la necesidad primordial de tener en cuenta el interés superior del niño en todas las medidas que se adopten.

En su resolución 2396 (2017) el Consejo de Seguridad observó, sin embargo, que los niños podían haber desempeñado diferentes funciones, como haber sido colaboradores, facilitadores o autores de actos terroristas, y era necesario que se les prestara una atención especial al elaborar estrategias de enjuiciamiento, rehabilitación y reintegración⁹⁵, y también reconoció que los niños podían ser especialmente vulnerables a la radicalización conducente a la violencia y necesitar apoyo social particular, como asesoramiento postraumático⁹⁶. La Convención sobre los Derechos del Niño, en particular el artículo 37 (relativo a la detención y a la pena capital)⁹⁷ y el artículo 40 (relativo al juicio imparcial y a medidas sustitutivas del enjuiciamiento), es aplicable a los niños que fueron reclutados y son llevados ante la justicia.

Al respecto, la resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad debe leerse junto con su resolución 2427 (2018), relativa a la protección de los niños en los conflictos armados, la cual, como se ha indicado, es aplicable expresamente también a los niños vinculados a grupos armados que cometen actos de terrorismo⁹⁸. La resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad también debe leerse junto con la Observación general núm. 24 del Comité de los Derechos del Niño, de

⁹⁰ Examen de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, resolución 72/284 de la Asamblea General, párr. 77.

⁹¹ Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, párr. 4.

⁹² *Ibid.*, párrs. 36 y 37.

⁹³ *Ibid.*, párr. 31.

⁹⁴ Véanse los Principios Rectores de Madrid, S/2015/939, anexo II, y su Adición, S/2018/1177, anexo, pág. 17.

⁹⁵ Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, párr. 31.

⁹⁶ *Ibid.*, preámbulo.

⁹⁷ La Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531), en su artículo 37, exige que: *a*) ningún niño sea sometido a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y que no se imponga la pena capital por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; *b*) ningún niño sea privado de libertad ilegal o arbitrariamente, y que solo pueda ser detenido como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; *c*) todo niño privado de su libertad sea tratado con humanidad y dignidad, esté separado de los reclusos adultos y pueda mantener contacto con su familia, y *d*) todo niño privado de su libertad tenga acceso a asistencia jurídica y pueda ejercer el derecho de *habeas corpus*.

⁹⁸ Resolución 2417 (2018) del Consejo de Seguridad, párr. 19.

2019, concerniente al sistema de justicia juvenil, en la que se proporciona orientación sobre el tratamiento de los niños reclutados por grupos clasificados como terroristas⁹⁹.

MATERIAL DE CONSULTA

- CICR, *Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario) (2009) (www.icrc.org/en/publication/0990-interpretive-guidance-notion-direct-participation-hostilities-under-international).
- Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (A/70/330).
- Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, *Foreign Fighters under International Law, Academy Briefing*, núm. 7 (octubre de 2014).
- Operational Guide to the Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards (2014) (<https://digitallibrary.un.org/record/589201?ln=en>).
- Unión Africana, Disarmament, Demobilization and Reintegration Capacity Program, Foreign fighters operational guideline (2018) (<http://www.peaceau.org/en/page/68-disarmament-demobilization-and-reintegration-ddr>).
- Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos, *Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of “Foreign Terrorist Fighters” within a Human Rights Framework* (2018) (www.osce.org/odihr/393503).
- Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 24 (2019) sobre el sistema de justicia juvenil (CRC/C/GC/24): en los párrafos 97 a 101 se imparte orientación sobre los niños reclutados por grupos clasificados como terroristas.
- UNODC, *Handbook on Children Recruited and Exploited by Terrorist and Violent Extremist Groups*, capítulos 1 C, 2 A y 3 A (www.un.org/victimsofterrorism/en/node/4662).
- Naciones Unidas, Oficina de Lucha contra el Terrorismo, *Handbook on children affected by the foreign fighter phenomenon: Ensuring a child rights-based approach*.
- Foro Mundial contra el Terrorismo, Neuchâtel Memorandum on Good Practices for Juvenile Justice in a Counterterrorism Context (2015) (véase: www.thegctf.org/).
- Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1373 (2001) relativa a la lucha contra el terrorismo, Adición a los Principios Rectores sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros (Principios Rectores de Madrid) (S/2018/1177).
- Principios y Directrices sobre los Niños Asociados a Fuerzas o Grupos Armados (“Principios de París”) (2007).

D. La detención por razones de seguridad en los conflictos armados

El DIH admite que en los conflictos internacionales los Estados retengan a los combatientes del adversario en calidad de prisioneros de guerra hasta que concluyan las hostilidades. Como se

⁹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 24 (2019), relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, párrs. 32 y 33, y CRC/C/GC/24, párrs. 97 a 101.

mencionó anteriormente, en esos conflictos los civiles siguen estando sometidos al derecho penal nacional (especialmente en lo concerniente a los delitos relacionados con la seguridad nacional), incluso en situaciones de ocupación. Por lo tanto, los civiles pueden ser detenidos y encarcelados en espera de los cargos penales y de juicio, a reserva de las salvaguardias del proceso penal y las normas de derechos humanos (incluida la revisión judicial de la detención) y del derecho a un juicio imparcial ante tribunales ordinarios independientes.

Excepcionalmente, y como último recurso, los civiles también pueden ser objeto de detención administrativa cuando sea “absolutamente necesario” para la seguridad del Estado o (especialmente en territorio ocupado) por “razones imperiosas de seguridad”¹⁰⁰. Esas razones podrían ser que la persona intentara participar en las hostilidades, que hubiera participado previamente o que estuviera implicada de alguna manera en actividades de apoyo a su ejército o fuerzas de resistencia (como la participación indirecta en las hostilidades).

Esas personas deben ser informadas sin demora, en un idioma que comprendan, de las razones que han motivado esas medidas¹⁰¹. Los civiles solo pueden estar detenidos mientras sigan siendo peligrosos. Salvo en los casos de procesamiento, esas personas “serán puestas en libertad lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento”¹⁰². Las decisiones relativas a la detención de personas se tomarán aplicando un procedimiento ordinario¹⁰³, lo que abarca el derecho de apelación y de revisión periódica (al menos cada seis meses) por parte de un organismo competente (no necesariamente un tribunal)¹⁰⁴. Las personas detenidas deben recibir siempre un trato humano¹⁰⁵.

En los conflictos no internacionales no rige el estatuto de prisionero de guerra para los “combatientes”. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra no autoriza expresamente la detención¹⁰⁶ ni establece los motivos para ordenarla ni los procedimientos que la rigen¹⁰⁷. Sus garantías de un juicio imparcial y un trato humano entrañan el reconocimiento de que en ese contexto se practican detenciones. Las opiniones difieren en cuanto a determinar si el DIH autoriza implícitamente la detención o deja que el derecho nacional regule sus motivos y procedimientos¹⁰⁸.

Cabe sostener que en el artículo común 3 se ha previsto reconocer a las partes en conflicto una facultad inherente de detención (incluido el internamiento)¹⁰⁹. El DIH consuetudinario exige que la detención no sea arbitraria¹¹⁰. El CICR sostiene que el criterio jurídico mínimo para justificar la detención es que debe ser necesaria por “razones imperiosas de seguridad”¹¹¹, lo que concuerda con el criterio aplicado en los conflictos armados internacionales para el internamiento de civiles.

¹⁰⁰ Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, artículos 42 y 78 respectivamente.

¹⁰¹ Protocolo I, artículo 75.3.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, artículo 78.

¹⁰⁴ *Ibid.*, artículos 43 y 78.

¹⁰⁵ *Ibid.*, artículo 27; Protocolo I, artículo 75; véase también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General, anexo, artículos 7 y 10.

¹⁰⁶ Véase *Royal Courts of Justice (England and Wales High Court, Queen’s Bench Division), Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, causa núm. HQ12X03367, sentencia, 2 de mayo de 2014.

¹⁰⁷ CICR, *Commentary of 2016 to the First Geneva Convention (article 3)*, párr. 720.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 727, y CICR, *Internment in armed conflict: Basic rules and challenges (2014)*, pág. 7.

¹⁰⁹ CICR, *Commentary of 2016 to the First Geneva Convention (article 3)*, párr. 728.

¹¹⁰ CICR, Henckaerts, J.-M. y Doswald-Beck, L., *Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules (2005)*, norma 99.

¹¹¹ CICR, *Commentary of 2016 to the First Geneva Convention (article 3)*, párr. 721.

Normalmente, en los conflictos internacionales los civiles o los combatientes pueden ser privados de libertad a efectos de ser procesados por delitos de derecho interno (incluidos los crímenes de guerra u otros delitos internacionales). Sin embargo, al margen del proceso penal, las personas pueden ser detenidas de conformidad con la legislación nacional por una variedad de razones de seguridad: como integrantes de grupos armados que cumplen una función de combate continua; por haber participado antes en hostilidades, o por otras actividades peligrosas (entre ellas, la participación “indirecta” en hostilidades).

Como se observó en el capítulo I del presente módulo, el derecho internacional de los derechos humanos es aplicable de forma concurrente en los conflictos armados. Sus normas¹¹² exigen que toda detención que se practique por motivos de seguridad en un conflicto no internacional:

- esté autorizada de antemano por ley;
- se base en criterios jurídicos suficientemente seguros y precisos;
- sea estrictamente necesaria por razones de seguridad (entre ellas, la de que otros medios menos drásticos no serían efectivos);
- sea proporcional al objetivo legítimo de seguridad;
- no sea discriminatoria;
- sea sometida a una revisión judicial independiente y efectiva.

Una cuestión controvertida es si el requisito de revisión judicial de la detención puede suspenderse en un conflicto armado no internacional¹¹³, habida cuenta de que en los conflictos internacionales la detención de civiles por motivos de seguridad puede ser sometida a un control administrativo, sin necesidad de una revisión judicial. Las buenas prácticas recomendadas en relación con la revisión del internamiento entrañan el reconocimiento de los siguientes derechos¹¹⁴:

- el derecho de la persona a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones del internamiento, con suficiente detalle como para poder impugnar la decisión;
- el derecho a la revisión efectiva de la legalidad de la detención, con la menor demora posible, por parte de un órgano independiente e imparcial;
- el derecho a recibir asistencia letrada;
- el derecho a asistir en persona a las actuaciones;
- el derecho a la revisión periódica de la legalidad de seguir teniendo recluida a la persona.

Si bien las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden constituir otra fuente de autoridad legal para detener a personas en el curso de conflictos no internacionales, también siguen rigiendo las garantías de los derechos humanos¹¹⁵.

¹¹² Véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9, y Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 35, CCPR/C/GC/35, párrs. 64 a 66.

¹¹³ CICR, *Internment in armed conflict: Basic rules and challenges* (2014), pág. 7.

¹¹⁴ Pejic, Jelena, “Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence” (2005) (international-review.icrc.org/articles/procedural-principles-and-safeguards-internment-administrative-detention-armed-conflict), citado con aprobación en CICR, *Commentary of 2016 to the First Geneva Convention* (article 3), párrs. 722 a 724 (<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentaryArt3>).

¹¹⁵ *Al-Jedda v. United Kingdom*, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 27021/08, sentencia, 7 de julio de 2011.

Las leyes nacionales relativas a la privación de libertad deben atenerse siempre a los requisitos humanitarios del artículo común 3, a saber, la no discriminación, el trato humano y la atención médica.

E. La relación entre el derecho internacional humanitario y el marco jurídico de la lucha contra el terrorismo

No existe ninguna norma general de DIH ni de derecho internacional general que excluya la aplicación concurrente de las leyes antiterroristas en los conflictos armados. Además de las leyes que tipifican como delito la transgresión de las normas de DIH, puede aplicarse a determinados actos terroristas perpetrados en los conflictos armados la legislación penal interna en que se tipifiquen los actos de terrorismo:

- En los conflictos internacionales, el derecho penal del territorio ocupado y la legislación promulgada por la potencia ocupante dentro de los límites establecidos por el DIH seguirán siendo aplicables a las personas consideradas civiles (aunque participen en las hostilidades)¹¹⁶.
- En los conflictos armados no internacionales rige el derecho penal interno del Estado parte; de esa forma, los agentes no estatales pueden incurrir en responsabilidad penal por actos de terrorismo u otros delitos contra la seguridad nacional, aun cuando su conducta no infrinja las normas de DIH¹¹⁷.
- En los conflictos no internacionales que se desarrollen en el territorio de otro Estado, puede regir tanto el derecho penal interno del Estado del territorio como el del Estado beligerante extranjero (si se ha ampliado la jurisdicción extraterritorial).

Los actos de violencia que reúnen las condiciones previstas en el DIH con respecto a los conflictos armados y los actos de terrorismo son formas diferentes de violencia que se rigen por marcos jurídicos distintos, si bien a veces no existe un límite muy preciso con los delitos de carácter nacional. Al examinar la relación entre los dos regímenes hay que tener en cuenta varias cuestiones.

Aunque el DIH ya prohíbe muchas conductas de índole terrorista, la aplicación concurrente de la legislación antiterrorista puede tener ventajas prácticas. En primer lugar, la legislación antiterrorista nacional puede tipificar como delito otras conductas que el DIH no penaliza, como poner en peligro a la población (sin llegar a lesionar a las personas), perjudicar el medio ambiente, o los delitos relacionados con la seguridad en un territorio ocupado o en un conflicto armado no internacional. En el derecho interno, a diferencia del DIH, se suelen incluir delitos relacionados con actos preparatorios como poseer objetos peligrosos con la intención de cometer un acto terrorista (antes de que se intente cometer un delito), o impartir o recibir adiestramiento terrorista, y delitos relativos a las organizaciones terroristas (entre otros, financiación, reclutamiento, afiliación, apoyo o adiestramiento). En relación con esos delitos se puede permitir el uso preventivo de la justicia penal para frustrar planes terroristas y hacer que los responsables rindan cuentas antes de que se produzca un atentado y se pierdan vidas.

¹¹⁶ Véase el Cuarto Convenio de Ginebra, artículo 64.

¹¹⁷ Saul, Ben, "Terrorism and international humanitarian law", en *Research Handbook on International Law and Terrorism* (Saul, Ben, comp.) (Edward Elgar Publishers, 2014), pág. 228.

En segundo lugar, los tratados internacionales contra el terrorismo y las resoluciones del Consejo de Seguridad imponen a los Estados obligaciones más amplias y precisas que las previstas en el DIH en lo que respecta a adoptar medidas para reprimir los delitos de terrorismo. Únicamente con respecto a las “infracciones graves” del DIH cometidas en los conflictos armados internacionales, y no a otros crímenes de guerra que se cometan en ellos, ni a ningún crimen de guerra que se realice en los conflictos no internacionales, existen las obligaciones de “extraditar o juzgar” y de prestar asistencia recíproca. En cambio, en virtud de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, los Estados deben extraditar o juzgar y prestarse asistencia recíproca en relación con todos los delitos previstos en los convenios, convenciones y protocolos internacionales de lucha contra el terrorismo, así como en relación con los actos terroristas (incluidos los delitos preparatorios)¹¹⁸.

En tercer lugar, la legislación antiterrorista impone obligaciones más concretas que el DIH en cuanto a prevenir delitos. En virtud de los tratados contra el terrorismo, los Estados deben adoptar “todas las medidas factibles a fin de impedir que se preparen” en sus respectivos territorios delitos que se vayan a cometer dentro o fuera de ellos, intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole encaminadas a evitar los delitos. La resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad también establece obligaciones preventivas detalladas¹¹⁹. En cambio, el DIH establece una obligación más sencilla, a saber, la de “respetar y hacer respetar” sus normas¹²⁰.

Las leyes nacionales contra el terrorismo suelen contener amplias facultades especiales en materia de aplicación de la ley, incluso en las etapas de instrucción y juicio, lo que puede hacerlas más atractivas que las leyes sobre crímenes de guerra como forma de tratar a los delincuentes terroristas.

1. Exclusiones previstas en los instrumentos internacionales contra el terrorismo

Algunos de los instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo, aunque no todos¹²¹, excluyen de su ámbito de aplicación a determinados actores militares o tipos de conducta que se presentan en los conflictos armados, si bien la naturaleza de la exclusión varía según el instrumento de que se trate. En los tratados relativos a los delitos contra la seguridad aérea no se han previsto los actos dirigidos contra las aeronaves militares, de aduanas o de policía¹²² en tiempos de paz ni de guerra. Figura una excepción similar en los tratados de seguridad marítima con respecto a los buques de guerra y a los de la marina, la policía o aduanas¹²³. El Convenio sobre la

¹¹⁸ En su resolución 1373 (2001) el Consejo de Seguridad exige a los Estados “el enjuiciamiento” de esas personas, lo que posteriormente se interpretó como una obligación de “extraditar o juzgar”; véanse también las resoluciones del Consejo 1456 (2003), párr. 3, y 1566 (2004), párr. 2.

¹¹⁹ Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, párr. 2 *a)* (abstenerse de apoyar el terrorismo), *b)* (prevenir actos terroristas), *c)* (denegar refugio), *d)* (impedir que el territorio se utilice con fines terroristas) y *g)* (impedir la circulación de terroristas).

¹²⁰ Convenios de Ginebra de 1949, artículo común 1.

¹²¹ Por ejemplo, la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973, penaliza los ataques a diplomáticos por parte de cualquier persona, incluso por las fuerzas armadas (resolución 3166 (XXVIII) de la Asamblea General).

¹²² Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves de 1963 (Convenio de Tokio), artículo 1, párrafo 4; Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970 (Convenio de La Haya), artículo 3, párrafo 2; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971 (Convenio de Montreal), artículo 4, y Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, artículo 2, párrafo 1 *b)*.

¹²³ Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988 (Convenio de Roma), artículo 2.

Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección también contiene excepciones en relación con los fines militares o policiales¹²⁴.

- Algunos de los convenios, convenciones y protocolos relacionados con la prevención y represión del terrorismo, incluido el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, excluyen expresamente las “actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el derecho internacional humanitario, que se rijan por ese derecho”¹²⁵. Esas situaciones están sometidas a las normas de DIH (y del derecho internacional de los derechos humanos, en la medida en que sean aplicables). Cabe entender que el término “fuerzas armadas” abarca las fuerzas armadas estatales y las no estatales. Sin embargo, no estarían comprendidas las personas que participan en el combate, pero no son miembros de un grupo armado organizado.
- El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo únicamente se refiere a los actos contra civiles u otras personas que no intervienen activamente en el conflicto armado¹²⁶, por lo que excluye los ataques contra combatientes u otras personas que participan directamente en las hostilidades.
- En algunos tratados recientes figura otra excepción referente a las actividades llevadas a cabo por las fuerzas militares del Estado (en tiempos de paz) en el ejercicio de sus funciones oficiales¹²⁷. Esas funciones pueden abarcar actividades en zonas afectadas por conflictos, como las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, las de socorro humanitario, las evacuaciones de emergencia y las actividades de aplicación de la ley que conciernen a la población civil. Así pues, por ejemplo, las fuerzas militares del Estado que utilizan explosivos para entrar a un edificio con el fin de rescatar rehenes no incurrirían en responsabilidad en virtud del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997.
- Las disposiciones que excluyen las actividades de las fuerzas armadas de los beligerantes (grupos armados tanto estatales como no estatales) durante los conflictos determinan el ámbito de aplicación de cada instrumento. Dicho de otro modo, los Estados solo están obligados a penalizar las conductas enumeradas que no están previstas en las cláusulas de exclusión y a prestar cooperación transnacional únicamente en relación con esas conductas. Otros delitos de carácter nacional no se beneficiarán de las ventajas que ofrece la cooperación transnacional en virtud de los tratados (entre ellas, la extradición y la asistencia recíproca).

¹²⁴ Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección de 1991, artículos III, párrafo 2, y IV, párrafos 2 a 4.

¹²⁵ Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear de 2005, artículo 4, párrafo 2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, artículo 19, párrafo 2; Protocolo de 2005 relativo al Convenio de Roma de 1988 (por el que se añadió el artículo 2 *bis*, párrafo 2), artículo 3, y Enmienda de 2005 de la Convención de 1980 sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, por la que se añadió el artículo 2.4 *b*).

¹²⁶ Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, artículo 2, párrafo 1 *b*).

¹²⁷ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970, modificado por el Protocolo de Beijing de 2010, artículo 3 *bis*; Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección de 1991, artículos III y IV; Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear de 2005, artículo 4, párrafo 2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, artículo 19, párrafo 2; Protocolo de 2005 relativo al Convenio de Roma de 1988 (por el que se añadió el artículo 2 *bis*, párrafo 2), artículo 3, y Enmienda de 2005 de la Convención de 1980 sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, por la que se añadió el artículo 2, párrafo 4 *b*).

2. Cuestiones que se plantean en el caso de aplicabilidad concurrente del derecho internacional humanitario y las leyes antiterroristas

Desde que aprobó su resolución 1373 (2001)¹²⁸, el Consejo de Seguridad ha venido exigiendo a los Estados que penalicen los “actos terroristas” y hagan comparecer ante la justicia a los implicados en ellos, aunque no ha definido expresamente el concepto de “actos terroristas” ni la manera en que esos delitos deberían relacionarse con el DIH. En la práctica, por “actos terroristas” el Consejo entiende, en cierta medida, los delitos previstos en los tratados internacionales contra el terrorismo en los que un Estado es parte¹²⁹. Como se señaló, algunos de esos instrumentos abordan la relación de esos actos con el DIH.

Muchos Estados también han definido los actos terroristas en un sentido más amplio o más general. En la práctica, los mecanismos de supervisión del Consejo de Seguridad¹³⁰ determinan si en las leyes se cumple el principio de legalidad en relación con los derechos humanos y, de esa manera, garantizan que los delitos de terrorismo se definan con suficiente precisión como para que las personas puedan conocer de antemano el alcance de su responsabilidad penal.

La resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad también es pertinente en lo relativo a este asunto, ya que ofrece una “definición práctica” de los actos terroristas que puede orientar a los Estados Miembros, si bien estos no están obligados a aplicarla. Esa definición circunscribe los delitos de terrorismo a los actos criminales, incluso contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes, actos que ya son delitos en virtud de los tratados contra el terrorismo y que pretenden provocar un estado de terror en el público, en un grupo de personas o en determinadas personas, con el fin de intimidar a una población o de coaccionar a un Gobierno o una organización internacional. La definición tampoco se refiere expresamente al DIH, salvo en la medida en que lo hagan los tratados contra el terrorismo.

El Consejo de Seguridad ha hecho hincapié en repetidas ocasiones en que los Estados deben aplicar sus resoluciones de conformidad con las obligaciones que les incumben, especialmente, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario¹³¹. Para cumplir con el DIH, en relación con los conflictos internacionales, los Estados no deben tipificar como actos terroristas ninguna conducta que esté amparada por la inmunidad del combatiente¹³² o, dicho de otro modo, las hostilidades que se hayan desencadenado con las fuerzas armadas de otro Estado.

Habida cuenta de que en los conflictos armados no internacionales los combatientes no gozan de inmunidad, los Estados no tienen prohibido penalizar la conducta de los grupos armados no estatales, sea o no compatible con el DIH. En el derecho interno existen muy diferentes criterios acerca de la interacción entre los delitos de terrorismo y el DIH:

¹²⁸ Véase la resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, párr. 17.

¹²⁹ Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (DECT), Guía técnica para la aplicación de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y otras resoluciones pertinentes, S/2017/716, anexo, págs. 38 y 39.

¹³⁰ Comité contra el Terrorismo y su Dirección Ejecutiva.

¹³¹ Véanse las resoluciones 2178 (2014), 2396 (2017) y 2462 (2019) del Consejo de Seguridad.

¹³² Véase la parte D anterior; si bien en virtud del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, las obligaciones impuestas por el Consejo de Seguridad pueden dejar sin efecto otras obligaciones incompatibles emanadas de tratados internacionales, en las resoluciones del Consejo relativas a la lucha contra el terrorismo no se expresa claramente intención alguna de dejar sin efecto las normas de DIH en ningún sentido.

- En algunas leyes se excluyen “las actividades de las fuerzas armadas en períodos de conflicto armado [...] que se *rijan* por el derecho internacional humanitario”¹³³ [sin cursiva en el original], independientemente de que esos actos sean compatibles o no con el DIH. Este es el criterio aplicado por los 27 Estados miembros de la Unión Europea en relación con los delitos de terrorismo que se cometan en su territorio. Así pues, esos actos (incluida la responsabilidad en relación con los crímenes de guerra) quedan supeditados totalmente al DIH en su carácter de derecho más especializado (*lex specialis*), adaptado a las circunstancias de los conflictos armados.
- En algunas leyes se excluyen los actos cometidos durante los conflictos armados, pero solo si son “conformes” al DIH. Figuran ejemplos en la legislación canadiense, neozelandesa y suiza¹³⁴. En consecuencia, los actos hostiles que no contravienen el DIH llevados a cabo por integrantes de grupos armados no estatales no pueden ser considerados delitos de terrorismo, en tanto que las transgresiones del DIH sí pueden serlo (y, si son graves, también pueden constituir crímenes de guerra en el sentido del DIH)¹³⁵.
- Algunas leyes no contienen exclusiones concernientes al DIH y, por lo tanto, penalizan los actos terroristas cometidos por integrantes de grupos armados no estatales aun cuando estén en consonancia con el DIH. Al respecto figuran ejemplos en la legislación del Reino Unido¹³⁶, Australia¹³⁷ y los Países Bajos¹³⁸ y en la ley de la Unión Europea sobre la financiación del terrorismo¹³⁹.

Si bien los combatientes no gozan de inmunidad respecto de los actos de violencia que cometan en un conflicto no internacional, aunque estos sean conformes al DIH, en el artículo 6, párrafo 5, del Protocolo Adicional II se alienta (pero no se exige) a los Estados a conceder amnistía a quienes cometan actos hostiles (que estén en consonancia con el DIH):

“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.”

A nivel normativo no surgen muchas dificultades cuando los delitos de terrorismo tipificados a nivel nacional simplemente son equiparables a los crímenes de guerra previstos en el DIH o los

¹³³ Directiva (UE) 2017/541, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, considerando 37; véanse también el Código Penal de Bélgica, artículo 141 *bis*; Sala de Acusación del Tribunal de Apelaciones de Bruselas, 8 de marzo de 2019; *Republic of Italy v. TJ (aka Kumar) and 29 Others*, Tribunal de Nápoles, 23 de junio de 2011, y *The Prosecutor v. Selliaha/Liberation Tigers of Tamil Eelam (LITE)*, Tribunal de Distrito de La Haya, sentencia de 21 de octubre de 2011 ([http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/202/Selliaha-Liberation-Tigers-of-Tamil-Eelam-\(LITE\)/](http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/202/Selliaha-Liberation-Tigers-of-Tamil-Eelam-(LITE)/)).

¹³⁴ Código Penal (RSC 1985 c C-46) (Canadá), art. 83.01, párr. 1; véanse también la Ley de Represión del Terrorismo de 2002 (Nueva Zelanda), art. 5, párr. 4, y el Código Penal de Suiza de 1937, art. 260 *quinquies* 1, párr. 4 (solo en relación con los delitos de financiación del terrorismo).

¹³⁵ No todas las transgresiones del DIH son crímenes de guerra que conllevan responsabilidad penal individual.

¹³⁶ Véanse *R v. Mohammed Gul* (2013), Reino Unido, Supreme Court 64, y Ley de Terrorismo de 2000 (Reino Unido), art. 1.

¹³⁷ Código Penal de 1995 (Australia), art. 100.1.

¹³⁸ Corte Suprema de los Países Bajos, sentencia de 7 de mayo de 2004 (ECLI: NL: HR: AF6988), párrs. 3.3.7 y 3.3.8; *Prosecutor v. Maher H*, causa núm. 09/767116-14, Tribunal de Distrito de La Haya, sentencia de 1 de diciembre de 2014, párr. 3, y *Prosecutor v. Imane B. et al.*, Tribunal de Distrito de La Haya, sentencia de 10 de diciembre de 2015, párrs. 7.23 a 7.29.

¹³⁹ Véase *Liberation Tigers of Tamil Eelam (LITE) contra Consejo de la Unión Europea*, T-208/11, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del Tribunal General (Sala Sexta Ampliada) (16 de octubre de 2014), párrs. 54 a 83 (Posición Común 2001/931/PESC del Consejo de la Unión Europea sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, de 27 de diciembre de 2001 (DO 2001 L344, pág. 93), y Reglamento (CE) núm. 2580/2001, sobre medidas restrictivas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo (DO 2001 L344, pág. 70).

refuerzan, o bien las normas correspondientes se limitan de otra forma a proteger a los civiles (por ejemplo, penalizando la financiación de los atentados perpetrados contra estos). Sin embargo, es más problemático cuando también se tipifican como delitos actos que no están prohibidos por el DIH, como los ataques contra objetivos militares por fuerzas armadas no estatales. Esas leyes pueden tipificar efectivamente como terrorismo la lucha de los grupos armados no estatales, en particular porque muchas leyes internas son aplicables a toda persona o grupo que reúnan los criterios de las definiciones de terrorismo que figuran en el derecho interno (y no se circunscriben a las organizaciones incluidas en la lista del Consejo de Seguridad).

El CICR ha advertido de la necesidad de hacer una distinción entre el DIH y la legislación anti-terrorista, sosteniendo que¹⁴⁰:

- el DIH no prohíbe los ataques contra objetivos militares por grupos armados no estatales. Así pues, el hecho de calificar esos actos de “terroristas” en el derecho penal interno socava el DIH, en el que se refleja un equilibrio cuidadosamente negociado entre las necesidades militares y las salvaguardias humanitarias;
- calificar de “terroristas” actos que no son ilícitos según el DIH puede desalentar a los grupos armados no estatales de cumplir las normas de DIH en un conflicto no internacional;
- clasificar como “terroristas” actos que son lícitos en el DIH muy probablemente dificultará la aplicación del artículo 6, párrafo 5, del Protocolo Adicional II relativo a los Convenios de Ginebra (sobre la amnistía) y también puede obstaculizar las negociaciones humanitarias o de paz y complicar la tarea de determinar cuáles son las personas vinculadas a los grupos armados que reúnen los requisitos necesarios para ser incluidas en los procesos de desarme, desmovilización y reintegración.

ACTIVIDAD

En la región meridional del país A se libra un conflicto armado entre el Gobierno y un grupo armado que es calificado de entidad terrorista tanto por el Gobierno como por la organización regional a la que pertenece el país A (pero no por un Estado vecino, a saber, el país B).

El Sr. T es un integrante del grupo armado y experto en la preparación de los artefactos explosivos improvisados que fueron colocados junto a la carretera para atacar vehículos de las fuerzas armadas del país A en la región meridional y que provocaron la muerte de decenas de soldados. También hay denuncias verosímiles de que el Sr. T fabricó los cinturones explosivos que llevaban hombres, mujeres y niños en atentados suicidas contra soldados ocurridos en los controles de carretera de la región.

El Sr. T huyó del país A y se escondió en el país B, donde fue identificado recientemente por las autoridades. El país A solicita su extradición acusándolo de “asesinato como acto de terrorismo”.

¹⁴⁰ CICR, “Aplicabilidad del DIH al terrorismo y el antiterrorismo”, 2015 (<https://www.icrc.org/es/document/aplicabilidad-del-dih-al-terrorismo-y-el-antiterrorismo>); Pejic, Jelena “Armed conflict and terrorism”, en Ana María Salinas de Frías, Katja Samuel y Nigel D. White (comps.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice* (Oxford University Press, 2012), págs. 171 y 177, y CIRC, “Terrorism and International Law: Challenges and Responses: The Complementary Nature of Human Rights Law, International Humanitarian Law and Refugee Law” (Ginebra, 2002).

En la solicitud de extradición se invocan la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, concretamente las obligaciones de denegar cobijo a los terroristas y de someter a la justicia a los implicados en actos terroristas, y el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, ratificado por los dos países.

El abogado del Sr. T alega que la solicitud de extradición debe ser rechazada porque los actos que supuestamente cometió el Sr. T no están prohibidos por el DIH, que rige la conducción de los conflictos armados.

De conformidad con el procedimiento de extradición del país B, la Fiscalía General debe formular un dictamen jurídico sobre la solicitud de extradición.

↘ **¿Qué asesoramiento jurídico daría usted a la Fiscalía General?**

ACTIVIDAD

Véase otra actividad relativa a la aplicabilidad concurrente del DIH y las leyes antiterroristas, titulada “Distinción entre objetivos militares y objetivos civiles”, en la parte B.1.

F. Actividades humanitarias y actividades antiterroristas

En los conflictos armados, las actividades humanitarias (entre ellas la ayuda, la asistencia, el socorro o la protección) son esenciales para proteger la vida y los derechos humanos de los civiles y atender a sus necesidades básicas (todo lo cual abarca desde los alimentos y la atención médica hasta el trato humano de las personas detenidas). En los instrumentos de DIH se ha previsto que esas actividades humanitarias estén a cargo de organizaciones humanitarias imparciales, con el consentimiento y el control de las partes interesadas. Los heridos y los enfermos deben recibir la atención médica necesaria¹⁴¹, y el personal médico y las unidades y actividades sanitarias deben recibir protección¹⁴². En virtud del DIH, las partes en conflicto tienen que permitir y facilitar el paso rápido y sin trabas de la ayuda humanitaria de carácter imparcial destinada a los civiles que la necesiten¹⁴³. Además, se debe respetar y proteger al personal y los bienes de carácter humanitario.

Estas obligaciones fundamentales están sometidas a medidas razonables de control: “[E]n el marco del DIH, la obligación de permitir y facilitar las acciones de socorro rige sin perjuicio del derecho de los actores interesados a controlar la acción de socorro a través de distintas medidas, como verificar la naturaleza humanitaria e imparcial de la asistencia proporcionada, disponer las soluciones técnicas necesarias para que se proporcione la asistencia o [...] limitar o restringir las actividades del personal de socorro en caso de necesidad militar imperativa”¹⁴⁴. Pueden aplicarse

¹⁴¹ CICR, DIH consuetudinario, norma 110.

¹⁴² *Ibid.*, normas 25 a 30.

¹⁴³ *Ibid.*, norma 55; véanse también el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, artículo 23; el Protocolo I, artículo 70, párrafo 2; el Protocolo II, artículo 18, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 8, párrafo 2 b) xxv).

¹⁴⁴ CICR, El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, 32IC/15/11 (2015), pág. 32.

esas medidas para controlar o supervisar el modo de prestar asistencia o el momento de hacerlo, pero no para impedir ni retrasar indebidamente esas actividades.

Las organizaciones humanitarias también se ven afectadas por las medidas adoptadas para prevenir y reprimir la financiación de los actos terroristas, ya sea en lo concerniente al dinero en efectivo o los instrumentos financieros o a los bienes corporales (como los alimentos) destinados a la población civil necesitada y que corren peligro de ser desviados hacia los grupos terroristas (e incluso vendidos por estos). Como observó el Consejo de Seguridad en su resolución 2462 (2019), “la prestación de servicios financieros y otros servicios conexos a terroristas y organizaciones terroristas, aun cuando no haya un vínculo específico con un acto terrorista, contribuye a aumentar su capacidad de cometer actos terroristas”¹⁴⁵. En la misma resolución el Consejo también insta a “todos los Estados a que pongan en práctica las normas internacionales amplias incorporadas en las cuarenta recomendaciones revisadas del Grupo de Acción Financiera sobre la Lucha contra el Blanqueo de Capitales”¹⁴⁶, entre ellas la recomendación 8 revisada, concerniente a la mitigación del riesgo en el sector de las organizaciones sin fines de lucro.

En la práctica, muchas organizaciones humanitarias han expresado preocupación por las repercusiones de las leyes antiterroristas en sus actividades durante los conflictos armados. Esas entidades suelen tener que negociar con todas las partes en conflicto (incluidos los grupos terroristas) para poder llevar a cabo sus actividades humanitarias, y a veces deben coordinarse con los grupos armados a fin de prestar socorro humanitario a los civiles necesitados que viven en zonas que escapan al control del Estado. En general, las leyes antiterroristas no prohíben entrar en contacto ni colaborar con agentes no estatales con fines humanitarios. Sin embargo, algunas leyes y políticas nacionales de lucha contra el terrorismo han restringido de diversas maneras la colaboración con los grupos calificados de “terroristas”, como se indica a continuación.

Las organizaciones humanitarias han señalado que sus operaciones se ven perjudicadas de muchas maneras, entre ellas¹⁴⁷:

- las políticas adoptadas por los donantes en el sentido de prohibir los contactos de las entidades humanitarias (como los organismos de asistencia o las organizaciones no gubernamentales) con los grupos terroristas, entre otras cosas, para garantizar el acceso o la seguridad del personal humanitario, o el paso de las provisiones de socorro;
- las condiciones restrictivas de financiación establecidas por los donantes, que exigen a las organizaciones humanitarias, incluidos sus colaboradores y contratistas, que cumplan diversos requisitos de diligencia debida en sus operaciones, lo que las hace más gravosas, o les imponen requisitos complejos de comprobación y vigilancia;
- los procedimientos de “reducción del riesgo” aplicados por las entidades bancarias y los servicios financieros, que se niegan a prestar servicios, incluso a hacer transferencias, para

¹⁴⁵ Véase la resolución 2462 (2019) del Consejo de Seguridad, preámbulo.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 4.

¹⁴⁷ Kate Mackintosh e Ingrid Macdonald, “Counter-terrorism and Humanitarian Action”, *Humanitarian Exchange*, núm. 58, julio de 2013, págs. 23 y 24.

que las propias organizaciones humanitarias se vean expuestas lo menos posible a los efectos de las leyes contra la financiación del terrorismo¹⁴⁸;

- la penalización de ciertos tratos con grupos terroristas, como proporcionarles cualquier clase de adiestramiento, apoyo o financiación, independientemente de que esas actividades contribuyan o no a los delitos de terrorismo que cometa el grupo o persigan únicamente objetivos humanitarios¹⁴⁹.

ACTIVIDAD HIPÓTESIS DE ACTIVIDADES HUMANITARIAS Y ANTITERRORISMO

“WarAid” es una organización benéfica sin fines de lucro registrada en el país A cuya misión es atender a las necesidades humanitarias de la población civil afectada por un conflicto armado que se desató en el país B entre su Gobierno y un grupo armado (catalogado como organización terrorista por este Gobierno) y dio lugar al desplazamiento de 700.000 personas. El Gobierno del país B, que carece de recursos para atender a las necesidades básicas de esas personas, acepta el ofrecimiento de socorro humanitario de WarAid. La organización realiza una evaluación rápida de las necesidades y determina que en el territorio ocupado por los rebeldes hay 120.000 civiles que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad. Decide suministrarles ayuda alimentaria, medicamentos y atención sanitaria urgente.

WarAid empieza a prestar asistencia. Cuando sus convoyes entran en territorio ocupado, en los puestos de control de los rebeldes se suelen cobrar cuantiosos “peajes” a los camioneros, supuestamente para cubrir los gastos de reparación del deterioro de las carreteras causado por el intenso tráfico de camiones, aunque nunca se lleva a cabo reparación alguna. Los camiones también son inspeccionados en los puestos de control y, en algunas ocasiones, se incautan medicamentos “por no cumplir las normas de control de calidad”. Algunas veces el personal de WarAid ve los medicamentos decomisados a la venta en los mercados de las aldeas locales. La organización protesta ante los comandantes rebeldes por los peajes y la incautación de medicamentos, pero le dicen “no sabemos nada”. De todos modos, sigue prestando asistencia. El grupo armado también suele llevar a sus combatientes heridos a los dispensarios de WarAid, donde los médicos suelen atenderles de inmediato, aunque los pacientes civiles tengan heridas más urgentes, para que el grupo armado no cause problemas.

El país B ha oído rumores de que WarAid está apoyando a los rebeldes. Las autoridades insisten en que cada uno de sus camiones lleve una cámara de vídeo en directo para que el Gobierno pueda controlar visualmente quién recibe asistencia. WarAid protesta, sosteniendo que los rebeldes la acusarán de ser espía del Gobierno, lo que pondrá en peligro a su personal. El país B también amenaza con procesar al personal de WarAid por los delitos de “prestar apoyo a una organización terrorista” (por atender a los rebeldes heridos) y “financiación de una organización terrorista” (por pagar los peajes). Por último, el país B indica a WarAid que debe reorientar la mitad de sus operaciones de asistencia en los territorios rebeldes para ayudar a los civiles necesitados en las zonas controladas por el Gobierno.

La junta directiva de la organización le solicita a usted asesoramiento jurídico sobre lo que debe hacer para poder seguir prestando asistencia humanitaria en el país B de acuerdo con los principios de la acción humanitaria y, al mismo tiempo, evitar que la seguridad de su personal se vea amenazada, que este corra el riesgo de ser procesado y que los donantes retiren la financiación.

¹⁴⁸ Consejo Noruego para Refugiados, *Principles under Pressure: The Impact of Counterterrorism Measures and Preventing/Countering Violent Extremism on Principled Humanitarian Action* (2018), pág. 31 (www.nrc.no/resources/reports/principles-under-pressure/).

¹⁴⁹ Véase *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US (2010), núms. 08-1498 y 09-89, 21 de junio de 2010.

Las medidas restrictivas también han afectado a las organizaciones no gubernamentales y a las entidades de la sociedad civil que trabajan en zonas de conflicto, como los grupos de defensa de los derechos humanos que realizan actividades de promoción, vigilancia o determinación de los hechos.

Exenciones por motivos humanitarios

Si bien el Consejo de Seguridad ha hecho hincapié en que las actividades antiterroristas deben desarrollarse de conformidad con el derecho internacional (que comprende el DIH y el derecho de los derechos humanos), lo que, de manera implícita, salvaguarda las actividades humanitarias, no ha previsto expresamente exenciones por motivos humanitarios de la obligación de los Estados de combatir el terrorismo. En su resolución 2462 (2019), relativa a la financiación del terrorismo, el Consejo: *a)* exigió que los Estados Miembros se cerciorasen de que todas las medidas que adoptaran para luchar contra el terrorismo estuviesen en consonancia con las obligaciones que les incumbían en virtud del derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados¹⁵⁰ y *b)* instó a los Estados a que, cuando formularan y aplicaran medidas de lucha contra la financiación del terrorismo, tuviesen en cuenta los efectos que pudieran tener esas medidas en las actividades de carácter exclusivamente humanitario, incluidas las actividades médicas, que realizaran agentes humanitarios imparciales de manera compatible con el derecho internacional humanitario¹⁵¹.

En su resolución 2482 (2019), aplicable a las medidas antiterroristas en general, no solo a las medidas para reprimir la financiación del terrorismo, el Consejo reiteró esa formulación. Del mismo modo, el Secretario General exhortó a los Estados “a que examinaran las posibles consecuencias humanitarias de sus iniciativas jurídicas y de política y a que evitaran adoptar medidas que pudieran tener el efecto de inhibir a las entidades humanitarias en sus esfuerzos por interactuar con los grupos armados para [...] fines humanitarios”¹⁵².

Por el contrario, los regímenes de sanciones del Consejo de Seguridad en otros contextos (como en el caso del conflicto de Somalia) establecen expresamente que las sanciones “no se aplicarán al pago de fondos ni a otros activos financieros o recursos económicos que se requieran para asegurar el suministro oportuno de la asistencia humanitaria que se necesite con urgencia en Somalia”¹⁵³. Incluso esa disposición fue criticada por algunos por considerarla demasiado restrictiva, ya que se limita a la asistencia prestada por los organismos de las Naciones Unidas, sus colaboradores y las organizaciones que gozan de la condición de observador ante las Naciones Unidas¹⁵⁴.

Un ejemplo de buena práctica es la ley antiterrorista del Chad, que descarta de su ámbito de aplicación “las actividades de carácter exclusivamente humanitario e imparcial realizadas por organizaciones humanitarias neutrales e imparciales”¹⁵⁵. Otro ejemplo es la legislación de la Unión Europea, que excluye la “provisión de actividades humanitarias por parte de

¹⁵⁰ Resolución 2462 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 6.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 24.

¹⁵² Informe del Secretario General sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, S/2010/579, párr. 57.

¹⁵³ Resolución 2385 (2017) del Consejo de Seguridad, párr. 33.

¹⁵⁴ Consejo Noruego para Refugiados, *Principles under Pressure: The Impact of Counterterrorism Measures and Preventing/Countering Violent Extremism on Principled Humanitarian Action* (2018), pág. 34 (www.nrc.no/resources/reports/principles-under-pressure/).

¹⁵⁵ Gobierno del Chad, Ley núm. 003/PR/2020 sobre la Represión de los Actos de Terrorismo, artículo 1, párrafo 4.

organizaciones humanitarias imparciales reconocidas por el derecho internacional, concretamente el derecho internacional humanitario”¹⁵⁶.

1. Repercusiones de las actividades antiterroristas en la acción humanitaria basada en principios

El hecho de calificar de “terroristas” a algunos grupos armados plantea problemas para la acción humanitaria basada en principios. Los cuatro principios de la acción humanitaria son:

- humanidad (tratar de aliviar el sufrimiento dondequiera que exista);
- neutralidad (no tomar partido en las hostilidades ni preferir una causa política, racial, religiosa o ideológica frente a otras);
- imparcialidad (actuar en función de las necesidades y sin discriminación);
- independencia (mantenerse al margen de los objetivos políticos, económicos, militares o de otra índole de otros agentes)¹⁵⁷.

Las entidades humanitarias deben respetar estos principios en su trato con los grupos terroristas (por ejemplo, absteniéndose de apoyar o dar preferencia a ninguno) y, del mismo modo, las leyes y prácticas antiterroristas de los Estados no deben comprometer la capacidad de las organizaciones humanitarias para proceder de acuerdo con esos principios. En la práctica, el hecho de exigir a las entidades humanitarias que actúen en consonancia con los marcos antiterroristas establecidos por el Estado receptor o los donantes puede obligarlas a conculcar esos principios. La participación de esas entidades en los programas de prevención o represión del extremismo violento también puede ser comprometedor¹⁵⁸.

Las leyes antiterroristas también pueden “tomar partido” al penalizar diversas formas de interacción con determinados grupos terroristas, restringiendo, en la práctica, la capacidad de esas organizaciones para acercarse a la población civil y prestar asistencia médica a los heridos o enfermos¹⁵⁹. La neutralidad y la independencia pueden verse comprometidas cuando se presiona a las entidades humanitarias para que participen en las actividades multinacionales de estabilización o de contrainsurgencia¹⁶⁰, o cuando hay una apropiación de la asistencia humanitaria, que se militariza como parte de las estrategias utilizadas para granjearse la simpatía de la población civil. La humanidad y la imparcialidad pueden verse socavadas por políticas restrictivas que desalienten la prestación de asistencia a determinadas poblaciones o en determinados lugares, como los que están dominados por un grupo armado considerado “terrorista”, aunque sean los más necesitados.

¹⁵⁶ Directiva (UE) de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, DO L 88/6, considerando 38.

¹⁵⁷ Resoluciones de la Asamblea General 46/182 y 58/114.

¹⁵⁸ Consejo Noruego para Refugiados, *Principles under Pressure: The Impact of Counterterrorism Measures and Preventing/Countering Violent Extremism on Principled Humanitarian Action* (2018), pág. 31 (www.nrc.no/resources/reports/principles-under-pressure/).

¹⁵⁹ Debarre, Alice, *Safeguarding Medical Care and Humanitarian Action in the UN Counterterrorism Framework*, International Peace Institute, 2018, págs. 8 y 9.

¹⁶⁰ Jackson, Ashley, “Talking to the other side: Humanitarian engagement with armed non-state actors”, Humanitarian Policy Group Brief 47, Overseas Development Institute, junio de 2012.

2. Repercusiones de las actividades antiterroristas en la capacidad de las organizaciones humanitarias para prestar asistencia

Las leyes y políticas restrictivas han repercutido en las operaciones humanitarias de muchas maneras, entre ellas circunscribiendo la financiación a determinados lugares, poblaciones, colaboradores y programas. Por ejemplo, después de que Al-Shabaab fuera calificado de grupo terrorista, la ayuda que se prestaba a la región meridional de Somalia se redujo drásticamente entre 2008 y 2010¹⁶¹, en medio de una hambruna que causó la muerte de 260.000 personas hasta 2012¹⁶². Las organizaciones islámicas de beneficencia se han visto especialmente afectadas por las restricciones¹⁶³.

ANÁLISIS CONSECUENCIAS DE LAS LEYES ANTITERRORISTAS PARA LAS ORGANIZACIONES DE MUJERES

Esas medidas han tenido consecuencias particularmente graves para los recursos, la financiación y las actividades de las organizaciones que promueven la igualdad de género y los derechos de las mujeres, ya que esas organizaciones suelen tener las siguientes características^a:

- Suelen ser organizaciones populares que actúan en pequeña escala, en especial si lo hacen en entornos políticamente desfavorables en los que las mujeres están en desventaja.
- Su grado de organización formal suele ser menor.
- Hacen frente a dificultades especiales para cumplir los requisitos de auditoría y diligencia debida impuestos por algunas normativas sobre financiación del terrorismo, lo que obliga a los donantes extranjeros a adoptar prioridades de financiación menos riesgosas que favorecen a las grandes organizaciones reconocidas y estructuradas formalmente.

En un estudio de 2017 sobre las repercusiones de las medidas para combatir la financiación del terrorismo en la igualdad de género y las actividades de las organizaciones de defensa de los derechos de la mujer, el 48 % de las organizaciones de mujeres encuestadas respondieron que las exigencias de la legislación antiterrorista en cuanto a la financiación habían repercutido en su acceso a los fondos, y el 41 % de ellas respondieron que no habían solicitado determinadas subvenciones de resultas de esas exigencias^b.

^a Duke Law International Human Rights Clinic y Women Peacemakers Program, *Tightening the Purse Strings: What Countering Terrorism Financing Costs Gender Equality and Security* (2017), pág. 36.

^b *Ibid.*, pág. 65.

Las leyes y reglamentaciones restrictivas en materia de lucha contra el terrorismo han obligado a los donantes a imponer condiciones más rigurosas para conceder financiación, con lo cual las

¹⁶¹ Véase Mackintosh, Kate y Duplat, Patrick, *Study of the Impact of Donor Counter-Terrorism Measures on Principled Humanitarian Action*, encomendado por la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) y el Consejo Noruego para Refugiados, julio de 2013.

¹⁶² BBC News, "Somalia famine 'killed 260,000 people'", 2 de mayo de 2013.

¹⁶³ Mackintosh, Kate y Duplat, Patrick, *Study of the Impact of Donor Counter-Terrorism Measures on Principled Humanitarian Action*, encomendado por la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) y el Consejo Noruego para Refugiados, julio de 2013.

organizaciones humanitarias hacen frente a requisitos administrativos, legales y contractuales cada vez más gravosos que lentifican las operaciones y aumentan los costos¹⁶⁴.

Además de aumentar la carga administrativa de las entidades humanitarias, las leyes y políticas restrictivas también han llevado a que algunas de esas entidades hayan decidido restringir sus actividades. El personal humanitario y médico puede incurrir en responsabilidad civil o penal o recibir otras sanciones por transgredir leyes antiterroristas restrictivas que, en algunos casos, no exigen que se tenga la intención ni el conocimiento de que la asistencia prestada beneficia a grupos considerados terroristas. La penalización podría abarcar actividades como la prestación de atención médica a integrantes de grupos considerados terroristas o la concertación de arreglos logísticos con esos grupos para tener acceso a la población civil¹⁶⁵. Esto puede dar lugar a que esas entidades rechacen los fondos de algunos donantes, cesen sus operaciones en algunos lugares o con algunas poblaciones o trasladen el riesgo a sus colaboradores y contratistas. También puede obstaculizar el intercambio de información, la cooperación y la coordinación entre los agentes sobre el terreno.

Algunas organizaciones humanitarias, como el CICR y las Naciones Unidas, gozan de inmunidad internacional con respecto a la responsabilidad jurídica ante los tribunales nacionales¹⁶⁶, pero no ocurre lo mismo con las organizaciones no gubernamentales ni con los contratistas. En la

ANÁLISIS RESOLUCIÓN 2444 (2018) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

En su resolución 2444 (2018), relativa a Somalia y Eritrea, el Consejo de Seguridad condenó los ataques contra los agentes humanitarios, el uso indebido de la asistencia proporcionada por los donantes y la obstrucción de la entrega de ayuda humanitaria, y reiteró su exigencia de que todas las partes permitieran y facilitaran el acceso seguro y sin trabas para que se suministrara asistencia en todo el territorio de Somalia.

A la luz de la situación humanitaria persistente en Somalia y de sus efectos en la población, el Consejo de Seguridad decidió que, sin perjuicio de los programas de asistencia humanitaria que se ejecutasen en otros lugares, las medidas impuestas en virtud de la resolución 1844 (2008) (párr. 3) —a saber, congelar los fondos de las entidades designadas que plantearan una amenaza para la paz, la seguridad o la estabilidad de Somalia— no se aplicaran al pago de los fondos ni a otros activos financieros o recursos económicos que se requirieran para asegurar el suministro oportuno de la asistencia humanitaria que se necesitara con urgencia en Somalia (párr. 48).

práctica se suele tolerar cierta interacción informal, aunque eso puede generar inseguridad jurídica para esas organizaciones o inducirles a limitar sus actividades voluntariamente¹⁶⁷. En algunos casos existen mandatos especiales de las Naciones Unidas que permiten una interacción

¹⁶⁴ Debarre, Alice, *Safeguarding Medical Care and Humanitarian Action in the UN Counterterrorism Framework*, International Peace Institute, 2018, pág. 9.

¹⁶⁵ *Ibid.*, págs. 9 y 10.

¹⁶⁶ Mackintosh, Kate y Macdonald, Ingrid, “Counter-terrorism and Humanitarian Action”, *Humanitarian Exchange*, núm. 58, julio de 2013, pág. 25.

¹⁶⁷ Modirzadeh, Naz; Lewis, Dustin y Bruderlein, Claude, “Humanitarian engagement under counter-terrorism: A conflict of norms and the emerging policy landscape” (2011), *International Review of the Red Cross*, vol. 93, núm. 883, págs. 19 y 20.

limitada, como en el caso de Hamás en Gaza o Al-Shabaab en Somalia¹⁶⁸, si bien eso no exige necesariamente a las organizaciones no gubernamentales de la aplicación de las leyes de sus Estados de origen.

MATERIAL DE CONSULTA

- Consejo Noruego para Refugiados, *Principles under Pressure: The Impact of Counterterrorism Measures and Preventing/Countering Violent Extremism on Principled Humanitarian Action* (2018) (www.nrc.no/resources/reports/principles-under-pressure/).
- Mackintosh, Kate y Duplat, Patrick, *Study of the Impact of Donor Counter-Terrorism Measures on Principled Humanitarian Action*, encomendado por la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) y el Consejo Noruego para Refugiados (2013).
- Debarre, Alice, *Safeguarding Medical Care and Humanitarian Action in the UN Counterterrorism Framework*, International Peace Institute (2018).
- Duke Law International Human Rights Clinic y Women Peacemakers Program, *Tightening the Purse Strings: What Countering Terrorism Financing Costs Gender Equality and Security* (2017) (<https://web.law.duke.edu/humanrights/tighteningthepursestrings/>).

Preguntas de autoevaluación

1. ¿De qué manera se distingue en el DIH entre los conflictos armados internacionales y los no internacionales?
2. Describa los principios de distinción, de prohibición de ataques indiscriminados y de proporcionalidad.
3. Enumere tres métodos de guerra prohibidos por el DIH.
4. ¿Prohíbe el DIH los actos de terrorismo?
5. Explique tres ramificaciones de la categorización de una persona en un conflicto armado como: *a)* combatiente, *b)* civil, y *c)* civil que participa directamente en las hostilidades.
6. ¿Cuál es la condición jurídica de un “combatiente terrorista extranjero” según el DIH?
7. ¿Qué problemas puede plantear la aplicación concurrente del derecho internacional humanitario y la legislación penal nacional en que se tipifican los delitos de terrorismo?
8. Mencione tres ejemplos de acción humanitaria protegida por el DIH y los cuatro principios de la acción humanitaria basada en principios.
9. Describa tres maneras en que las medidas antiterroristas pueden afectar adversamente a la acción humanitaria basada en principios. ¿Qué se ha hecho para mitigar los efectos de las medidas contra el terrorismo en la acción humanitaria?

¹⁶⁸ En la resolución 46/182 de la Asamblea General se encomendó a las entidades de las Naciones Unidas, bajo la dirección del Coordinador del Socorro de Emergencia en el marco de la OCHA, que negociaran con las partes pertinentes; en relación con Somalia, véase la resolución 1916 (2010) del Consejo de Seguridad.



IV.

La lucha contra el terrorismo y los mecanismos establecidos en el derecho internacional para controlar las armas convencionales

Objetivos

Al finalizar el capítulo IV, los lectores estarán en condiciones de:

- 1** Explicar las diferencias entre los regímenes internacionales de control de armas en cuanto a su alcance, las armas que abarcan y su aplicación a los agentes estatales y no estatales, entre ellos las entidades terroristas.
- 2** Describir los embargos de armas impuestos por las Naciones Unidas contra las entidades terroristas.
- 3** Analizar medidas para contrarrestar la amenaza que plantean los artefactos explosivos improvisados (AEI).
- 4** Contrastar diferentes regímenes que prohíben el tráfico de armas.
- 5** Comparar regímenes conexos que reglamentan el comercio de armas convencionales.
- 6** Analizar la prohibición o reglamentación de ciertas armas en el derecho internacional humanitario (DIH).

INTRODUCCIÓN

Para luchar contra el terrorismo es esencial impedir que los terroristas adquieran armas, tanto convencionales como de destrucción masiva. Los terroristas obtienen armas por muchos medios y métodos en todo el mundo, lo que se ve facilitado por el acceso a arsenales poco protegidos, la mala gestión de fronteras, la utilización de plataformas en línea, incluso de mercados ocultos, y el desvío de armas resultante de las deficiencias del control de las transferencias. El tráfico (ilícito) de armas a menudo está relacionado con otras formas de delincuencia organizada, pero también existe un comercio lícito de la mayoría de las armas. Así pues, para evitar que estas caigan en manos de los terroristas, hay que sortear graves dificultades, lo que exige crear un entorno normativo adecuado, reunir información, conocimientos y equipo especializados, elaborar respuestas integradas y polifacéticas de justicia penal y fomentar la coordinación dentro de los países y regiones y entre ellos¹.

Hay varios instrumentos de derecho internacional que reglamentan, restringen o prohíben el uso de determinadas armas. Algunas normas son aplicables a la conducta del Estado en relación con las armas; otras son aplicables directamente a los agentes no estatales, y otras requieren a los Estados que repriman la corriente de armas hacia estos. Algunas de ellas únicamente son aplicables durante un conflicto armado, pero otras lo son tanto en tiempos de paz como de guerra.

En el presente capítulo se ofrece una visión general de esas reglas, organizadas en las partes siguientes:

- A. Obligación de los Estados de eliminar concretamente el abastecimiento de armas a los terroristas, en cumplimiento de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y demás resoluciones pertinentes sobre la lucha contra el terrorismo.
- B. Embargos de armas impuestos por el Consejo de Seguridad en determinadas situaciones, que pueden ir dirigidos contra las personas y entidades consideradas terroristas por el Consejo de Seguridad o por una región o un país.
- C. Instrumentos tendientes a prevenir o reprimir una variedad de negocios ilícitos con armas de fuego, armas pequeñas y armas ligeras, así como sus piezas y componentes y municiones (como el tráfico, comercio, transferencia, fabricación o desviación ilícitos), y a prohibir los explosivos plásticos sin marcar.

¹ Véase la declaración formulada por el Sr. Yury Fedotov, Director Ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), ante el Consejo de Seguridad el 2 de agosto de 2017 (documento del Consejo de Seguridad SC/12938).

D. Instrumentos que reglamentan las transferencias lícitas o autorizadas (lo que abarca la exportación, importación, tránsito, transbordo y corretaje) de armas convencionales (entre ellas, las armas de fuego, las armas pequeñas, las armas ligeras y las armas pesadas) y previenen la desviación de armas.

E. Prohibición o restricción del uso de determinadas armas en los conflictos armados, de conformidad con el derecho internacional humanitario (DIH), y medidas generales conexas sobre determinados negocios relativos a algunas de esas armas (incluso al margen de los conflictos armados), como su diseño, producción, almacenamiento, adquisición y transferencia.

➤ **REMISIÓN** El Módulo 6 del Plan de Estudios de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo trata del marco jurídico internacional contra el terrorismo químico, biológico, radiológico y nuclear. Por consiguiente, en el presente capítulo no se aborda ese tipo de terrorismo.

A. La obligación de eliminar el abastecimiento de armas a los terroristas

En su resolución 1373 (2001) el Consejo de Seguridad decidió que “todos los Estados Miembros se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, en particular [...] poniendo fin al abastecimiento de armas a los terroristas” (párr. 2 *a*). También exigió a los Estados que “[v]elen por el enjuiciamiento de toda persona que [...] preste apoyo” a actos terroristas y que dichos actos de terrorismo quedaran tipificados como delitos en el derecho interno (párr. 2 *e*). Por lo tanto, quienes asistan a los terroristas abasteciéndolos de armamentos deben comparecer ante la justicia de conformidad con el derecho interno. En la misma resolución, el Consejo también exhortó a los Estados a que intercambiaran información operacional sobre el tráfico de armas, explosivos o materiales peligrosos (párr. 3 *a*) y observó con preocupación la conexión estrecha que existía entre el terrorismo internacional y la delincuencia organizada transnacional, incluido el tráfico de armas (párr. 4).

En 2017 el Consejo de Seguridad aprobó la primera resolución dedicada a impedir que los terroristas adquirieran cualquier tipo de armas. En relación con las armas pequeñas y las armas ligeras, concretamente, en su resolución 2370 (2017) el Consejo recomendó a los Estados prevenir y reprimir su venta ilícita, en particular a los terroristas, adoptando, entre otras, las siguientes medidas:

- la mejora de los sistemas nacionales de reunión y análisis de datos detallados sobre el tráfico de armas a los terroristas;
- el establecimiento de leyes, reglamentos y procedimientos administrativos adecuados para ejercer un control efectivo de la producción, la exportación, la importación, la intermediación, el tránsito o la reexpedición de armas pequeñas y armas ligeras a fin de prevenir el tráfico de armas a los terroristas².

² Resolución 2370 (2017) del Consejo de Seguridad, párr. 5.

En relación con la obligación de poner fin al abastecimiento de armas en general a los terroristas, el Consejo de Seguridad también recomendó a los Estados en su resolución 2370 (2017) que:

- aseguraran la capacidad de adoptar medidas legales contra quienes abastecieran de armas a los terroristas;
- garantizaran la seguridad física y la gestión adecuadas de las existencias de armas;
- aplicaran procedimientos de marcado y rastreo de armas;
- fortalecieran su capacidad judicial, de aplicación de la ley y de control de fronteras;
- previnieran e impidieran las violaciones de los embargos de armas establecidos por mandato del Consejo³.

En su resolución 2482 (2019) el Consejo de Seguridad se refirió a los vínculos entre el terrorismo y la delincuencia organizada e instó a los Estados Miembros a:

“... tipificar como delito en su derecho interno la práctica de las siguientes actividades ilícitas [...] a fin de asegurar que quienes participen en ellas puedan ser enjuiciados:

- a) la fabricación, la posesión, el almacenamiento y el comercio ilícitos de explosivos de todo tipo, ya sean militares o civiles, así como de otros materiales y componentes militares o civiles que puedan utilizarse para fabricar artefactos explosivos improvisados, incluidos los detonadores, los cordones detonantes y los componentes químicos;
- b) el tráfico de materiales y equipos militares y de doble uso que puedan utilizarse para fabricar ilegalmente armas y armamentos, incluidos artefactos explosivos”⁴.

En la misma resolución, el Consejo instó a los Estados a que prohibieran, incluso tipificando como delito, “la fabricación ilícita de armas pequeñas y armas ligeras no marcadas o marcadas de manera inadecuada, así como la falsificación, el borrado, la supresión o la alteración ilícitos de las marcas únicas previstas en el Instrumento Internacional de Localización”⁵. Además, alentó a los Estados a promover y fortalecer la cooperación fronteriza y la coordinación regional y sub-regional entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley, las autoridades aduaneras y las facultadas para conceder licencias de exportación e importación, con miras a erradicar y combatir las actividades ilícitas antes mencionadas que tuviesen alcance transfronterizo⁶.

³ *Ibid.*, párrs. 4 y 6.

⁴ Resolución 2482 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 10.

⁵ *Ibid.*, párr. 11.

⁶ *Ibid.*, párr. 12.

MATERIAL DE CONSULTA

En la Guía técnica para la aplicación de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y otras resoluciones pertinentes^a, actualizada en 2019, se ofrece orientación sobre las medidas que los Estados deben adoptar para eliminar el abastecimiento de armas a los terroristas.

En la guía técnica se detallan las medidas necesarias en lo concerniente a:

- un marco legislativo apropiado;
- procedimientos especiales como parte de las medidas operacionales para poner fin al abastecimiento de armas a los terroristas;
- un programa que obligue a controlar las armas y explosivos existentes en su territorio;
- un programa de control fronterizo y aduanero para detectar e impedir el contrabando de armas pequeñas, armas ligeras y explosivos.

Los Principios Rectores de Madrid sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros, modificados por la Adición de 2018, tienen por objeto servir de instrumento práctico que permita a los Estados Miembros enfrentarse mejor a la amenaza cambiante que plantean los combatientes terroristas extranjeros, entre otras cosas, poniendo fin al abastecimiento de armas a los terroristas.

La Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) ayuda a los Estados Miembros a identificar, rastrear e interceptar las armas y demás material clandestino utilizados por los terroristas, para lo cual ofrece acceso al Sistema para la Gestión de los Registros y el Rastreo de Armas Ilícitas (iARMS), lo que facilita el intercambio de inteligencia en tiempo real sobre las armas de fuego por medio de bases de datos nacionales y regionales, así como a la Red de INTERPOL de Información sobre Balística (IBIN).

El Proyecto de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) sobre Armas Pequeñas y Armas Ligeras tiene por objeto descubrir y prevenir el tráfico de esas armas.

^a Consejo de Seguridad, Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (DECT), Guía técnica para la aplicación de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y otras resoluciones pertinentes (S/2019/998, anexo).

ACTIVIDAD

Busque en línea la actualización de la Guía técnica para la aplicación de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y otras resoluciones pertinentes, e individualice las medidas relativas a la eliminación del abastecimiento de armas a los terroristas relacionadas con su función en el Gobierno o con su profesión.

➤ ***¿Existen en su país las medidas exigidas?***

B. Embargos de armas impuestos en determinadas situaciones

En virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad está facultado para imponer embargos de armas, cuando sea necesario, a fin de restablecer o

mantener la paz y la seguridad internacionales. El Consejo impuso embargos de armas en muchas situaciones, en respuesta al *apartheid*, el genocidio, la guerra civil y los golpes militares. Los embargos de armas se dirigían contra Estados, entidades no estatales y determinadas personas (funcionarios públicos o particulares). Algunas veces fueron aplicados, en general, a todas las armas y material conexas, y otras, a categorías particulares o listas de armas.

El Consejo de Seguridad impuso varios embargos de armas en el contexto del terrorismo, entre ellos, algunos contra Estados que presuntamente lo apoyaban y contra grupos terroristas y personas y entidades vinculadas a ellos, incluso en relación con conflictos en que había grupos terroristas implicados. El primer embargo fue impuesto contra Libia, en la resolución 748 (1992) del Consejo, por no entregar a las personas sospechosas de destruir una aeronave civil que sobrevolaba Lockerbie (Escocia).

1. Embargo de armas impuesto en el marco del régimen de sanciones contra el Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIIL-Dáesh) y Al-Qaida

En su resolución 1333 (2000) el Consejo de Seguridad impuso un embargo de armas de 12 meses de duración en el Afganistán, en el territorio controlado por los talibanes, después de que estos rehusaron entregar a Osama bin Laden para ser juzgado por atentados terroristas cometidos anteriormente⁷. En su resolución 1390 (2002) el Consejo amplió el embargo de armas, haciéndolo extensivo a Osama bin Laden, Al-Qaida, los talibanes y todos los que estuvieran vinculados a estos (incluso fuera del territorio del Afganistán).

En junio de 2011 el Consejo de Seguridad dividió el embargo de armas en dos, uno contra los talibanes (resolución 1988 (2011)) y otro contra Al-Qaida y las personas y entidades asociadas (resolución 1989 (2011)). En su resolución 2253 (2015) el Consejo decidió que el “Comité de Sanciones contra Al-Qaida” pasara a llamarse “Comité de Sanciones contra el EIIL (Dáesh) y Al-Qaida”. Ese es el régimen en vigor actualmente.

El Comité de Sanciones impartió orientación sobre el alcance de las obligaciones de los Estados en relación con el embargo de armas⁸, refiriéndose, en particular, a lo siguiente:

- Los Estados deben impedir que las personas y entidades cuyos nombres figuren en la lista relativa a las sanciones obtengan armas de cualquier manera, incluso a través de intermediarios, corredores, otros terceros o personas o entidades no incluidas en la lista que actúen en su nombre.
- La expresión “embargo de armas” debe interpretarse en un sentido amplio y abarcar a los corredores de armas, las exportaciones, las importaciones, los trasbordos y otros medios de suministro.
- La prestación de “servicios” abarca el adiestramiento militar de personas incluidas en la lista, el reclutamiento para organizaciones incluidas en la lista y el adoctrinamiento para cometer atentados suicidas con explosivos.

⁷ Resolución 1333 (2000) del Consejo de Seguridad, párrs. 5 y 6.

⁸ Comité de Sanciones contra Al-Qaida, “Embargo de armas: explicación de los términos”, 24 de febrero de 2015 (<https://www.un.org/securitycouncil/es/sanctions/1267>).

- Los Estados deben impedir que haya instalaciones de adiestramiento militar o terrorista en su territorio.
- Los Estados deben informar de los proveedores de armas o servicios ilegales para incluirlos en la lista relativa a las sanciones.

2. Artefactos explosivos improvisados

Si bien no existe una definición jurídica exhaustiva de la expresión “artefacto explosivo improvisado” (AEI), cabe entender que se trata de todo artefacto colocado o fabricado de forma improvisada que contiene materiales o agentes químicos explosivos o destructivos, letales, nocivos, incendiarios o pirotécnicos diseñados para destruir, desfigurar, distraer u hostigar⁹. Esos artefactos se suelen armar con componentes ajenos al ámbito militar, lo que los diferencia de los explosivos o municiones militares de fabricación convencional.

Como señala el Servicio de las Naciones Unidas de Actividades relativas a las Minas (UNMAS), “los artefactos explosivos improvisados constituyen un sistema de armas singularmente peligroso debido a su versatilidad, adaptabilidad y método de utilización. Los incidentes relacionados con esos artefactos suelen provocar un gran número de bajas civiles, una gran destrucción de infraestructura y la perturbación económica de comunidades enteras”¹⁰.

En el derecho internacional no existe una prohibición completa de los artefactos explosivos improvisados. Quienquiera que los use en un conflicto armado debe cumplir las normas de DIH, respetando especialmente los principios de distinción y proporcionalidad y las precauciones y prohibiciones relativas a los ataques contra la población civil y los ataques indiscriminados. El empleo de esos artefactos en circunstancias que pongan en peligro a la población civil también se restringe en un tratado de DIH relativo a las armas trampa y “otros artefactos” y municiones que se colocan manualmente y están concebidos para matar, herir o causar daños¹¹ (véase la parte E).

También son pertinentes los siguientes tratados internacionales (que no se limitan a regular los conflictos armados):

- Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección (Convenio MARPLEX), de 1991, que exige marcar los explosivos plásticos y destruir los que no estén marcados (véase la parte C.3);
- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, en que se tipifica como delito el uso de artefactos explosivos y otros artefactos letales en diversos contextos, si bien se exceptúan las actividades de las fuerzas armadas (incluidos los grupos armados no estatales) en los conflictos bélicos.

⁹ Directrices Técnicas Internacionales sobre Municiones (IATG 01.40 (2ª edición, 2015)), glosario, artículo 3.140; véase también Servicio de las Naciones Unidas de Actividades relativas a las Minas, “Improvised Explosive Device Lexicon” (https://unmas.org/sites/default/files/unmas_ied_lexicon_0.pdf), pág. 1.

¹⁰ Comité de Sanciones contra Al-Qaida, “Embargo de armas: explicación de los términos”.

¹¹ Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Convención sobre Ciertas Armas Convencionales), 10 de octubre de 1980, que entró en vigor el 2 de diciembre de 1983 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1342, núm. 22495); Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II), de 1980, enmendado en 1996 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2048, núm. 22495).

En el contexto de la lucha contra el terrorismo, el Equipo de Vigilancia de las Sanciones contra Al-Qaida consideró que los AEI son “el arma preferida de Al-Qaida y sus entidades afiliadas”¹². En su resolución 2161 (2014), el Consejo de Seguridad exigió a los Estados que:

- ejercieran vigilancia a fin de impedir que Al-Qaida y las entidades asociadas con él obtuviesen cualquier tipo de explosivos, incluidas las materias primas y los componentes que podrían servir para fabricar artefactos explosivos improvisados o armas no convencionales con objeto de perpetrar atentados;
- promovieran la vigilancia por parte de sus nacionales, las personas sujetas a su jurisdicción y las sociedades constituidas en su territorio o sujetas a su jurisdicción de la producción, venta, suministro, compra, transferencia y almacenamiento de esos materiales, en particular mediante la publicación de buenas prácticas;
- elaborasen estrategias nacionales y desarrollasen la capacidad nacional para neutralizar los artefactos explosivos improvisados¹³.

En su resolución 2370 (2017), reafirmando la obligación de eliminar el abastecimiento de armas a los terroristas, el Consejo de Seguridad se refirió especialmente a los AEI y exhortó a los Estados Miembros a mejorar la capacidad institucional y aumentar los recursos para prevenir y combatir esa amenaza, entre otras cosas mediante la colaboración con el sector privado. También alentó a los Estados Miembros a intercambiar información, establecer alianzas, elaborar estrategias nacionales y desarrollar la capacidad para neutralizar esas armas.

Además, el Comité de Sanciones contra Al-Qaida alentó a los Estados a que avisaran a las empresas privadas (incluidas las entidades mineras, químicas y agroindustriales) sobre los riesgos del posible uso indebido de materias primas y compartieran información acerca de la lucha contra los artefactos explosivos improvisados¹⁴.

En el contexto de los atentados perpetrados con AEI por Al-Shabaab en Somalia, el Consejo de Seguridad exigió a todos los Estados que impidieran la venta, el suministro o la transferencia de determinados artículos desde su territorio, o por parte de sus nacionales fuera de él, o mediante buques o aeronaves de su pabellón, si existían pruebas suficientes que demostraran que esos artículos se utilizarían para la fabricación de artefactos explosivos improvisados en Somalia o si existía un riesgo considerable de que pudieran utilizarse con ese fin¹⁵.

Esas iniciativas del Consejo de Seguridad se complementan con las resoluciones de la Asamblea General en que esta alienta a los Estados Miembros a reforzar sus medidas contra la utilización de artefactos explosivos improvisados, al reconocer que los terroristas hacen uso de ellos¹⁶. La Asamblea ha observado que “los enfoques existentes para la reglamentación multilateral del uso

¹² 15º informe del Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones presentado en cumplimiento de la resolución 2083 (2012) del Consejo de Seguridad, relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas (S/2014/41, párrs. 44 y 45).

¹³ Resolución 2161 (2014) del Consejo de Seguridad, párr. 14.

¹⁴ Comité de Sanciones contra Al-Qaida, “Embargo de armas: explicación de los términos”.

¹⁵ Resolución 2551 (2020) del Consejo de Seguridad, párr. 26.

¹⁶ Véanse la resolución 73/67 de la Asamblea General, relativa a la lucha contra la amenaza que plantean los artefactos explosivos improvisados, párr. 14, y su resolución 75/59, preámbulo y párrs. 3 y 14; véanse también los informes del Secretario General relacionados con las actividades de las Naciones Unidas concernientes a los artefactos explosivos improvisados: A/71/187, A/73/156 y A/75/175.

de armas, si bien son útiles, no abordan plenamente la cuestión del empleo de artefactos explosivos improvisados” en situaciones de conflicto e inmediatamente posteriores a uno¹⁷.

La Asamblea General hizo un llamamiento especial a los Estados para que impidieran que los grupos terroristas emplearan material que pudiera utilizarse para la fabricación de esos artefactos y tuvieran acceso a él, y también los alentó, en general, entre otras cosas, a¹⁸:

- elaborar políticas nacionales para neutralizar los AEI;
- prevenir y reducir los riesgos que entrañan;
- fortalecer la gestión de las existencias nacionales de municiones para evitar el desvío de materiales de fabricación de esos artefactos hacia los mercados ilícitos, los grupos armados ilegales, los terroristas y otros destinatarios no autorizados;
- combatir la adquisición ilícita de material para fabricarlos;
- poner coto a la transmisión de conocimientos a los terroristas sobre la construcción y el uso de AEI;
- colaborar con entidades privadas y con la sociedad civil con miras a neutralizar los AEI;
- fortalecer la cooperación internacional y regional.

El Secretario General también formuló numerosas recomendaciones en relación con los artefactos explosivos improvisados, entre ellas, la necesidad de hacer frente a: cuestiones intersectoriales (relativas a la protección de los civiles, el desarme y la seguridad internacional, la acción humanitaria contra las minas y la lucha contra el terrorismo); la mitigación de la amenaza y las respuestas de emergencia; la asistencia a las víctimas; la concienciación y la educación sobre los riesgos; el intercambio de información; la cooperación entre las aduanas, las fuerzas del orden y los organismos de control de fronteras a fin de encontrar y dar a conocer buenas prácticas y estrategias para combatir el desvío y el tráfico ilícitos de materiales para artefactos explosivos improvisados y realizar investigaciones conjuntas, y el desarrollo de la capacidad nacional¹⁹.

ANÁLISIS INICIATIVA DE INTERPOL “PROJECT WATCHMAKER”

La labor de los organismos de las Naciones Unidas se complementa con otras iniciativas internacionales y nacionales contra la amenaza de los artefactos explosivos improvisados. Desde 2014, la iniciativa Project Watchmaker de INTERPOL viene prestando apoyo operacional y especializado a sus 190 países miembros por medio de la publicación de notificaciones y mensajes de alerta de INTERPOL sobre personas de las que se sabe que fabrican o utilizan AEI. Actualmente su base de datos contiene más de 3.100 nombres de reconocidos o presuntos fabricantes de explosivos y más de 1.000 métodos empleados para armar y utilizar esos artefactos.

En 2017 INTERPOL creó el Archivo de Watchmaker para el Análisis de Delitos, que hace posible procesar el volumen creciente de información proporcionada por los países miembros participantes.

¹⁷ Resolución 72/36 de la Asamblea General, párr. 2.

¹⁸ Resolución 73/67 de la Asamblea General, párr. 15.

¹⁹ Informe del Secretario General relativo a contrarrestar la amenaza que suponen los artefactos explosivos improvisados (A/75/175), párrs. 88 a 92 (conclusiones y recomendaciones).

El Archivo también permite a INTERPOL preparar informes analíticos más especializados para aprovechar mejor los datos y enlaces existentes. La información sobre los fabricantes de detonadores puede canalizarse hacia el Archivo y utilizarse como depósito mundial con objeto de reforzar las posibilidades de investigación y enjuiciamiento.

Las actividades de reunión e intercambio de información personal sobre presuntos fabricantes de explosivos deben ser compatibles con las normas internacionales de derechos humanos, incluso en lo que atañe a los derechos a la privacidad y a un juicio imparcial.

El Programa Global Shield es una iniciativa de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), INTERPOL y la UNODC encaminada a vigilar la circulación lícita de 13 de los precursores químicos más comunes y demás material que podría utilizarse para fabricar artefactos explosivos improvisados, con el fin de combatir su tráfico y desviación^a.

^a Organización Mundial de Aduanas (OMA), Improvised Explosive Devices (IEDs), Programme Global Shield (www.wcoomd.org/en/topics/enforcement-and-compliance/activities-and-programmes/security-programme/programme-global-shield.aspx).

MATERIAL DE CONSULTA

United Nations Institute for Disarmament Research (UNIDIR), “Counter-IED Capability Maturity Model and Self-Assessment Tool” (2020) (<https://unidir.org/publication/counter-ied-capability-maturity-model-and-self-assessment-tool>).

United Nations Mine Action Service (UNMAS), “Improvised Explosive Device Lexicon” (https://unmas.org/sites/default/files/unmas_ied_lexicon_0.pdf).

Informe del Secretario General relativo a contrarrestar la amenaza que suponen los artefactos explosivos improvisados (A/75/175 y Corr. 1, párr. 88).

3. Otros embargos de armas pertinentes

Algunas veces el Consejo de Seguridad impuso embargos contra Estados en los que había grupos terroristas, sin mencionar concretamente a ningún terrorista ni grupo en particular:

- Algunos embargos eran aplicables a todas las partes en conflicto en un Estado, como Libia en 2011²⁰.
- Otros embargos eran aplicables al principio a todas las partes, pero posteriormente se eximió a los Gobiernos y a las fuerzas regionales o multinacionales, como en el Iraq después de 2003²¹, en Somalia después de 2006²² y en Sierra Leona después de 2010²³, con lo cual las sanciones se reorientaron exclusivamente hacia los agentes no estatales.

²⁰ Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad, párrs. 9 a 14.

²¹ Resoluciones del Consejo de Seguridad 1483 (2003), párr. 10, y 1546 (2004), párr. 21 (por las que se modificó el anterior embargo general de armas contra el Iraq establecido en la resolución 661 (1990) y las resoluciones posteriores conexas).

²² Resoluciones 1725 (2006) y 1744 (2007) del Consejo de Seguridad (por las que se modificó el embargo de armas establecido en la resolución 733 (1992) y resoluciones posteriores).

²³ Resolución 1940 (2010) del Consejo de Seguridad (por la que se modificó el embargo establecido en las resoluciones 1132 (1997) y 1171 (1998)).

- Algunos embargos únicamente eran aplicables a personas o entidades que no estaban autorizadas por el Gobierno ni por una misión de las Naciones Unidas, como en el Líbano en 2006²⁴ (tras los atentados de Hizbulah).
- Otros iban dirigidos concretamente contra personas y entidades que figuraban en listas, como los líderes de las milicias huzíes en el Yemen²⁵, pero sin denominarlos “terroristas”.

C. La prevención y represión de negocios ilícitos con armas pequeñas y armas ligeras

La manera más común de perpetrar actos terroristas es empleando armas pequeñas y armas ligeras (APAL). Las armas pequeñas, en particular, son fáciles de conseguir y de usar, en comparación con los sistemas de armas de guerra convencionales de mayor volumen (ligeras o pesadas). La dificultad que se plantea en torno a la reglamentación de las armas pequeñas radica en que estas tienen usos civiles legítimos, como el que se le da en las actividades de las fuerzas del orden, de caza y de tiro recreativo. No se ha aprobado ningún tratado de lucha contra el terrorismo que trate especialmente de esa clase de armas.

Existen tres marcos internacionales clave enfocados en particular hacia la prevención, represión y erradicación de los negocios ilícitos con armas pequeñas y armas ligeras (la reglamentación del comercio lícito se examina por separado en la parte siguiente):

- el Protocolo sobre Armas de Fuego (2001)²⁶, de carácter jurídicamente vinculante, que tiene por objeto promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados partes con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;
- un instrumento político de carácter no vinculante, a saber, el Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos de 2001, relativo al comercio, fabricación, desviación y tráfico ilícitos de armas pequeñas y armas ligeras, complementado por el Instrumento Internacional de Localización, aprobado en 2005²⁷;
- el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección de 1991, de carácter vinculante, por el que se prohíben los explosivos plásticos sin marcar.

Cada uno de esos tres marcos se examina por separado a continuación. Los diferentes regímenes se superponen en parte, entre otras cosas porque el término “armas de fuego” generalmente se considera sinónimo de “armas pequeñas”. La expresión “armas de fuego” se utiliza a menudo en un contexto policial, en tanto que “armas pequeñas” se emplea en contextos relacionados con los conflictos y el desarme.

²⁴ Resolución 1701 (2006) del Consejo de Seguridad, párr. 15.

²⁵ Resolución 2216 (2015) del Consejo de Seguridad, párrs. 14 a 17.

²⁶ Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobado el 31 de mayo de 2001, que entró en vigor el 3 de julio de 2005) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2326, núm. 39574).

²⁷ Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos (A/CONF.192/15) e Instrumento Internacional para Permitir a los Estados Identificar y Localizar, de Forma Oportuna y Fidedigna, las Armas Pequeñas y Armas Ligeras Ilícitas (decisión 60/519 de la Asamblea General).

Esos instrumentos relativos a los aspectos *ilícitos* de las armas se superponen parcialmente a otros²⁸ más centrados en las actividades *lícitas* relacionadas con estas. Por ejemplo, tanto el Programa de Acción como el Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013 (que se describen en la parte D.1) reglamentan las APAL en general (no solo las actividades ilícitas), especialmente a fin de evitar la desviación de armas de las transferencias autorizadas²⁹.

También hay diversos instrumentos regionales (políticos), ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre el control de las armas pequeñas y las armas ligeras³⁰, aunque no se examinan exhaustivamente en el presente capítulo. Por ejemplo, en África, dos instrumentos subregionales vinculantes tratan de ellas³¹, y otro instrumento vinculante se refiere a las armas de fuego, las municiones y el material conexo³². Así pues, los acuerdos regionales vinculantes pueden ampliar los marcos globales entre los Estados partes de una región en particular.

1. Tráfico de armas de fuego

El Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones de 2001 (Protocolo sobre Armas de Fuego) es el tercer Protocolo complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Tiene por objeto reforzar la cooperación entre los Estados con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (artículo 2).

Con respecto a la investigación y el enjuiciamiento de delitos, el Protocolo se limita a referirse a los delitos de carácter transnacional que entrañan la participación de un grupo delictivo organizado. No obstante, su ámbito de aplicación no está restringido en cuanto a la prevención de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, es decir, los Estados partes deben adoptar las disposiciones del Protocolo en materia de marcación, registros y concesión de permisos, independientemente de que exista o no un posible vínculo con la delincuencia organizada. Por otra parte, el Protocolo no es aplicable a las transacciones entre Estados ni a las transferencias estatales realizadas en aras de la seguridad nacional (artículo 4).

²⁸ Como el Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013, que se examina en la parte D.1.

²⁹ Véase el Tratado sobre el Comercio de Armas, párrafos tercero y noveno del preámbulo y artículo 1.

³⁰ Véase una lista completa en Small Arms Survey, "Regional instruments and organizations" (sobre el control de las armas pequeñas) (<http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/SALW/img/measuring-progress/Selected-regional-orgs-instruments.pdf>).

³¹ Protocolo de Nairobi para la Prevención, el Control y la Reducción de las Armas Pequeñas y las Armas Ligeras en la Región de los Grandes Lagos y el Cuerno de África de 2004 (en vigor desde 2006); Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) sobre las Armas Pequeñas y las Armas Ligeras, Sus Municiones y Otros Materiales Conexos de 2006 (en vigor desde 2009); además, hay otro instrumento que será vinculante una vez que entre en vigor, a saber, la Convención de África Central para el Control de las Armas Pequeñas y las Armas Ligeras, Sus Municiones y Todas las Piezas y Componentes que Puedan Servir para su Fabricación, Reparación y Ensamblaje de 2010 (Convención de Kinshasa).

³² Protocolo sobre el Control de las Armas de Fuego, las Municiones y Otros Materiales Conexos en la Región de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo de 2001 (Protocolo de la SADC sobre las Armas de Fuego) (en vigor desde 2004).

ANÁLISIS PROTOCOLO SOBRE ARMAS DE FUEGO

Artículo 3 Definiciones

“Para los fines del presente Protocolo:

a) Por ‘arma de fuego’ se entenderá toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas...

[...]

e) Por ‘tráfico ilícito’ se entenderá la importación, exportación, adquisición, venta, entrega, traslado o transferencia de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones desde o a través del territorio de un Estado parte al de otro Estado parte si cualquiera de los Estados partes interesados no lo autoriza conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo o si las armas de fuego no han sido marcadas conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del presente Protocolo...”

El artículo 5, párrafo 1, del Protocolo sobre Armas de Fuego exige a los Estados que tipifiquen como delitos la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego y la falsificación o la obliteración, supresión o alteración ilícitas de la(s) marca(s) de las armas de fuego requerida(s) de conformidad con el artículo 8 del Protocolo.

Además de los delitos, el Protocolo también establece un amplio marco normativo para garantizar el control efectivo de determinadas actividades relacionadas con las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y permite seguirles el rastro a lo largo de toda su vida útil, desde el momento de su fabricación, pasando por su importación y exportación, hasta su eliminación final. En ese sentido, el Protocolo exige a los Estados partes que adopten diversas medidas de prevención y control, entre ellas:

- disponer el decomiso, la incautación y la destrucción de armas fabricadas ilícitamente u objeto de tráfico (artículo 6);
- marcarlas con objeto de identificarlas y localizarlas, lo que incluye el fabricante y el país y año de importación (artículo 8);
- llevar un registro que permita identificarlas y localizarlas (artículo 7);
- prevenir la reactivación de las armas de fuego desactivadas (artículo 9);
- establecer o mantener un sistema eficaz de licencias o autorizaciones de exportación e importación, así como medidas sobre el tránsito internacional, para la transferencia de esas armas (artículo 10);
- detectar, prevenir y eliminar el robo, la pérdida o la desviación de armas, así como su fabricación o tráfico ilícitos (artículo 11);
- considerar la posibilidad de establecer un sistema de reglamentación de las actividades de las personas dedicadas al corretaje, por ejemplo, mediante la inscripción en un registro, la exigencia de una licencia o autorización para ejercerlo y la exigencia de que se den a conocer las licencias o autorizaciones de importación o de exportación (artículo 15).

2. Tráfico de armas pequeñas y armas ligeras

En 2001, el mismo año en que se aprobó el Protocolo sobre Armas de Fuego, en su resolución 61/66 la Asamblea General adoptó el Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos Sus Aspectos, relativo al comercio, fabricación, desviación y tráfico ilícitos de esas armas. En el preámbulo del Programa de Acción se expresa preocupación concretamente por “el estrecho vínculo existente entre el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico de drogas y minerales preciosos y el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras” (véase el párr. 7).

En el Programa de Acción se alienta a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas a que adopten medidas en los planos nacional, regional y mundial para prevenir, combatir y eliminar el tráfico de esas armas. El Programa contiene sugerencias concretas para mejorar la legislación y los controles de los países y en materia de asistencia y cooperación internacionales.

ANÁLISIS ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ARMAS PEQUEÑAS Y ARMAS LIGERAS?

En el Programa de Acción de las Naciones Unidas no se define lo que son las armas pequeñas ni las armas ligeras, pero puede encontrarse una definición en el Instrumento Internacional para Permitir a los Estados Identificar y Localizar, de Forma Oportuna y Fidedigna, las Armas Pequeñas y Armas Ligeras Ilícitas (Instrumento Internacional de Localización de 2005) (parte II, párr. 4)^a, aprobado en el marco del Programa de Acción:

“A los efectos del presente instrumento, por ‘armas pequeñas y ligeras’ se entenderá toda arma portátil y letal que lance [...] un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas pequeñas y ligeras antiguas o sus réplicas.

a) En general, las ‘armas pequeñas’ son las destinadas al uso personal y comprenden, entre otras, los revólveres y las pistolas automáticas, los fusiles y las carabinas, las metralletas, los fusiles de asalto y las ametralladoras ligeras;

b) En general, las ‘armas ligeras’ son las destinadas a ser usadas por un grupo de dos o tres personas, aunque algunas pueden ser transportadas y utilizadas por una sola persona, y comprenden, entre otras, las ametralladoras pesadas, los lanzagranadas portátiles, con y sin soporte, los cañones antiaéreos portátiles, los cañones antitanque portátiles, los fusiles sin retroceso, los lanzadores portátiles de misiles antitanque y sistemas de cohetes, los lanzadores portátiles de sistemas de misiles antiaéreos y los morteros de calibre inferior a 100 milímetros.”

^a A/60/88 y Corr. 2, anexo.

En el Programa de Acción se exhorta a los Estados a adoptar un conjunto de medidas fundamentales en relación con las armas pequeñas y las armas ligeras, entre ellas:

- establecer leyes y reglamentaciones para ejercer un control efectivo de la producción de armas pequeñas y armas ligeras en sus jurisdicciones y de la exportación, la importación, el tránsito o la reexpedición de estas, para prevenir su fabricación ilegal y tráfico o su desviación a receptores no autorizados (parte II, párrs. 2 y 12);

- tipificar como delito la fabricación, la posesión, el almacenamiento y el comercio ilícitos de esas armas en su jurisdicción (parte II, párr. 3);
- velar por que se les apliquen marcas y se lleven registros de esas armas a fin de poder localizarlas;
- reglamentar estrictamente las autorizaciones de exportación teniendo en cuenta el riesgo de que las armas se desvíen al tráfico, y establecer o mantener un sistema eficaz de licencias o autorizaciones de exportación e importación y medidas relativas al tránsito internacional (parte II, párr. 11);
- regular las actividades de los intermediarios (parte II, párr. 14);
- destruir todas las armas confiscadas, expropiadas o recogidas (parte II, párr. 16), así como los excedentes;
- garantizar la seguridad de las existencias que obren en poder de las fuerzas armadas, la policía u otros organismos autorizados (parte II, párr. 17);
- adoptar medidas eficaces para recoger, controlar, almacenar y destruir las armas como parte de los programas de desarme, desmovilización y reinserción, especialmente en situaciones posteriores a conflictos;
- identificar a los grupos e individuos que participan en la fabricación, el comercio, el almacenamiento, la transferencia y la posesión ilegales y en la financiación de la adquisición de armas pequeñas y armas ligeras ilícitas (parte II, párr. 6).

En el Programa de Acción también se promueven diversas medidas de cooperación y asistencia en los planos regional e internacional, sobre todo para individualizar a los grupos y las personas que intervengan en actividades ilícitas, a fin de que las autoridades nacionales puedan actuar contra ellos conforme a la legislación de sus respectivos países (parte II, párr. 37), o cuando esas actividades estén vinculadas al tráfico de drogas, la delincuencia organizada y el terrorismo (parte III, párr. 15). En una conferencia de examen celebrada en 2018 se recomendó que se adoptaran determinadas medidas para evitar la desviación de armas pequeñas y armas ligeras a receptores no autorizados, incluidos los terroristas. Estas medidas abarcan la desactivación irreversible o destrucción de esas armas en situaciones de conflicto y posteriores³³.

Complementa el Programa de Acción el Instrumento Internacional de Localización, aprobado por la Asamblea General en 2005, en su decisión 60/519. En virtud de ese instrumento, que está basado en los requisitos jurídicamente vinculantes de marcación y registro establecidos en el Protocolo sobre Armas de Fuego, todos los Estados se comprometen a garantizar que las armas pequeñas y las armas ligeras sean debidamente marcadas y registradas y a fortalecer la colaboración para localizarlas, principalmente por medio de la cooperación internacional. Según la definición que figura en el Instrumento Internacional de Localización, por “rastreo” cabe entender “el seguimiento sistemático de las armas pequeñas y armas ligeras ilícitas encontradas o incautadas en el territorio de un Estado desde el lugar de fabricación o importación a lo largo de las líneas de abastecimiento hasta el punto en que se convirtieron en ilícitas” (parte II, párr. 5). La definición correspondiente del Protocolo sobre Armas de Fuego (artículo 3 f)) es similar,

³³ Informe de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas para Examinar los Progresos Alcanzados en la Ejecución del Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos Sus Aspectos, Nueva York, 18 a 29 de junio de 2018 (A/CONF.192/2018/RC/3, párrs. 26 a 34 y 46).

pero está enfocada más en los aspectos operacionales de la localización y el propósito de esta: “el rastreo sistemático de las armas de fuego y, de ser posible, de sus piezas y componentes y municiones, desde el fabricante al comprador, con el fin de ayudar a las autoridades competentes de los Estados partes a detectar, investigar y analizar la fabricación y el tráfico ilícitos”.

Como se ha indicado, en algunas regiones existen normas regionales vinculantes que pueden imponer más obligaciones relacionadas con la marcación y la localización³⁴.

ANÁLISIS INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS MEDIDAS DE CONTROL DE LAS ARMAS PEQUEÑAS Y LAS ARMAS LIGERAS

Las Naciones Unidas han impartido orientación sobre el tema “Las mujeres, los hombres y la naturaleza de género de las armas pequeñas y ligeras” y, en ese contexto, reconocen que^a:

Para eliminar el tráfico de armas pequeñas y armas ligeras en todos sus aspectos y combatir el uso indebido tanto de las que se poseen ilegalmente como de las que se poseen legalmente, es indispensable prestar atención a los factores humanos que impulsan la oferta, la demanda y el uso indebido de armas en la sociedad a todos los niveles. También se necesita movilizar y desarrollar la capacidad de todos los agentes e instituciones que puedan contribuir a hallar soluciones colectivas.

Si al observar el fenómeno de la proliferación incontrolada y el uso indebido de esas armas se tiene en cuenta una perspectiva de género, cabe reconocer que las armas no interesan ni afectan a hombres y mujeres por igual, y que tanto unos como otras tienen el mismo derecho a participar en las iniciativas encaminadas a controlarlas.

Los hombres jóvenes marginados suelen considerar la violencia —especialmente la que se ejerce por medio de las armas pequeñas— una forma de alcanzar una posición social y económica a la que se sienten con derecho, pero que de otro modo les está vedada. Al hacer que se sientan poderosos frente a la exclusión de los roles masculinos definidos socialmente, las armas pequeñas pueden constituir potentes símbolos de dominio para ellos.

Pueden hacer que esos jóvenes marginados, que de otra manera tendrían poca influencia en su comunidad, ejerzan un control considerable, incluso sobre las figuras tradicionales de autoridad.

[...]

Si bien son muy pocas las mujeres que hacen uso indebido de las armas pequeñas y que las poseen, también hay mujeres que exhiben comportamientos violentos, incluso con armas pequeñas, pero en general lo hacen con menos frecuencia y por motivos diferentes.

Es común la presencia de mujeres combatientes y de mujeres o niñas vinculadas a grupos armados no estatales en los conflictos bélicos de todo el mundo. Además de participar directamente en el conflicto, las mujeres y las niñas también desempeñan funciones de apoyo esenciales en esos grupos (por ejemplo, como espías, contrabandistas, paramédicas, educadoras, mensajeras, mecánicas o conductoras de vehículos).

³⁴ Véase Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), Convención sobre las Armas Pequeñas y las Armas Ligeras, Sus Municiones y Otros Materiales Conexos de 2006, artículo 19.

Al igual que los hombres y los niños, las mujeres y las niñas algunas veces se suman voluntariamente a los grupos armados y otras veces son reclutadas a la fuerza.

Por “incorporación de la perspectiva de género” se entiende garantizar que se tengan en cuenta las repercusiones —en mujeres y hombres— de todas las iniciativas de control de las armas pequeñas y armas ligeras en todas sus etapas, es decir, de valoración, planificación, aplicación, seguimiento y evaluación. Eso permite comprender mejor la función que desempeñan los hombres y las mujeres en lo concerniente a esas armas, tanto en tiempos de conflicto y de reconstrucción después de un conflicto como de paz.

El hecho de promover una participación equilibrada de hombres y mujeres en el control de las armas pequeñas y armas ligeras ampara el derecho de unos y otras a participar en la adopción de decisiones sobre una cuestión que afecta a la seguridad de todas las personas. Como este siempre ha sido considerado un ámbito masculino, para garantizar una participación equitativa es necesario preocuparse especialmente por integrar a las mujeres, en particular las de las comunidades afectadas y la sociedad civil, y comprometerse a tener en cuenta las cuestiones de género al llevar a cabo el seguimiento y la evaluación de las actuaciones.

La incorporación de la perspectiva de género en los procesos de control de las armas pequeñas y armas ligeras, además de constituir un mandato de los instrumentos internacionales, permite comprender mejor las fuerzas motrices de la demanda y del uso indebido de esas armas y sus repercusiones en los derechos humanos, el desarrollo y la seguridad de todos. En consecuencia, incorporar esa perspectiva posibilita la formulación de respuestas que redundan en un mayor grado de bienestar, de seguridad y de legitimidad política del proceso de consolidación de la paz, en suma, respuestas integrales, mejor orientadas y más eficaces.

^o Naciones Unidas, Modular Small-arms-control Implementation Compendium (Compendio de Implementación Modular de Control de Armas Pequeñas) (MOSAIC), “Mujeres, hombres y la naturaleza de género de las armas pequeñas y ligeras” (2018) (www.un.org/disarmament/mosaic) (<https://unoda-web.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2019/12/MOSAIC-06.10-2017SV1.0.pdf>).

3. Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección

Uno de los tratados internacionales contra el terrorismo, a saber, el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección (Convenio MARPLEX) de 1991, fue aprobado como reacción ante el atentado terrorista perpetrado en 1988 con un explosivo colocado en una aeronave civil de pasajeros que sobrevolaba Lockerbie (Escocia) en un vuelo internacional, atentado este en el que perdieron la vida 270 personas.

Para reprimir el empleo de explosivos plásticos imposibles de rastrear hasta su origen en esa clase de atentados, en el Convenio se intenta garantizar que los explosivos estén “marcados” con agentes químicos que permitan descubrir su origen. En relación con los explosivos plásticos sin marcar, todo Estado parte debe:

- prohibir e impedir que se fabriquen en su territorio;
- evitar que entren a su territorio y salgan de él;
- ejercer un control estricto y efectivo sobre la tenencia de existencias de esos explosivos;
- destruirlos, consumirlos, marcarlos o inutilizarlos permanentemente, para lo cual deben cumplir determinados plazos.

4. Adición a los Principios Rectores de Madrid sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros

En el contexto de los esfuerzos emprendidos por el Consejo de Seguridad para frenar la afluencia de combatientes terroristas extranjeros, en la Adición de 2018 a los Principios Rectores de Madrid de 2015 se imparte orientación sobre el tráfico de armas pequeñas y armas ligeras.

ANÁLISIS PRINCIPIOS RECTORES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD SOBRE LOS COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS (PRINCIPIOS RECTORES DE MADRID)^a

Los Principios Rectores de Madrid sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros, modificados por la Adición de 2018, tienen por objeto servir de instrumento práctico para que los Estados Miembros puedan enfrentarse mejor a la amenaza creciente que plantean los combatientes terroristas extranjeros. En la Adición se recuerda que “en su resolución 2370 (2017), el Consejo de Seguridad instó a los Estados a aplicar plenamente el Programa de Acción y el Instrumento Internacional de Localización a fin de ayudar a impedir que los terroristas adquirieran armas pequeñas y armas ligeras, en particular en zonas de conflicto y que salían de conflictos”^b.

En el Principio Rector 52 se enumeran las medidas de pertinencia directa que deben adoptar los Estados Miembros con miras a combatir la adquisición de esas armas por los combatientes terroristas extranjeros. Las medidas que están más enfocadas hacia la función de la legislación y la justicia penal son:

“a) mantener, desarrollar o establecer, y aplicar eficazmente, leyes, reglamentos y procedimientos administrativos nacionales para asegurar el control efectivo de la producción, la exportación, la importación y el tránsito de armas pequeñas y armas ligeras, incluso tipificando como delito su fabricación ilícita, el comercio electrónico o el desvío al mercado ilícito debido a la corrupción;

[...]

d) dotar a las fuerzas del orden nacionales de los mandatos y recursos necesarios con el fin de ayudarlas a prevenir y combatir la importación, exportación o tránsito ilícitos de armas pequeñas y armas ligeras en sus territorios;

...”

^a Adición de 2018 a los Principios Rectores de Madrid de 2015 sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros (S/2018/1177, anexo) (<https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2019/09/Security-Council-Guiding-Principles-on-Foreign-Terrorist-Fighters.pdf>), y Principios Rectores sobre los Combatientes Terroristas Extranjeros (Principios Rectores de Madrid), S/2015/939, anexo II.

^b *Ibid.*, párr. 59.

D. La reglamentación de las transferencias internacionales de armas

Hay un tratado y dos iniciativas importantes que reglamentan las transferencias internacionales de armas (comerciales o no):

- Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013³⁵;
- Arreglo de Wassenaar sobre el Control de las Exportaciones de Armas Convencionales y Bienes y Tecnologías de Doble Uso;
- Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas.

En el ámbito del control de las armas pequeñas, estos instrumentos se complementan con las disposiciones relativas a las autorizaciones de importación, exportación y transferencia del Protocolo sobre Armas de Fuego, el Programa de Acción y el Instrumento Internacional de Localización.

1. Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013

El Tratado sobre el Comercio de Armas (2013), instrumento multilateral que regula el comercio internacional de armas convencionales, fue aprobado por la Asamblea General en 2013 y entró en vigor en 2014. Sus propósitos fundamentales son contribuir a la paz, la seguridad y la estabilidad en los planos internacional y regional, aliviar el sufrimiento humano y promover la cooperación, la transparencia y la actuación responsable de los Estados partes en el comercio internacional de armas convencionales, fomentando así la confianza entre ellos³⁶.

El Tratado sobre el Comercio de Armas no solo es aplicable a las armas pequeñas y armas ligeras y sus municiones (como el Programa de Acción), sino también, en un sentido amplio, a todas las armas convencionales. También se refiere a sus municiones y a las piezas y componentes que permiten fabricarlas³⁷.

No obstante, el Protocolo sobre Armas de Fuego y el Programa de Acción son más completos que el Tratado sobre el Comercio de Armas en otros aspectos. Si bien este último está centrado en las transferencias internacionales de armas, como se ha mencionado, los dos primeros también abordan cuestiones como la fabricación, marcación, registro, localización, gestión de existencias, identificación y eliminación de excedentes, la concienciación pública, el desarme, la desmovilización y reintegración y los niños.

³⁵ Tratado sobre el Comercio de Armas (aprobado por la Asamblea General el 2 de abril de 2013, que entró en vigor el 24 de diciembre de 2014) (A/CONF.217/2013/L.3, anexo).

³⁶ *Ibid.*, artículo 1.

³⁷ *Ibid.*, artículos 3 y 4 respectivamente.

ANÁLISIS ¿A QUÉ ARMAS SE REFIERE EL TRATADO SOBRE EL COMERCIO DE ARMAS?

El artículo 2 del Tratado sobre el Comercio de Armas se refiere a las siguientes armas:

“Artículo 2: Ámbito de aplicación

1. El presente Tratado se aplicará a todas las armas convencionales comprendidas en las categorías siguientes:

- a) carros de combate;
- b) vehículos blindados de combate;
- c) sistemas de artillería de gran calibre;
- d) aeronaves de combate;
- e) helicópteros de ataque;
- f) buques de guerra;
- g) misiles y lanzamisiles; y
- h) armas pequeñas y armas ligeras^a.

2. A los efectos del presente Tratado, las actividades de comercio internacional abarcarán la exportación, la importación, el tránsito, el transbordo y el corretaje, denominadas en lo sucesivo “transferencias”.

^a Estas categorías reflejan las incluidas en el Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas (como se indica en la parte C.2), en que figuran las descripciones de cada una de ellas.

El Tratado obliga a los Estados partes a establecer y mantener un sistema nacional de control³⁸ y a regular la exportación, la importación, el transbordo y el corretaje³⁹; además, les alienta a reglamentar el tránsito de armas en todo su territorio⁴⁰.

Asimismo, se exige a los Estados que tomen medidas para evitar el desvío de armas⁴¹. Si bien en el Tratado sobre el Comercio de Armas no se define el significado de “desvío”, cabe entender que se trata del cambio de destino o la apropiación ilegales de una remesa objeto de una transferencia que pueden dar lugar a que cambie la persona propietaria de las armas o la que ejerza el control efectivo de estas⁴². Puede tratarse de armas que entren en el mercado ilícito o que sean reexpedidas para ser objeto de un uso final no autorizado o caer en manos de usuarios finales no autorizados⁴³. Así pues, el desvío podría desembocar en la transferencia de armas a un grupo terrorista.

Los Estados también deben tomar medidas apropiadas para hacer cumplir las leyes debidamente establecidas⁴⁴.

³⁸ Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013, artículo 5, párrafo 2.

³⁹ *Ibid.*, artículos 7 a 10 respectivamente.

⁴⁰ *Ibid.*, artículo 5.

⁴¹ *Ibid.*, artículo 11.

⁴² Wood, Brian, y Holtom, Paul, “The Arms Trade Treaty: Measures to Prevent, Detect, Address and Eradicate the Diversion of Conventional Arms” (UNIDIR, Policy Brief, 2020), véase la pág. 3.

⁴³ *Ibid.* (sobre la base del preámbulo del Tratado sobre el Comercio de Armas).

⁴⁴ Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013, artículo 14.

En la esfera del control de la importación, la exportación y el tránsito de armas pequeñas y armas ligeras, la complementariedad de los instrumentos jurídicos internacionales resulta especialmente evidente. Si bien el Protocolo sobre Armas de Fuego establece requisitos de procedimiento en lo que atañe a las transferencias de armas, no contiene criterios de exportación para evaluar una posible licencia o autorización con fines de seguridad o de control de estas. Sin embargo, esos criterios sí están previstos en el Tratado sobre el Comercio de Armas, que también establece las circunstancias en que debe prohibirse una transferencia.

Durante las negociaciones del Tratado sobre el Comercio de Armas, la conveniencia de su aplicabilidad a la transferencia de armas a agentes no estatales fue motivo de controversia. En última instancia, no se incorporó ninguna disposición que hiciera referencia concretamente a esa cuestión. La interpretación que se prefiere es que las transferencias que haga un Estado parte a cualquier entidad se rigen por las disposiciones del Tratado.

En primer lugar, se prohíbe que un Estado autorice transferencias de armas si:

- la transferencia infringe un embargo de armas impuesto por el Consejo de Seguridad;
- la transferencia entraña el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados internacionales (sobre todo los relativos a la transferencia o el tráfico de armas); o
- el Estado tiene conocimiento de que las armas se utilizarían para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra⁴⁵.

En segundo lugar, además, aun cuando una transferencia no esté prohibida, el Estado debe determinar si esta podría:

- contribuir a la paz y la seguridad o menoscabarlas;
- ser utilizada para cometer o facilitar una infracción grave del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos;
- emplearse para cometer o facilitar un acto que constituya un delito en virtud de los convenios, las convenciones o los protocolos internacionales relativos al terrorismo o a la delincuencia organizada transnacional (en los que sea parte el Estado exportador)⁴⁶.

Los Estados no deben autorizar una transferencia si existe un “riesgo manifiesto” de que se produzca alguna de esas consecuencias⁴⁷, teniendo en cuenta las posibles medidas de mitigación, así como el riesgo de que se cometan actos graves de violencia por motivos de género o contra las mujeres y los niños⁴⁸. Además, las autorizaciones concedidas deben reconsiderarse si salen a la luz nuevos datos⁴⁹.

⁴⁵ *Ibid.*, artículo 6.

⁴⁶ *Ibid.*, artículo 7, párrafo 1.

⁴⁷ Esa expresión no se ha definido: en una declaración de Nueva Zelanda se interpreta que se trata de un “riesgo sustancial”; según declaraciones de Liechtenstein y Suiza, debe ser “más probable que se plantee” un riesgo, incluso después del efecto que quepa esperar de cualquier medida de mitigación.

⁴⁸ Tratado sobre el Comercio de Armas de 2013, artículo 7, párrafo 4.

⁴⁹ *Ibid.*, artículo 7, párrafo 7.

ANÁLISIS

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha hecho hincapié en que el desvío y las transferencias de armas ilícitas o no reguladas impulsan a cometer actos de violencia de género contra las mujeres y las niñas y repercuten en todos sus derechos humanos^a. Esto abarca los riesgos de violencia sexual y de otra índole relacionados con los conflictos, además de la esclavitud, la violencia ejercida por las pandillas y contra las personas desplazadas y la violencia doméstica agravada por el uso de armas. Por otra parte, no solo el empleo de armas, sino su mera presencia en el hogar o la comunidad y la amenaza manifiesta o implícita de hacer uso de ellas, pueden repercutir gravemente en los derechos humanos. Las armas también suelen estar vinculadas a expresiones de masculinidad relacionadas con el control, el poder, la dominación y la fuerza, lo que contribuye a la aceptación social de la violencia por razón de género y a la impunidad de quienes la ejercen.

^a A/HRC/44/29, párrs. 12 a 19.

2. Arreglo de Wassenaar sobre el Control de las Exportaciones de Armas Convencionales y Bienes y Tecnologías de Doble Uso

Otra importante iniciativa para reglamentar las transferencias de armas convencionales y bienes y tecnología de doble uso es el Arreglo de Wassenaar, en el que actualmente participan 42 Estados. El Arreglo abarca las APAL, los carros de combate y vehículos militares, los equipos de protección blindados, las aeronaves y vehículos aéreos no tripulados, y los bienes y tecnología de doble uso y municiones enumerados. Uno de sus objetivos expresos es utilizar el control de la exportación como medio de combatir el terrorismo. Los Estados participantes se comprometen a impedir que adquieran esas armas grupos u organizaciones terroristas o personas que cometan actos de terrorismo⁵⁰.

En consecuencia, los Estados no deben expedir licencias para exportar APAL cuando exista un riesgo claro de que estas puedan apoyar o fomentar el terrorismo⁵¹. Al considerar la posibilidad de aprobar la exportación de APAL, los Estados también deben tener en cuenta el historial del Estado receptor en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones internacionales, especialmente en lo que concierne a la represión del terrorismo, además del riesgo que pueda existir de que las armas sean desviadas hacia terroristas o reexportadas a estos⁵².

También existen directrices relativas al control de la exportación de sistemas portátiles de defensa antiaérea (MANPADS) en las que se reconoce la amenaza que plantea la proliferación no autorizada de esos sistemas⁵³. La Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) instó a los Estados a que aplicaran las normas de Wassenaar sobre los MANPADS y ejercieran un

⁵⁰ Wassenaar Arrangement, Guidelines and Procedures, including the Initial Elements (Arreglo de Wassenaar, Directrices y Procedimientos, incluidos los Elementos Iniciales), julio de 2014, I.5.

⁵¹ Wassenaar Arrangement, Best Practice Guidelines for Exports of Small Arms and Light Weapons (Arreglo de Wassenaar, Directrices sobre las mejores prácticas en materia de exportación de armas pequeñas y armas ligeras (APAL)) (convenidas en la sesión plenaria de 2002 y modificadas en la de 2007), párr. 2 a).

⁵² *Ibid.*, párr. 1 c) y j) respectivamente.

⁵³ Wassenaar Arrangement, Elements for Export Controls of Man-Portable Air Defence Systems (Arreglo de Wassenaar, Elementos para el control de la exportación de sistemas portátiles de defensa antiaérea) (MANPADS) (convenidos en la sesión plenaria de 2003 y modificados en la de 2007).

control estricto y efectivo de la importación, exportación, transferencia o reexpedición de estos, en parte debido a su preocupación por las amenazas terroristas⁵⁴.

3. Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas

El Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas es un mecanismo de transparencia mediante el cual los Estados pueden informar a las Naciones Unidas, a título voluntario, de sus transferencias de armas a otros Estados (pero no a agentes no estatales). Abarca las armas pesadas convencionales y, de manera opcional, las armas pequeñas y armas ligeras (se considera una buena práctica informar sobre estas)⁵⁵.

El Registro puede infundir confianza y poner de manifiesto si se están produciendo acumulaciones excesivas o desestabilizadoras de armas. De este modo, contribuye a dar una alerta temprana y facilita la diplomacia preventiva. Todos los años presentan información al Registro unos 60 Estados, y más de 170 lo han hecho desde 1991, año de su creación⁵⁶.

ACTIVIDAD HIPÓTESIS SOBRE UN NEGOCIO DE ARMAS CON UN GRUPO TERRORISTA

La Sra. B, residente en el país del que es ciudadana, es una empresaria que se especializa en actuar como intermediaria poniendo en contacto a compradores y vendedores de armas. Según la información que la fiscalía ha recibido de un organismo de inteligencia, la Sra. B recientemente logró facilitar un acuerdo entre un antiguo comandante rebelde del país A y un grupo armado que figura en la lista del Comité de Sanciones de las Naciones Unidas contra el EIL (Dáesh) y Al-Qaida. El grupo armado actúa en el país C y dirige sus ataques principalmente contra el ejército de ese país. Ocasionalmente también comete masacres de civiles en el país C. El líder del grupo armado ha jurado fidelidad a Al-Qaida, pero no se sabe que el grupo haya actuado nunca fuera del país C.

Según la información recibida, el antiguo comandante rebelde (que recientemente firmó un acuerdo de paz con el Gobierno del país A) se puso en contacto con la Sra. B a fin de intentar encontrar un comprador para las ametralladoras y los sistemas de misiles antitanque portátiles que había escamoteado de las existencias del grupo rebelde durante el proceso de paz. La Sra. B, por conducto de otros intermediarios, encontró a un comprador afiliado a Al-Qaida y ayudó a las partes a convenir el precio (50 millones de dólares) y a estipular las condiciones de entrega y de pago. Al parecer, recibió una comisión del 10 % por sus gestiones.

Análisis:

- *¿Cuáles de los instrumentos internacionales mencionados anteriormente son pertinentes en relación con estos hechos?*
- *¿Qué leyes de su país (que es el país de residencia de la Sra. B) son aplicables a los hechos y, concretamente, a la conducta de la Sra. B?*
- *¿Qué delitos puede haber cometido la Sra. B según las leyes de su país (suponiendo que los hechos alegados anteriormente pueden probarse)? ¿Qué otros elementos habría que probar para hallarla culpable de esos delitos?*

⁵⁴ Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), Resolución A35-11 de la Asamblea de la OACI, Amenaza que plantean para la aviación civil los sistemas portátiles de defensa antiaérea (MANPADS) (véase: www.icao.int/publications/pages/assembly-archive.aspx).

⁵⁵ Asamblea General, informe sobre el mantenimiento y perfeccionamiento del Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas (A/74/211, párr. 115).

⁵⁶ Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas (UNODA), "Transparency in Armaments" (www.un.org/disarmament/convarms/transparency-in-armaments).

MATERIAL DE CONSULTA

Análisis comparativo de instrumentos

UNODC, “Comparative Analysis of Global Instruments on Firearms and other Conventional Arms: Synergies for Implementation” (2016) (www.unodc.org/e4j/fr/firearms/module-5/core-reading.html).

Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas (www.un.org/disarmament/convarms/register/).

Armas pequeñas y armas ligeras

UNODC, *Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (2004).

UNODC, *Technical Guide to the Implementation of the Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their parts and components and ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime* (Guía técnica para la aplicación del Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

UNODC, *Ley Modelo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones* (https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Firearms/modellaw/Model_law_Spanish.pdf).

Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos Sus Aspectos (2001).

Instrumento Internacional para Permitir a los Estados Identificar y Localizar, de Forma Oportuna y Fidedigna, las Armas Pequeñas y Armas Ligeras Ilícitas (2005).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los derechos humanos y la reglamentación de la adquisición, la posesión y el empleo de armas de fuego por personas civiles” (A/HRC/32/21).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Repercusiones de las transferencias de armas en el ejercicio de los derechos humanos* (A/HRC/35/8).

Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Repercusiones de las transferencias de armas en los derechos humanos” (A/HRC/44/29).

INTERPOL, *Sistema para la Gestión de los Registros y el Rastreo de Armas Ilícitas (iARMS)* (www.interpol.int/en/Crimes/Firearms-trafficking/Illicit-Arms-Records-and-tracing-Management-System-iARMS).

Cuadro de Referencia de INTERPOL sobre Armas de Fuego (<https://www.interpol.int/es/Delitos/Trafico-de-armas-de-fuego/Cuadro-de-Referencia-de-INTERPOL-sobre-Armas-de-Fuego>).

Modular Small-arms-control Implementation Compendium (Compendio de Implementación Modular de Control de Armas Pequeñas) (MOSAIC) (www.un.org/disarmament/mosaic).

UNIDIR, The International Tracing Instrument: Examining Options to support operationalization (2018)

Municiones

Oficina de Asuntos de Desarme (UNODA), Directrices Técnicas Internacionales sobre Municiones (<https://unsafeguard.org/es/un-safeguard/guide-lines>).

Programa SaferGuard de las Naciones Unidas (www.unsafeguard.org).

Arreglo de Wassenaar sobre el Control de las Exportaciones de Armas Convencionales y Bienes y Tecnologías de Doble Uso

Arreglo de Wassenaar, Elementos para el control de la exportación de sistemas portátiles de defensa antiaérea (MANPADS).

Arreglo de Wassenaar, Directrices sobre prácticas óptimas para la exportación de armas pequeñas y armas ligeras (APAL).

Arreglo de Wassenaar, Elementos para una legislación eficaz sobre el corretaje de armas.

Arreglo de Wassenaar, Mejores prácticas para prevenir las transferencias desestabilizadoras de armas pequeñas y armas ligeras (APAL) a través del transporte aéreo.

Otras fuentes

Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), resolución A35-11 de la Asamblea, Threat to Civil Aviation Posed by Man-Portable Air Defence Systems (MANPADS) (véase: www.icao.int/publications/pages/assembly-archive.aspx).

UNODA, National Legislation on Transfer of Arms, Military Equipment and Dual-use Goods and Technology (información proporcionada por los Estados Miembros y cotejada por la UNODA de conformidad con la resolución 57/66 de la Asamblea General) (www.un.org/disarmament/convarms/nldu/).

E. La reglamentación de las armas en el derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario (DIH) es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, tienen por objeto mitigar los efectos de los conflictos bélicos. Con ese fin, intenta proteger a las personas que no participan o han dejado de hacerlo en las hostilidades y restringir los medios y métodos de hacer la guerra, cosa que logra a través de una combinación de principios generales y de prohibiciones o restricciones del empleo de determinadas armas. Aunque un arma se considere lícita, para poder hacer uso de ella deben cumplirse los principios básicos de DIH de humanidad, distinción, proporcionalidad y necesidad militar. También se incurre en responsabilidad por crímenes de guerra si se cometen ciertas transgresiones graves del DIH.

REMISIÓN En el capítulo III del presente módulo se examinó la relación entre la lucha contra el terrorismo y el derecho internacional humanitario.

Uno de los principales instrumentos por los que se prohíbe o restringe el empleo de determinadas armas en los conflictos armados es la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados de 1980 (Convención sobre Ciertas Armas Convencionales) y sus cinco Protocolos (cada uno de los cuales se refiere a determinadas armas en particular)⁵⁷. Ese instrumento, que tiene por objeto hacer frente a nuevos hechos registrados en los conflictos armados y al avance de la tecnología armamentística, es una convención marco que facilita la negociación y aprobación de nuevos protocolos. En 2011 se decidió introducir una enmienda en su artículo 1, relativo al ámbito de aplicación de la Convención y sus Protocolos. Al adherirse a la modificación de dicho artículo, las Altas Partes Contratantes garantizarán que tanto esta como sus protocolos sean aplicables a los conflictos armados no internacionales.

1. Prohibición de las armas que causan males superfluos o sufrimientos innecesarios

El DIH prohíbe hacer uso de armas y métodos de guerra que sean “de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”⁵⁸. La norma se refiere a los efectos de ciertos métodos o medios de hacer la guerra. Según la definición de la Corte Internacional de Justicia, el sufrimiento innecesario es “un mal mayor que el inevitable para lograr objetivos militares legítimos”⁵⁹. Una indicación de que es innecesario es la inevitabilidad de la muerte (como cuando se emplea veneno o balas que explotan o se expanden (balas “dum-dum”)) o de la discapacidad permanente⁶⁰, como cuando se utilizan láseres cegadores⁶¹, minas terrestres anti-personal⁶² o armas incendiarias en algunas situaciones. Un ejemplo de esto último sería el uso de napalm, lanzallamas o fósforo blanco directamente contra el personal militar, en vez de contra vehículos, búnkeres o fortificaciones en los que el personal puede resultar quemado accidentalmente⁶³. Algunas armas que tienen esos efectos están sometidas a normas especiales de DIH.

2. Prohibición de las armas de efectos indiscriminados

Como se indicó en el capítulo III del presente módulo, la prohibición de los ataques indiscriminados establecida en el DIH comprende la prohibición del empleo de armas que “pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil”⁶⁴, lo que podría abarcar un artefacto explosivo improvisado que se active indiscriminadamente al entrar en contacto con cualquier persona, ya sea un civil o un militar. Muchos Estados han prohibido

⁵⁷ Convención sobre Ciertas Armas Convencionales: Protocolo sobre Fragmentos no Localizables de 1980 (Protocolo I); Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos de 1980 (Protocolo II), enmendado el 3 de mayo de 1996; Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias de 1980 (Protocolo III); Protocolo sobre Armas Láser Cegadoras de 1995 (Protocolo IV), y Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra de 2003 (Protocolo V) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1342, núm. 22495).

⁵⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), DIH consuetudinario, norma 70.

⁵⁹ Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, párr. 78.

⁶⁰ CICR, DIH consuetudinario, norma 70.

⁶¹ Véase, especialmente, la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, Protocolo sobre Armas Láser Cegadoras de 2015 (Protocolo IV).

⁶² Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre Su Destrucción (aprobada el 18 de septiembre de 1997, que entró en vigor el 1 de marzo de 1999) (“Convención sobre la Prohibición de las Minas Antipersonal”), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597.

⁶³ Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford University Press, 2004), pág. 112.

⁶⁴ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 1977, artículo 51.4; CICR, DIH consuetudinario, norma 71, y, a efectos similares, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), artículo 8.2 b) xx).

expresamente mediante un tratado las minas terrestres antipersonal y las municiones en racimo (tema que se examina más adelante), en parte debido a sus efectos indiscriminados.

3. Cláusula Martens

La llamada “cláusula Martens” establece que, en los casos no previstos en ningún tratado ni en ninguna norma consuetudinaria en particular, “las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”⁶⁵. Así pues, al diseñar nuevas armas o métodos de guerra, los grupos terroristas o los Estados que luchan contra el terrorismo deberán sopesar estas consideraciones.

4. Armas prohibidas

El DIH prohíbe el empleo de las siguientes armas en los conflictos armados:

- balas expansivas⁶⁶ o explosivas⁶⁷;
- veneno y armas envenenadas⁶⁸ (incluso, por ejemplo, contra el abastecimiento de agua);
- armas químicas⁶⁹ y biológicas⁷⁰: los tratados pertinentes no solo prohíben el uso, sino también el diseño, producción, almacenamiento, adquisición y transferencia de esas armas;
- armas que lesionan mediante fragmentos no localizables por rayos X⁷¹ (como las que contienen madera, vidrio o plástico);
- armas láser diseñadas especialmente para causar ceguera permanente⁷² (pero no sistemas láser utilizados contra equipo óptico militar y que causan ceguera accidentalmente).

Además, los Estados partes en regímenes de tratados especiales han convenido en prohibir:

- las minas terrestres antipersonal (es decir, toda mina concebida para que explote por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona, y que incapacite, hiera o dé muerte a una persona)⁷³;

⁶⁵ Protocolo Adicional I, artículo 1.2; véanse también el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II), 1977, cuarto párrafo del preámbulo, y Convención de 1899 relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (Segunda Convención de La Haya), preámbulo.

⁶⁶ CICR, DIH consuetudinario, norma 77; véase también la Declaración de La Haya de 1899 relativa a las balas expansivas.

⁶⁷ CICR, DIH consuetudinario, norma 78; véase también la Declaración de San Petersburgo de 1868 sobre el uso de proyectiles explosivos.

⁶⁸ Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907 (Reglamento de La Haya), artículo 23 a); véase también CICR, DIH consuetudinario, norma 72.

⁶⁹ Protocolo relativo a la Prohibición del Empleo en la Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos o Similares y de Medios Bacteriológicos (Protocolo de Ginebra de 1925); Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción (Convención sobre las Armas Químicas) (aprobada el 3 de septiembre de 1992, que entró en vigor el 29 de abril de 1997), y CICR, DIH consuetudinario, norma 74.

⁷⁰ Protocolo de Ginebra de 1925; Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre Su Destrucción (aprobada el 16 de diciembre de 1971, que entró en vigor el 26 de marzo de 1975) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14860), y CICR, DIH consuetudinario, norma 73.

⁷¹ CICR, DIH consuetudinario, norma 79, y Protocolo I (1980) de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

⁷² CICR, DIH consuetudinario, norma 86, y Protocolo IV (1995) de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

⁷³ Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre Su Destrucción de 1997 (Convención sobre la Prohibición de las Minas Antipersonal) (que cuenta con 164 Estados partes), artículo 2.1.

- las municiones en racimo (es decir, municiones convencionales diseñadas para dispersar o liberar submuniciones explosivas de menos de cierto peso)⁷⁴;
- las armas nucleares⁷⁵.

Si un Estado no es parte en un tratado que prohíbe las armas mencionadas, y el arma en cuestión no está prohibida por el derecho internacional consuetudinario (como en el caso de las armas nucleares), siguen siendo aplicables las normas generales de DIH relativas a la distinción, la proporcionalidad, las prohibiciones de los ataques contra civiles y los ataques indiscriminados y las precauciones correspondientes.

Algunos de los tratados que prohíben determinadas armas no solo son aplicables en situaciones de conflicto armado, sino también en tiempos de paz, como los relativos a las minas terrestres antipersonal, las municiones en racimo y las armas biológicas, químicas y nucleares.

5. Armas de uso restringido

Algunas armas no se consideran ilícitas en sí mismas según el DIH, pero existen restricciones especiales para emplearlas. Además, ese uso se rige por los principios generales de DIH, como el de distinción y el de proporcionalidad, y está supeditado a las precauciones y prohibiciones relativas a los ataques contra civiles, los ataques indiscriminados o las armas de efectos indiscriminados, así como a las armas o métodos que causan males superfluos o sufrimientos innecesarios.

Las **armas trampa**⁷⁶ son artefactos o material concebidos, contruidos o adaptados para matar o herir y que entran en funcionamiento inesperadamente cuando alguien toca un objeto aparentemente inofensivo o se aproxima a él, o realiza un acto que aparentemente no entraña riesgo alguno (como abrir una puerta)⁷⁷. Aunque esas armas pueden utilizarse contra los combatientes, hay varias restricciones importantes de uso⁷⁸ encaminadas a reducir los riesgos accidentales que pueden correr los civiles. La mayoría de las restricciones correspondientes a las armas trampa también son aplicables a “otros artefactos” y municiones que se colocan manualmente y están pensados para matar, herir o causar daños⁷⁹, como los artefactos explosivos improvisados. Estos pueden ser detonados a mano, a distancia o automáticamente.

Las **minas terrestres** son municiones que se colocan sobre o bajo la superficie de un terreno y que explotan por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona o un vehículo⁸⁰. El empleo de esas minas está sometido a restricciones con objeto de proteger a la población civil en virtud del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales⁸¹, aunque, como se ha indicado, el empleo de minas terrestres antipersonal (a diferencia del de las minas anti-vehículo) está prohibido para los Estados partes en la Convención sobre la Prohibición de las Minas Antipersonal de 1997.

⁷⁴ Convención sobre Municiones en Racimo (aprobada el 30 de mayo de 2008, que entró en vigor el 1 de agosto de 2010 y cuenta con 110 Estados partes) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2688, núm. 47713), artículo 2.2.

⁷⁵ Tratado de 2017 sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (que cuenta con 50 Estados partes) (A/CONF.229/2017/8).

⁷⁶ Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, Protocolo II (1980), enmendado en 1996.

⁷⁷ *Ibid.*, artículo 2.4.

⁷⁸ *Ibid.*, artículos 3, 7 y 9.

⁷⁹ *Ibid.*, artículos 3, 7 y 9.

⁸⁰ *Ibid.*, artículo 2.1.

⁸¹ *Ibid.*, artículos 3.5; 3.6; 5 y 10; 6; 3; 3.10 y 12; 9.1, y 3.2 y 10 y 11, respectivamente.

Las **armas incendiarias** son armas o municiones que tienen por objeto, principalmente, incendiar objetos o causar quemaduras a las personas mediante la acción de las llamas, del calor o de una combinación de ambos, producida por reacción química⁸². Pueden consistir en lanzallamas, *fougasses*, proyectiles explosivos, cohetes, granadas, minas, bombas y otros contenedores de sustancias incendiarias⁸³. Las armas incendiarias pueden utilizarse contra objetivos y personal militares (solo si no es posible emplear armas menos dañinas para poner al adversario “fuera de combate”)⁸⁴, pero está prohibido utilizarlas de determinadas maneras que pongan en peligro a la población civil y a los bienes de carácter civil⁸⁵.

ACTIVIDAD ¿INFRINGIRÍA EL EMPLEO DE LAS SIGUIENTES ARMAS ALGUNA NORMA DE DIH?

1. Al aproximarse soldados del Gobierno, las fuerzas insurgentes evacúan su cuartel general, situado en un edificio administrativo público en desuso de una pequeña ciudad. Al abandonar el lugar colocan explosivos detrás de las puertas y ventanas de la planta baja que detonarán automáticamente si se abren desde el exterior. El edificio se encuentra dentro de un complejo de edificios públicos que está aislado de las casas cercanas de civiles por un alto muro protector contra explosiones hecho de hormigón. Tras la partida de los insurgentes, y antes de que las fuerzas del Gobierno se acerquen, algunos civiles curiosos entran en el recinto para saquear los edificios vacíos. El artefacto explosivo está lleno de una mezcla de cientos de bolas de rodamiento de acero.
2. Las fuerzas insurgentes colocan un artefacto explosivo improvisado en una carretera utilizada por los convoyes militares del Gobierno y por el tráfico civil. El artefacto puede activarse de dos maneras, ya sea mediante una placa de presión que detecta el peso de los objetos que pasan por la carretera y explota cuando se detecta un vehículo del peso medio de un tanque del Gobierno, o por control remoto, cuando un insurgente, al ver que se acerca un objetivo, le envía una señal desde su teléfono móvil.

6. Restos explosivos de guerra

Las municiones sin detonar que quedan tras un conflicto armado pueden causar durante muchos decenios la muerte o lesiones a personas y animales y daños a los bienes. También pueden repercutir gravemente en las actividades de reconstrucción y desarrollo de posguerra, entre otras cosas, impidiendo utilizar tierras agrícolas. En el Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra de 2003 (Protocolo V) de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales se intenta resolver estos problemas.

⁸² Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, Protocolo III (1980), artículo 1.1.

⁸³ *Ibid.*, artículo 1.1 a).

⁸⁴ CICR, DIH consuetudinario, norma 85 (Empleo de armas incendiarias contra combatientes).

⁸⁵ Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, Protocolo III (1980), artículos 1 y 2; véase también CICR, DIH consuetudinario, norma 84 (Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil de los efectos de las armas incendiarias) (“Si se emplean armas incendiarias, se pondrá especial cuidado en evitar que causen incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, así como daños a bienes de carácter civil, o en reducir en todo caso a un mínimo estos efectos”).

7. Diseño de nuevas armas

Al estudiar, diseñar, adquirir o adoptar nuevas armas, medios o métodos de guerra, los Estados deben considerar si su uso estaría prohibido en alguna o en todas las circunstancias por el DIH u otras normas internacionales⁸⁶ a fin de asegurarse de que respetan esas leyes.

Ese requisito es aplicable, entre otras cosas, al diseño de nuevos sistemas de armas autónomos, cuya definición aproximada sería “sistemas de armas que, una vez activados, pueden seleccionar y atacar objetivos sin necesidad de intervención humana”⁸⁷. Esas armas podrían ser utilizadas por los Estados contra los grupos terroristas o por los propios grupos terroristas.

Los sistemas de armas autónomos pueden ser complejos o rudimentarios. Si bien es poco probable, por el momento, que los terroristas tengan capacidad para acceder a la tecnología avanzada que vienen diseñando los Estados, ya utilizan tecnología autónoma rudimentaria (como las minas). También existe el riesgo de que esos grupos, por ejemplo, aprendan a programar sistemas de aeronaves no tripuladas (que se examinan más adelante) para atacar sus objetivos.

Según los principios rectores no vinculantes convenidos en el marco aprobado por un grupo de expertos gubernamentales, al desarrollar armas autónomas los Estados deben garantizar medidas de seguridad física y cibernética adecuadas para salvaguardar del riesgo de que sean adquiridas por grupos terroristas⁸⁸.

El uso de sistemas de armas autónomos también está previsto y es objeto de restricciones en otras normas de DIH, como los principios de distinción y proporcionalidad, la prohibición de los ataques contra la población civil o los ataques indiscriminados y el deber de tomar precauciones antes y durante un ataque. Sin embargo, todavía no se ha elaborado un marco jurídico especial para prohibir o reglamentar concretamente esos sistemas.

Dependiendo de la tecnología, esas armas pueden promover el cumplimiento del DIH, por ejemplo, aumentando la precisión al escoger los objetivos o incorporando mecanismos de autodesactivación o autodestrucción de las municiones⁸⁹. Por el contrario, la naturaleza y el grado de “autonomía” de un arma para elegir y atacar objetivos pueden entrañar el peligro de transgredir las normas de DIH. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) considera que las personas que manejan esas armas deben tener y ejercer siempre la responsabilidad en relación con su uso.

8. Sistemas de aeronaves no tripuladas (“drones”)

Al menos 20 grupos armados no estatales han obtenido presuntamente sistemas de aeronaves no tripuladas, armadas o no armadas, entre ellos, organizaciones terroristas (como el EIIL

⁸⁶ Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, Protocolo I (1980).

⁸⁷ Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas (UNODA), “Fact Sheet: Autonomous Weapons Systems”, en que se menciona el informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (A/HRC/23/47, resumen): obsérvese que la mayoría de los sistemas de aeronaves no tripuladas letales, que se examinan a continuación, son controlados a distancia por seres humanos y, por lo tanto, no se considerarían sistemas de armas totalmente autónomos o semiautónomos.

⁸⁸ Grupo de Expertos Gubernamentales establecido por las Altas Partes Contratantes en la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, Principios Rectores sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomos Letales (CCW/ MSP/2019/9, anexo III, principio f)).

⁸⁹ Departamento de Defensa de los Estados Unidos, *Department of Defense Law of War Manual* (junio de 2015, actualizado en diciembre de 2016), artículo 6.5.9.2.

(Dáesh), Harakat Tahrir al-Sham y la Yihad Islámica Palestina)⁹⁰. Han utilizado drones adquiridos en el mercado o vendidos por los Estados, o los han hecho ellos mismos⁹¹. El caso más notorio, a saber, el del EIIL (Dáesh), está bien documentado:

- Para 2017 el EIIL (Dáesh) ya había desarrollado AEI modificados que podían lanzarse desde drones para cumplir una función antipersonal, además de otros artefactos de esa índole modificados con granadas de doble funcionalidad, es decir, antipersonal y antitanque⁹².
- El empleo de drones por parte del EIIL (Dáesh) fue productivo: por ejemplo, en Mosul (Iraq) utilizaron 82 drones en un solo día contra fuerzas iraquíes, kurdas, estadounidenses y francesas⁹³.
- En 2017 los Estados Miembros avisaron al Comité de Sanciones contra el EIIL (Dáesh) y Al-Qaida de que el primero estaba desarrollando la capacidad de diseñar y construir drones más grandes que le permitirían militarizar esa tecnología y aumentar sus posibilidades de atacar a distancia⁹⁴.
- Se sabe que el EIIL (Dáesh) ha utilizado sistemas de aeronaves no tripuladas de venta comercial para llevar a cabo actividades de vigilancia y reconocimiento en las zonas de conflicto, lo que le ha permitido reunir inteligencia mediante fotografía y videografía aéreas y estudiar posibles objetivos.
- También se ha informado del uso de drones por parte de militantes afiliados al EIIL (Dáesh) durante el conflicto de Marawi (Filipinas)⁹⁵.

En el Memorando de Berlín sobre Buenas Prácticas para Combatir el Uso de Sistemas Aéreos No Tripulados (2019), del Foro Mundial contra el Terrorismo, se destaca que “[e]l posible uso indebido de los sistemas aéreos no tripulados por parte de los terroristas va más allá de los ataques físicos, ya que también pueden utilizarlos para las actividades de reunión de inteligencia, vigilancia y reconocimiento, así como para vigilar objetivos militares, protocolos de seguridad y patrones de conducta, lograr más precisión en el fuego indirecto, obtener imágenes con fines propagandísticos, desbaratar operativos policiales, trastornar, entorpecer o paralizar infraestructura clave, el tráfico aéreo y la economía, pasar bienes ilícitos de contrabando a través de las fronteras o hacia zonas vulnerables, intimidar y acosar, y crear pánico en las reuniones multitudinarias. Con esos sistemas podrían lanzarse ataques terroristas contra una variedad de objetivos, infraestructura gubernamental, económica y demás infraestructura crítica y otros objetivos públicos (a veces denominados ‘blancos fáciles’)⁹⁶.

En la introducción del Memorando de Berlín también se señala que “[h]asta la fecha, el uso de esos sistemas por los terroristas al margen de los conflictos armados ha sido relativamente poco frecuente”. No obstante, en la conclusión del Memorando se advierte de que “[n]o cabe duda de

⁹⁰ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias relativo al uso de drones armados para cometer asesinatos selectivos (A/HRC/44/38), párr. 9.

⁹¹ *Ibid.*; véase también el documento S/2018/14/Rev.1, párr. 87 (sobre el uso de drones comerciales por parte del EIIL (Dáesh)).

⁹² Conflict Armament Research, “Frontline Perspective: Islamic State’s Multi-Role IEDs”, abril de 2017, pág. 2 (resultados de una investigación sobre el terreno en el Iraq) (véase www.conflictarm.com/publications/).

⁹³ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias relativo al uso de drones armados para cometer asesinatos selectivos (A/HRC/44/38), párr. 9.

⁹⁴ S/2017/573, párr. 96.

⁹⁵ S/2018/14/Rev.1, párr. 58.

⁹⁶ Véase Foro Mundial contra el Terrorismo, Berlin Memorandum on Good Practices for Countering Terrorist Use of Unmanned Aerial Systems, pág. 1 (véase: www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

que [los terroristas] intentarán utilizar sistemas aéreos no tripulados también al margen de los conflictos armados”.

Legalidad y control de los sistemas de aeronaves no tripuladas

Los drones no son armas prohibidas por el derecho internacional. Entre las principales preocupaciones que despierta el uso de drones armados en situaciones de conflicto cabe mencionar los riesgos de: bajas civiles desproporcionadas, aun cuando los objetivos militares estén debidamente individualizados; ataques indiscriminados que causen víctimas entre la población civil, o ataques deliberados contra civiles.

En consecuencia, al hacer uso de drones los agentes no estatales deben atenerse a todas las normas aplicables de DIH y de derecho de los derechos humanos. Estas últimas se comentaron en el capítulo I, parte D.3, del presente módulo (en relación con el uso de drones por el Estado, aunque rigen consideraciones análogas para los grupos armados), en tanto que el DIH en general se analizó en el capítulo III. La Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias también recomendó que los agentes no estatales que utilizaran drones armados investigaran todas las denuncias de transgresiones y presentasen informes periódicos sobre el seguimiento de los ataques con drones y las bajas que ocasionaran⁹⁷.

Si bien los drones armados no son armas prohibidas, se han emprendido esfuerzos internacionales con miras a evitar que los grupos terroristas los adquieran. En su resolución 2370 (2017) el Consejo de Seguridad alentó a los Estados Miembros a que previnieran y desarticularan las redes de adquisición de esas armas, sistemas y componentes entre el EIIL (Dáesh), Al-Qaida y las personas y grupos asociados con ellos.

En el Memorando de Berlín también se insta a los Estados a crear marcos jurídicos y políticos nacionales sólidos, claros y ejecutables tendientes a:

- impedir o minimizar el potencial de proliferación de sistemas aéreos no tripulados y el uso indebido de estos por los terroristas;
- facilitar actividades de detección y mitigación efectivas y la adopción de medidas eficaces contra esos sistemas;
- posibilitar las investigaciones, el enjuiciamiento penal y sanciones eficaces tras los incidentes en que estos intervengan⁹⁸.

REMISIÓN Los sistemas de aeronaves no tripuladas también se utilizan para operaciones antiterroristas, especialmente a fin de localizar y dar muerte a presuntos terroristas. Todas esas actividades deben realizarse respetando las normas de derecho internacional en materia de legítima defensa, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Este tema se trató en el capítulo I, parte D.3.

⁹⁷ A/HRC/44/38, párr. 96.

⁹⁸ Véase Foro Mundial contra el Terrorismo, Berlin Memorandum on Good Practices for Countering Terrorist Use of Unmanned Aerial Systems, págs. 1 a 3 (véase: www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

MATERIAL DE CONSULTA

UNIDIR, *Increasing Transparency, Oversight and Accountability of Armed Unmanned Aerial Vehicles* (2017) (<https://unidir.org/publication/increasing-transparency-oversight-and-accountability-armed-unmanned-aerial-vehicles>).

En 2016, en su Quinta Conferencia de Examen, las Altas Partes Contratantes de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales establecieron un grupo de expertos gubernamentales para que se encargara de examinar los posibles retos que plantean las tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas de armas autónomos letales. En 2019 el Grupo de Expertos estableció 11 Principios Rectores sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomos Letales (CCW/MSP/2019/9, anexo III).

Foro Mundial contra el Terrorismo, *Berlin Memorandum on Good Practices for Countering Terrorist Use of Unmanned Aerial Systems* (2019) (véase: www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

UNODA, *Fact sheet: Humanitarian approaches to disarmament* (<https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/07/Humanitarian-Approaches-to-Disarmament-Fact-Sheet-July2020.pdf>).

UNODA, *Study on Armed Unmanned Aerial Vehicles* (2015) (www.un.org/disarmament/publications/more/drones-study/).

Preguntas de autoevaluación

1. Mencione tres resoluciones del Consejo de Seguridad por las cuales el Consejo intenta eliminar el abastecimiento de armas convencionales a los terroristas.
2. Enumere al menos tres obligaciones de los Estados Miembros relacionadas con las armas en el marco del régimen de sanciones contra el EIIL (Dáesh) y Al-Qaida.
3. Nombre al menos tres instrumentos de derecho internacional de especial pertinencia en cuanto al uso de artefactos explosivos improvisados (AEI) por parte de los terroristas. Haga un breve resumen de su contenido.
4. Cite los tres principales instrumentos marco internacionales dedicados a prevenir, combatir y eliminar los negocios ilícitos con armas pequeñas y armas ligeras.
5. ¿Cuál es el propósito principal del Protocolo sobre Armas de Fuego, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional? Enumere cuatro clases de medidas que los Estados deben adoptar en virtud del Protocolo sobre Armas de Fuego y que son especialmente pertinentes en el contexto de la lucha contra el terrorismo.
6. Mencione tres diferencias entre el Protocolo sobre Armas de Fuego y el Programa de Acción de las Naciones Unidas para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos Sus Aspectos.

7. ¿Qué significa el “rastreo” o la “localización” de las armas pequeñas o las armas de fuego? ¿Por qué es importante para la lucha contra el terrorismo?
8. ¿Por qué es importante integrar una perspectiva de género en las medidas para controlar las armas pequeñas y armas ligeras? Mencione al menos tres razones.
9. ¿En qué consiste el “desvío” o la “desviación” de armas?
10. Describa el ámbito de aplicación del Tratado sobre el Comercio de Armas y mencione tres obligaciones fundamentales que impone a los Estados partes.
11. Enumere cinco prohibiciones o restricciones establecidas por el derecho internacional humanitario en relación con determinadas armas.
12. ¿Cuáles son las normas de derecho internacional que rigen el uso de vehículos aéreos no tripulados (drones) por los grupos terroristas y los Estados Miembros en operativos antiterroristas? Enumere al menos cinco normas pertinentes.



V.

Respuestas de la justicia penal al terrorismo y marco jurídico internacional contra la delincuencia organizada

PLAN DE ESTUDIOS PARA LA CAPACITACIÓN JURÍDICA CONTRA EL TERRORISMO MÓDULO 1

LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Objetivos

Al finalizar el capítulo V, los lectores estarán en condiciones de:

- 1 Describir el marco jurídico internacional para combatir la delincuencia organizada transnacional mediante la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención contra la Delincuencia Organizada), sus tres Protocolos y otros instrumentos jurídicos internacionales.
- 2 Indicar los elementos de los delitos establecidos en la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, así como en otros tratados internacionales relacionados con la delincuencia organizada y sus manifestaciones, y examinar los vínculos y diferencias que existen entre esos delitos y los de terrorismo.
- 3 Examinar las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada en materia de cooperación internacional, por ejemplo, en lo relativo a la extradición y la asistencia judicial recíproca, y compararlas con las disposiciones correspondientes de los instrumentos jurídicos internacionales contra el terrorismo.
- 4 Determinar las formas en que las medidas de justicia penal adoptadas contra la delincuencia organizada transnacional son pertinentes para las respuestas de la justicia penal al terrorismo, sobre todo en lo que respecta a los criterios de investigación, las investigaciones financieras, las técnicas especiales de investigación y los procedimientos de protección de testigos.

INTRODUCCIÓN

El terrorismo y la delincuencia organizada son dos fenómenos que afectan a la estabilidad, el desarrollo y el bienestar de la sociedad. Si bien son diferentes, tanto las organizaciones terroristas como los grupos delictivos organizados pueden explotar y aprovechar muchos factores comunes, como los conflictos, el acceso a las armas pequeñas y armas ligeras, la inestabilidad, la ausencia del estado de derecho, la permeabilidad de las fronteras, una corrupción rampante y la debilidad de los mecanismos de aplicación de la ley¹.

Además de estos elementos comunes propicios, existen vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y el terrorismo que constituyen una grave amenaza para la comunidad internacional. Los terroristas pueden beneficiarse de la delincuencia organizada, ya sea nacional o transnacional, como fuente de financiación o de apoyo logístico, a través del tráfico de armas, personas, drogas y bienes culturales, el comercio ilícito de recursos naturales y de especies de fauna y flora silvestres y el blanqueo del producto de la actividad delictiva, lo que abarca el secuestro para obtener rescate, la extorsión y el robo de bancos, así como la delincuencia organizada transnacional en el mar.

En su resolución 2482 (2019) el Consejo de Seguridad hizo hincapié en que “la presencia combinada del terrorismo, el extremismo violento que conduce al terrorismo y la delincuencia organizada [...] puede exacerbar los conflictos en las regiones afectadas y contribuir a debilitar a los Estados afectados”, además de complicar la labor de prevención y solución de los conflictos².

Como se indicó en el informe del Secretario General sobre las medidas adoptadas por los Estados Miembros y las entidades de las Naciones Unidas para abordar este tema, el carácter y el alcance de los vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y el terrorismo varían según el contexto y la región de que se trate. En ocasiones esos vínculos pueden ser alianzas oportunistas, tal vez basadas en el hecho de compartir un territorio, en un fin de lucro o en relaciones personales que podrían haberse desarrollado en la cárcel o a través de redes compartidas. En otras regiones no se ha confirmado que existan vínculos entre el terrorismo y la delincuencia organizada y, por lo tanto, es posible que no los haya. En algunos contextos,

¹ Foro Mundial contra el Terrorismo (FMCT), Addendum to the Hague Good Practices on the Nexus between Transnational Organized Crime and Terrorism: Focus on Criminal Justice (2020), pág. 1 (véase www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

² Resolución 2482 (2019) del Consejo de Seguridad, preámbulo.

las organizaciones delictivas evitan colaborar con los grupos terroristas para impedir que las autoridades nacionales las investiguen aún más³.

En su resolución 2482 (2019) el Consejo de Seguridad exhortó a los Estados Miembros a que reforzaran “la respuesta mundial a los vínculos entre el terrorismo internacional y la delincuencia organizada, ya sea nacional o transnacional, que constituyen un gran desafío y una amenaza para la seguridad internacional”⁴.

Ya en 2000, al aprobar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Asamblea General declaró que estaba “[f]irmemente convencida de que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, [...] los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo”⁵.

Al mismo tiempo, muchos Gobiernos e investigadores han subrayado que la naturaleza y el alcance de los vínculos entre el terrorismo y la delincuencia organizada, y el hecho de que estos existan o no, dependen del contexto, y han advertido de que no se debe generalizar. Como se observó en la Adición a las Buenas Prácticas de La Haya sobre el Nexo entre la Delincuencia Organizada Transnacional y el Terrorismo, publicada por el Foro Mundial contra el Terrorismo:

“El terrorismo y la delincuencia organizada transnacional suelen estar penalizados en leyes diferentes y pueden exigir diferentes respuestas de justicia penal. Cuando esos dos fenómenos no confluyen, no hay que insistir en los vínculos. En los casos en que lo hacen, es importante comprender a fondo la naturaleza de los vínculos que existen entre ellos para poder formular una respuesta adecuada de justicia penal”⁶.

Los Gobiernos, los organismos de las Naciones Unidas y los expertos también han advertido de la necesidad de diferenciar los marcos jurídicos internacionales relativos al terrorismo y a la delincuencia organizada, “cada uno con su correspondiente andamiaje institucional”⁷, y han alertado del riesgo que puede plantear para los derechos humanos el hecho de combinar las respuestas que se den a uno y a otra⁸.

El presente capítulo tiene por objeto examinar de qué manera el marco jurídico internacional contra la delincuencia organizada es pertinente para las respuestas de la justicia penal al terrorismo.

La parte A contiene una breve sinopsis de los elementos de los delitos que suelen cometer los grupos delictivos organizados en la que se destacan aspectos que son pertinentes para la lucha antiterrorista. Los delitos examinados son la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo de dinero, la corrupción, la trata de personas, el tráfico de migrantes, armas de fuego,

³ S/2020/754, párrs. 4 a 6.

⁴ Resolución 2482 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 1; entre las resoluciones anteriores del Consejo de Seguridad en que se observaron con preocupación los vínculos entre el terrorismo internacional y la delincuencia organizada transnacional figuran las resoluciones 1373 (2001), 2322 (2016) y 2368 (2017).

⁵ Resolución 55/25 de la Asamblea General.

⁶ FMCT, Addendum to the Hague Good Practices on the Nexus between Transnational Organized Crime and Terrorism: Focus on Criminal Justice (2020) (véase www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

⁷ S/PV.8569, pág. 24, declaración del delegado de México durante el debate del Consejo de Seguridad sobre los vínculos entre el terrorismo internacional y la delincuencia organizada, 9 de julio de 2019.

⁸ S/2020/754, párr. 107.

drogas y bienes culturales, la explotación ilícita de recursos naturales y los delitos contra el medio ambiente, el secuestro para obtener rescate y la ciberdelincuencia.

En la parte B figura un breve resumen de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada relativas a la cooperación internacional en asuntos penales.

En la parte C se examinan algunas cuestiones pertinentes para las respuestas de la justicia penal a la delincuencia organizada y el terrorismo. Si bien se trata de dos fenómenos diferentes que se rigen por distintos marcos jurídicos internacionales y, en la mayoría de los casos, diferentes marcos jurídicos nacionales, las autoridades de justicia penal que se ocupan de ellos se enfrentan a ciertos problemas comunes, relacionados, entre otras cosas, con la gravedad de los delitos y el carácter continuo, sumamente organizado y encubierto de la actividad delictiva.

Cabe subrayar que, aunque en el presente capítulo se mencionan ejemplos de vínculos entre las actividades de los grupos delictivos organizados y de los terroristas de numerosos países y regiones, el propósito no es ofrecer una visión general de la importante labor de investigación que se está realizando en este campo desde la perspectiva de las ciencias sociales y la criminología, ni mucho menos aportar algo a esa labor.

MATERIAL DE CONSULTA

UNODC, Educación para la Justicia (E4J), Serie de Módulos Universitarios, *Vinculaciones entre la Delincuencia Organizada y el Terrorismo* (2019); en el módulo se ofrece una visión general de la labor de investigación sobre las vinculaciones entre la delincuencia organizada y el terrorismo, entre otras cosas los marcos teóricos relativos a los vínculos y numerosos estudios de casos. (www.unodc.org/e4j/es/organized-crime/module-16/index.html).

A. Delitos cometidos por grupos organizados

1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención contra la Delincuencia Organizada, también llamada “Convención de Palermo”)⁹ es el único instrumento mundial en la materia. Su propósito es “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional” (artículo 1). Hasta enero de 2021, la Convención contaba con 190 Estados partes, vale decir, que ha alcanzado una adhesión casi universal. La complementan el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (“Protocolo contra

⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (aprobada el 15 de noviembre de 2000, que entró en vigor el 29 de septiembre de 2013) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2225, núm. 39574).

la Trata de Personas”, 178 Estados partes)¹⁰, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (“Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes”, 150 Estados partes)¹¹ y el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones (“Protocolo sobre Armas de Fuego”, 119 Estados partes)¹².

De conformidad con la Convención, los Estados partes deben tipificar como delito la participación en un grupo delictivo organizado (artículo 5), el blanqueo del producto del delito (artículo 6), la corrupción (artículo 8) y la obstrucción de la justicia (artículo 23)¹³, e imponer las sanciones que correspondan en función de la gravedad de los delitos (artículo 11). Además, en los tres Protocolos de la Convención se exige a los Estados partes que tipifiquen como delito la trata de personas (artículo 5 del Protocolo contra la Trata de Personas), el tráfico de migrantes (artículo 6 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes) y la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego (artículo 5 del Protocolo sobre Armas de Fuego), además de otros actos relacionados o vinculados con ellos.

La Convención contra la Delincuencia Organizada también exige que cada Estado parte adopte “las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23” (artículo 10).

La Convención no contiene una lista exhaustiva de actos delictivos organizados, ya que una enumeración de esa índole pronto habría quedado obsoleta y difícilmente contribuiría al objetivo de llegar a un acuerdo jurídicamente vinculante que atendiera a las necesidades actuales y futuras de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Por ejemplo, la ciberdelincuencia no constituía una preocupación real cuando se aprobó la Convención, pero desde entonces, con los avances tecnológicos, pasó a ser un problema de alcance mundial. Del mismo modo, es difícil predecir cómo evolucionará en el futuro la delincuencia organizada.

En cambio, para ampliar aún más el ámbito de aplicación de la Convención e invocar sus disposiciones de cooperación internacional, los redactores optaron por el concepto de “*delitos graves*”. Según la definición, se trata de delitos punibles —con arreglo al derecho interno de un Estado parte— con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años (artículo 2 b)).

Otro concepto central de la Convención es el de “grupo delictivo organizado”. El criterio aplicado en ese instrumento es el de definir al delincuente, más que el concepto evolutivo de “delincuencia organizada” en sí mismo (véase el recuadro de análisis que figura a continuación).

¹⁰ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2237, núm. 39574).

¹¹ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2241, núm. 39574).

¹² Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2326, núm. 39574).

¹³ Estos delitos se examinan en las partes A.2 (penalización de la participación en un grupo delictivo organizado), A.3 (blanqueo de dinero), A.4 (corrupción) y C.7 (garantizar seguridad a los funcionarios de las instituciones de justicia penal, los testigos y las víctimas) del presente capítulo.

ANÁLISIS DEFINICIÓN DE GRUPO DELICTIVO ORGANIZADO

En la Convención contra la Delincuencia Organizada se utilizan cuatro criterios para definir el concepto de grupo delictivo organizado (artículo 2 *a*):

1. un grupo estructurado de tres o más personas;
2. que exista durante cierto tiempo;
3. que actúe concertadamente con el propósito de cometer al menos un delito grave;
4. con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Por “grupo estructurado” se entiende todo grupo “no formado fortuitamente para cometer un delito de inmediato, y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada” (artículo 2 *c*).

Con arreglo a su artículo 3, la Convención puede ser invocada en relación con los siguientes tipos de delitos:

a) delitos tipificados a nivel nacional en cumplimiento de los requisitos de los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención (es decir, delitos relativos a la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo de dinero, la corrupción y la obstrucción de la justicia, si son de carácter transnacional y entrañan la participación de un grupo delictivo organizado);

b) delitos graves (según la definición del recuadro de análisis anterior), si son de carácter transnacional y entrañan la participación de un grupo delictivo organizado.

Según el artículo 1.3 de cada Protocolo, los delitos tipificados de conformidad con las respectivas disposiciones de cada Protocolo se considerarán delitos tipificados de conformidad con la Convención.

Un delito es de carácter transnacional (véase el artículo 3.2 de la Convención) si:

- i) se comete en más de un Estado;
- ii) se comete en un Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro;
- iii) se comete en un Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado;
- iv) se comete en un Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro.

MATERIAL DE CONSULTA

- UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (2017) (https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf).
- UNODC, *Disposiciones legislativas modelo contra la delincuencia organizada* (2012) (https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/12-54934_Ebook_S.pdf).

2. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

Según la definición de “grupo delictivo organizado” que figura en la Convención, el grupo debe tener como objetivo “cometer delitos graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”¹⁴, lo que, en principio, no abarcaría a los grupos terroristas, siempre y cuando sus objetivos fuesen exclusivamente de orden no material. No obstante, la Convención aún puede ser aplicable a los delitos cometidos por esos grupos si se trata de delitos previstos en ella y los cometen con el fin de obtener beneficios económicos u otros beneficios de orden material¹⁵.

Por otra parte, en la mayoría de los instrumentos internacionales contra el terrorismo, como el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 (“Convenio sobre la Financiación del Terrorismo”), y en algunas leyes nacionales no se exige que exista un motivo político para definir los actos de terrorismo. En cambio, el artículo 2.1 del Convenio sobre la Financiación del Terrorismo se refiere especialmente a los actos comprendidos en el ámbito de aplicación de los tratados enumerados en su anexo o a los actos violentos que tengan por objeto intimidar a la población o coaccionar a un Gobierno o una organización internacional. Algunas actividades de los grupos delictivos organizados también presentan esas características, como cuando la mafia procura intimidar a las fuerzas del orden, los jueces, los Gobiernos o las poblaciones locales.

El artículo 5 de la Convención contra la Delincuencia Organizada exige a los Estados partes que penalicen la participación en un grupo delictivo organizado. Los Estados están obligados a tipificar como delito una de las conductas siguientes o ambas:

- a) una especie de delito de confabulación, es decir, ponerse de acuerdo para cometer un delito grave;
- b) una especie de delito de participación (asociación para delinquir), es decir, participar efectivamente en las actividades de un grupo delictivo organizado, sean o no delictivas.

El artículo 5 también exige a los Estados que penalicen “la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de cometer un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado”.

Los instrumentos internacionales contra el terrorismo no exigen a los Estados partes que establezcan delitos de índole conspirativa ni que tipifiquen como delito la participación en las actividades de un grupo terrorista, aunque en muchas leyes antiterroristas nacionales figuran esas clases de delitos. Sin embargo, los tratados internacionales más recientes contra el terrorismo requieren a los Estados que castiguen a quien participe en un acto terrorista en calidad de

¹⁴ La legislación nacional por la que se aplica la Convención no exige necesariamente que exista el fin de lucro como elemento del delito de asociación para delinquir; véase, por ejemplo, el artículo 129 del Código Penal alemán, en que se tipifica como delito formar una organización delictiva o participar en una organización de esa índole, sin incorporar en la definición el objetivo de obtener un beneficio de orden material; en otros casos, el elemento de “beneficio económico” no está prescrito en la descripción del delito básico de “organización delictiva”, si bien, en determinadas condiciones, puede considerarse una circunstancia agravante (véase el artículo 187 del Código Penal griego). Ninguna de las dos opciones es opuesta a la Convención; ambas tienen por objeto ampliar el ámbito de aplicación del artículo 5 de la Convención y, de conformidad con el artículo 34, párr. 3, “cada Estado parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional”.

¹⁵ UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (2017), párr. 33 (<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html>).

cómplice, organice y dirija a otros a efectos de cometer un delito de esa índole o contribuya a que lo cometa un grupo de personas que actúe con un propósito común¹⁶. A nivel regional, el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo de 2015 exige que los Estados partes tipifiquen como delito en el derecho interno “la participación en grupos o asociaciones con fines de terrorismo”.

ACTIVIDAD PENALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN UN GRUPO DELICTIVO

- ✎ *¿Penaliza la legislación de su país la participación en un grupo delictivo organizado? ¿En qué términos? Compare la definición que se da en el derecho interno de su país con la definición de “grupo delictivo organizado” de la Convención contra la Delincuencia Organizada y con los delitos enunciados en su artículo 5.*
- ✎ *¿Penaliza la legislación de su país la participación en un grupo terrorista? ¿En qué términos? Compare la definición de grupo terrorista con la de grupo delictivo organizado.*

3. Blanqueo de dinero y financiación del terrorismo

Las actividades de blanqueo de dinero y de financiación del terrorismo son extremadamente complejas y de amplio alcance: en la presente parte se destacan los aspectos principales de las posibles vinculaciones entre esas actividades delictivas. Existe un amplio conjunto de material especializado sobre estos temas, como el que proporcionan el Grupo de Acción Financiera (GAFI), los organismos regionales de la misma índole, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI).

El GAFI, ampliamente reconocido como organismo internacional encargado de establecer normas para combatir el blanqueo de dinero, considera que el “blanqueo de capitales” es una manera de procesar el producto del delito con miras a disfrazar su origen ilegal. Añade que “[e]ste proceso es de vital importancia, ya que permite al delincuente disfrutar de estos beneficios sin poner en peligro a sus fuentes de origen”¹⁷.

En el artículo 6 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas se considera delito el “blanqueo del producto del delito” y se obliga a los Estados partes a penalizarlo. Complementan esos instrumentos las normas y directrices internacionales relacionadas con la lucha contra el blanqueo de dinero que proporcionan organismos como el GAFI en sus 40 recomendaciones (aprobadas por primera vez en 1990)¹⁸.

El blanqueo de dinero puede estar relacionado con el terrorismo y la financiación del terrorismo de varias maneras. Además, el blanqueo vinculado a los delitos de terrorismo es considerado un

¹⁶ Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, artículo 2.3 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2149, núm. 37517).

¹⁷ GAFI, “What is Money Laundering?” (www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/).

¹⁸ GAFI (2012-2021), Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación, París (<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>).

delito determinante y, por consiguiente, un “delito grave”. Hay pruebas claras de que los terroristas delinquen a fin de recaudar fondos para apoyar sus actividades terroristas. Las acciones relacionadas con la recaudación, conversión, transferencia, ocultación, encubrimiento o utilización del producto ilícito de los delitos cometidos por los terroristas, como el secuestro para obtener rescate, el tráfico de armas y de drogas, la explotación ilícita de los recursos naturales o el comercio ilegal de bienes culturales, constituyen blanqueo de dinero. Otros delitos que suelen cometer los terroristas son el robo de bancos, el contrabando, el fraude con tarjetas de crédito, el fraude relacionado con seguros y préstamos y los delitos fiscales¹⁹.

ESTUDIO MONOGRÁFICO VÍNCULOS ENTRE EL TERRORISMO Y EL BLANQUEO DE DINERO

Los negocios legítimos, el blanqueo de dinero y el terrorismo en África^a

Según uno de los miembros del Grupo de Lucha contra el Blanqueo de Dinero de África Oriental y Meridional, las empresas concesionarias de automóviles usados importaban vehículos de países como el Japón, Singapur y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y posteriormente canalizaban los ingresos generados por la venta de estos hacia grupos terroristas en el marco de un complejo plan de blanqueo de dinero. Los propietarios de las concesionarias procedían de zonas de alto riesgo de terrorismo.

Tras varias investigaciones policiales y procesos judiciales, se descubrió una vinculación entre empresas comerciales de diversa índole —entre ellas, concesionarias de automóviles usados y franquicias de restaurantes— y algunas organizaciones terroristas: en esos casos, los ingresos generados por las empresas comerciales se destinaban a apoyar a esas organizaciones. En uno de los casos se trataba del envío de automóviles usados a África Occidental. En otro, se consideró que el envío de automóviles al Oriente Medio era un plan de recaudación de fondos para determinada organización terrorista.

^a Grupo de Acción Financiera, Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación: las Recomendaciones del GAFI (París, 2012 (actualizadas en 2021)) (<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>), pág. 19.

Diferencias entre la financiación del terrorismo y el blanqueo de dinero

Según la definición del artículo 2 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, ese delito consiste en, ilícita y deliberadamente, proporcionar o recolectar fondos, directa o indirectamente, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, para financiar un acto terrorista.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad exigen a los Estados que prohíban “poner fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros u otros servicios conexos, directa o indirectamente, a disposición de terroristas u organizaciones terroristas con cualquier fin, incluidos el reclutamiento, el adiestramiento o los viajes, *aun cuando no haya un vínculo específico con un acto terrorista*” [sin cursiva en el original]²⁰.

¹⁹ GAFI, *Emerging Terrorist Financing Risks* (París, octubre de 2015), págs. 15 y 16.

²⁰ Resolución 2462 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 3.

En las tramas de blanqueo de dinero, los fondos procedentes de actividades ilegales se inyectan en la economía legítima utilizando numerosas técnicas y sectores económicos vulnerables. En relación con el terrorismo, la financiación puede proceder de actividades y fuentes delictivas, pero también de actividades o fuentes perfectamente legítimas. La principal preocupación es descubrir esas fuentes a efectos de poder eliminarlas²¹.

ANÁLISIS RECOMENDACIÓN 5 DEL GAFI

El GAFI recomienda que los países se aseguren de que los delitos de financiación del terrorismo sean considerados delitos determinantes del blanqueo de dinero.

“Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no solo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aun en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos. Los países deben asegurar que tales delitos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos.”

Medidas contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo

Si bien existen diferencias entre las actividades de blanqueo de dinero y las de financiación del terrorismo, principalmente relacionadas con los objetivos en que se inspiran y el origen de los fondos (es decir, ilícitos o legítimos), se observan similitudes en los métodos utilizados por quienes realizan unas u otras para recaudar, ocultar, guardar, mover y emplear sus fondos, en particular cuando existen vínculos entre grupos delictivos organizados y grupos terroristas.

Las características de las actividades concretas pueden exigir, a nivel nacional, la aplicación de diferentes políticas, leyes y respuestas institucionales, pero el objetivo primordial es contar con marcos políticos, legislativos e institucionales amplios que aporten respuestas eficaces para prevenir, investigar y perseguir los delitos relacionados con las actividades de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo.

ANÁLISIS RECOMENDACIONES DEL GAFI

El Grupo de Acción Financiera (GAFI) es un organismo intergubernamental encargado de establecer normas y promover la aplicación efectiva de medidas jurídicas, reglamentarias y operacionales para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva, además de otras amenazas conexas a la integridad del sistema financiero internacional. En colaboración con otras entidades internacionales interesadas, el GAFI también intenta determinar la vulnerabilidad de los países con miras a proteger el sistema financiero internacional de ser objeto de uso indebido²¹.

En sus recomendaciones se establece un amplio marco de medidas para combatir eficazmente el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, fenómenos que siguen planteando problemas considerables. Al principio, las 40 recomendaciones del GAFI contenían nueve recomendaciones

²¹ UNODC, *Guidance manual for Member States on terrorist financing risk assessments* (2018), cap. 1, párr. 1.2 (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/CFT%20Manual/Guidance_Manual_TF_Risk_Assessments.pdf).

especiales dedicadas al tema de la financiación del terrorismo. La mayoría de las medidas sobre ese tema están integradas ahora a lo largo de las recomendaciones. No obstante, algunas de las que atañen pura y exclusivamente a la financiación del terrorismo están recogidas en la parte C de las recomendaciones, entre ellas, la 5 (la penalización de la financiación del terrorismo), la 6 (sanciones financieras selectivas relacionadas con el terrorismo y la financiación del terrorismo) y la 8 (medidas para prevenir el uso indebido de las organizaciones sin fines de lucro)^b.

En su resolución 2462 (2019) el Consejo de Seguridad instó encarecidamente a todos los Estados a que “pongan en práctica las normas internacionales amplias incorporadas en las cuarenta recomendaciones revisadas del Grupo de Acción Financiera sobre la Lucha Contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y la Proliferación y sus notas interpretativas”^c.

^a GAFI (2012-2021), Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación, París (<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>).

^b *Ibid.*, pág. 7.

^c Resolución 2462 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 4.

4. Corrupción

Como observó el Secretario General en su Plan de Acción para Prevenir el Extremismo Violento, este “suele prosperar en los entornos caracterizados por la mala gobernanza, la democracia deficiente, la corrupción y la cultura de impunidad por la conducta ilícita del Estado o sus agentes”²². Además de socavar el apoyo público y la legitimidad del Gobierno y de fomentar el apoyo a los grupos armados, la corrupción puede estar relacionada con el terrorismo de otras maneras:

- Los terroristas pueden sobornar a funcionarios públicos (incluidos los de la policía, la justicia y el ejército, así como otros funcionarios y políticos) para que pasen por alto sus actividades ilegales y terroristas, y poder gozar así de impunidad.
- Los funcionarios públicos pueden aceptar sobornos de intermediarios empresariales, como traficantes de armas, entidades financieras o empresas de explotación minera, los cuales, a su vez, tienen tratos con terroristas.
- Los funcionarios públicos corruptos pueden desviar equipo militar o suministros de socorro humanitario hacia grupos terroristas con objeto de apoyar o facilitar sus actividades.
- Los grupos terroristas pueden sobornar a empresas privadas, por ejemplo, para que no informen a las autoridades competentes acerca de operaciones sospechosas, entre ellas las relativas a la financiación del terrorismo, o para que transporten armas clandestinamente si se trata de una empresa de transporte. Los simpatizantes de esos grupos también pueden infiltrarse en las empresas y malversar fondos.

De conformidad con la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes deben tipificar la corrupción relacionada con los funcionarios públicos como delito de soborno y considerar la posibilidad de tipificar como delito el soborno de funcionarios públicos extranjeros o de funcionarios internacionales (artículo 8).

²² A/70/674, párr. 27.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es el único instrumento internacional jurídicamente vinculante dedicado a luchar contra ese delito. Entró en vigor en 2005 y, hasta enero de 2021, contaba con 187 Estados partes, vale decir, que goza de una adhesión casi universal. La Convención se refiere a cinco esferas principales: medidas preventivas; penalización y aplicación de la ley; cooperación internacional; recuperación de activos, y asistencia técnica e intercambio de información.

En virtud de la Convención contra la Corrupción, los países deben tipificar delitos que abarcan una variedad mucho más amplia de actos de corrupción que la Convención contra la Delincuencia Organizada:

- el soborno, no solo de funcionarios públicos nacionales, sino también de funcionarios públicos extranjeros e internacionales (artículos 15 y 16);
- la malversación de fondos públicos (artículo 17);
- el tráfico de influencias (artículo 18);
- el abuso de funciones (artículo 19);
- el enriquecimiento ilícito (artículo 20);
- delitos en apoyo de la corrupción, como el blanqueo u ocultación del producto de esta (artículos 23 y 24) y la obstrucción de la justicia (artículo 25);
- el soborno y la malversación o peculado de bienes en el sector privado (artículos 21 y 22);
- delitos accesorios de participación y tentativa (artículo 27).

A efectos de tener en cuenta las diferencias que existen en el derecho interno de los países, los Estados están legalmente obligados a penalizar algunos de los delitos mencionados, si bien en el caso de otros delitos (artículos 16, 18, 19, 20, 21 y 24) se les pide que consideren la posibilidad de hacerlo.

ACTIVIDAD

M es una funcionaria de aduanas de un puesto fronterizo del país X.

El servicio de inteligencia de ese país ha descubierto recientemente que M llegó a un acuerdo con una persona cuya identidad desconoce. Va a encargarse de que ciertos camiones puedan atravesar la frontera sin ser controlados, a cambio de pagos que ascienden al doble de su sueldo mensual.

Los camiones transportan armas de fuego y municiones para un grupo terrorista que actúa en el país X. Sin embargo, M no tiene ninguna relación con el grupo terrorista y, de hecho, aborrece los atentados que comete contra civiles y policías. No sabe a ciencia cierta lo que contienen las remesas ni a quién van destinadas. No obstante, dadas las circunstancias, tendría muchos motivos para suponer que los camiones están suministrando armas al grupo terrorista.

- ✎ *¿De qué delitos debería ser acusada M si fuese juzgada conforme a las leyes de su país, y no del país X?*
- ✎ *¿Podría ser acusada de delitos que tengan por objeto apoyar o facilitar el terrorismo, además de delitos relacionados con la corrupción?*
- ✎ *¿Qué medidas deberían tomar las autoridades del país X para prevenir un caso semejante en el futuro tras descubrirse los negocios de M?*

MATERIAL DE CONSULTA

UNODC, Educación para la Justicia (E4J), Serie de Módulos Universitarios, Módulo 11, *Corrupción, Paz y Seguridad* (www.unodc.org/e4j/en/crime-prevention-criminal-justice/module-11/index.html).

5. Trata de personas

En el artículo 3 *a)* del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (“Protocolo contra la Trata de Personas”), se establece que el delito de trata de personas comprende tres elementos:

- a)* un “acto” (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas);
- b)* un “medio” por el cual se comete el acto (amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra);
- c)* un “propósito” (fines de explotación de cualquier índole).

En el Protocolo no se define concretamente el concepto de explotación, pero se establece que esta “incluira, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” (artículo 3 *a)*)²³. Además, la intención de explotar a la persona por conducto de los actos y medios establecidos en el artículo 3 *a)* es suficiente para fundamentar el delito de trata de personas²⁴.

El consentimiento dado por la víctima a la explotación es irrelevante si esta ha sido amenazada, coaccionada o engañada, o si el tratante ha abusado de una posición de poder o se ha aprovechado de la situación de vulnerabilidad de la víctima (artículo 3 *b)*). El consentimiento es siempre irrelevante cuando la víctima es un o una menor, ya que el elemento “medio” no es necesario para tipificar como delito la trata de menores (artículo 3 *c)*).

²³ Para más detalles sobre el concepto de explotación, véase UNODC, *Issue Paper, The Concept of Exploitation in the Trafficking in Persons Protocol* (2015) (www.unodc.org/documents/human-trafficking/2015/UNODC_IP_Exploitation_2015.pdf).

²⁴ UNODC, *Thematic Paper, Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations* (2018), pág. 7.

ANÁLISIS EJEMPLOS DE TRATA DE PERSONAS EN SITUACIONES DE CONFLICTO Y POSTERIORES

<i>Acto</i>	<i>Medio</i>	<i>Propósito de la explotación</i>
Un grupo que actúa en una zona de conflicto de América Latina recibe a un o una menor de 18 años	No es necesario: la víctima es un o una menor	Explotación como niño soldado
Una mujer alberga a niñas y mujeres yazidíes secuestradas por grupos armados mientras las subastan por Internet	Si es menor de 18 años: no es necesario Si es mayor de 18 años: uso o amenaza del uso de la fuerza, abuso de una posición de vulnerabilidad u otros medios descritos anteriormente	Explotación sexual y abuso sexual

Nota: adaptado de UNODC, Thematic Paper, Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations (2018), pág. 9 (véase: www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf).

El Consejo de Seguridad ha abordado el problema de la trata de personas por parte de grupos terroristas desde dos perspectivas: en las resoluciones relativas a las vinculaciones entre el terrorismo y la delincuencia organizada, y como parte de la agenda sobre las mujeres y la paz y la seguridad. Reconoció por primera vez que los grupos terroristas de algunas regiones se dedicaban a la trata de personas como forma de delincuencia organizada transnacional en su resolución 2195 (2014). En su resolución 2482 (2019) exhortó a los Estados Miembros a que:

“cuando proceda, revisen, modifiquen y apliquen leyes, incluso contra los actos de violencia sexual y de género, para asegurarse de que se haga frente a todas las formas de trata de personas, incluidas las que se cometen en situaciones de conflicto armado o las que cometen grupos armados y terroristas con el propósito de financiar el terrorismo o para alcanzar los objetivos estratégicos de grupos terroristas, y a que consideren la posibilidad de establecer su jurisdicción para poner fin a la impunidad de los culpables”²⁵.

El vínculo que existe entre la trata de personas y las actividades de los grupos terroristas se ha determinado con más claridad en las resoluciones 2331 (2016) y 2388 (2017) del Consejo de Seguridad, aprobadas en el marco de la agenda de las Naciones Unidas sobre las mujeres y la paz y la seguridad.

²⁵ Resolución 2482 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 8.

ANÁLISIS RESOLUCIÓN 2331 (2016) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

“El Consejo de Seguridad,

[...]

8. *Destaca* que los actos de trata de personas en los conflictos armados y de violencia sexual y por razón de género en los conflictos, incluida la relacionada con la trata de personas en los conflictos armados, pueden formar parte de los objetivos estratégicos y la ideología de ciertos grupos terroristas y ser utilizados como táctica por ellos, mediante, entre otras cosas, el fomento del reclutamiento; el apoyo a la financiación a través de la venta, el comercio y la trata de mujeres, niñas y niños; la destrucción, el castigo, la subyugación o el control de las comunidades; el desplazamiento de las poblaciones de las zonas de importancia estratégica; la obtención de información de hombres y mujeres detenidos para fines de inteligencia; la promoción de la ideología que entraña la supresión de los derechos de la mujer y el uso de justificaciones religiosas para codificar e institucionalizar la esclavitud sexual y ejercer control sobre la reproducción de la mujer; [...]

10. *Afirma* que las víctimas de actos de trata de personas en todas sus formas y de violencia sexual cometidos por grupos terroristas deben ser consideradas víctimas del terrorismo...”

El Secretario General también ha informado de que la trata de personas se utiliza para generar ingresos como parte de la “economía sumergida de los conflictos y el terrorismo”, incluso mediante explotación y esclavitud sexuales²⁶. Además, los desplazados internos y otras personas que se trasladan pueden volverse especialmente vulnerables a la trata²⁷, en particular cuando existen controles de fronteras estrictos y leyes de inmigración rigurosas que les impiden ponerse a salvo a través de vías normales.

Las respuestas legislativas y de justicia penal a la trata de personas pueden ser pertinentes para la lucha antiterrorista de varias maneras.

En primer lugar, en situaciones en las que resulte difícil presentar cargos contra los integrantes de grupos terroristas y procesarlos con arreglo a la legislación nacional antiterrorista por explotación (por ejemplo, por cometer delitos sexuales o por motivos de género), y si la conducta en cuestión está vinculada de algún modo a la trata de personas, quizás es posible utilizar la legislación contra la trata para hacerles rendir cuentas de sus actos²⁸. Esto también garantizará que las víctimas gocen de la protección que les dispensa el Protocolo contra la Trata de Personas.

En segundo lugar, la observancia del principio de no sancionar a las víctimas de la trata puede ser una consideración pertinente en estas circunstancias. Según ese principio, las víctimas no deben ser castigadas o sancionadas por delitos cometidos de resultado de la trata o en relación con esta, especialmente si fueron coaccionadas para cometerlos²⁹.

²⁶ Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos (S/2017/249), párr. 8.

²⁷ Véase Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria (A/HRC/30/48 y Corr. 1, párr. 87).

²⁸ UNODC, *Manual sobre las dimensiones de género de las respuestas de la justicia penal al terrorismo* (2019), cap. 5, parte B.3.

²⁹ UNODC, *Model Legislative Provisions against Trafficking in Persons* (2020), artículo 13 (www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/TiP_ModelLegislativeProvisions_Final.pdf).

En su resolución 2388 (2017) el Consejo de Seguridad invocó ese principio refiriéndose concretamente al contexto del terrorismo, e instó a los Estados Miembros a que evaluaran a fondo la situación individual de las personas liberadas del cautiverio de grupos armados y terroristas para hacer posible la pronta detección de las víctimas de la trata y su tratamiento como víctimas del delito, y a que, de conformidad con la legislación nacional, considerasen la posibilidad de *no enjuiciar o castigar a las víctimas de la trata por actos ilícitos cometidos como resultado directo de haber sido víctimas de la trata* [sin cursiva en el original];

Por último, cabe señalar que los conocimientos especializados adquiridos en el ámbito de la trata de personas mediante entrevistas y actividades de protección de testigos realizadas teniendo en cuenta los traumas, así como las necesidades de los niños y las mujeres, pueden facilitar los esfuerzos de los investigadores y fiscales que intervienen en actividades antiterroristas, protegiendo los derechos de las víctimas y los testigos y llevando a buen fin los enjuiciamientos, en particular cuando se trata de niños explotados por grupos terroristas y de las víctimas de violencia sexual de estos³⁰.

REMISIÓN Dependiendo del contexto, la trata de personas por parte de los grupos terroristas puede equivaler a los principales delitos internacionales de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad que se examinan en el capítulo VI del presente módulo, como se pone de manifiesto en las conclusiones de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria en relación con los crímenes cometidos por el EIIL (Dáesh) contra los yazidíes en el Iraq y la República Árabe Siria. (En el capítulo VI, parte C.5, también se ofrece un examen acerca del enjuiciamiento de la violencia sexual y de género perpetrada por grupos terroristas).

MATERIAL DE CONSULTA

Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (DECT), *Identifying and Exploring the Nexus between Human Trafficking, Terrorism, and Terrorism Financing* (2019) (www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2019/02/HT-terrorism-nexus-CTED-report.pdf).

UNODC, *Issue Paper, Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations* (2018) (www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf).

UNODC, *Issue Paper, The International Legal Definition of Trafficking in Persons* (2018) (www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/webstories2018/new-issue-paper-on-the-international-legal-definition-of-trafficking-in-persons.html).

UNODC, *Legislative Guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children* (Guía legislativa para la Aplicación del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (2020) (www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/TIP_LegislativeGuide_Final.pdf).

³⁰ UNODC, *Manual sobre las dimensiones de género de las respuestas de la justicia penal al terrorismo* (2019), caps. 3 y 5, parte D.

UNODC, *Handbook on Children Recruited and Exploited by Terrorist Groups: The Role of the Justice System* (2017) (www.un.org/victimsofterrorism/en/node/4662).

UNODC, *Manual sobre las dimensiones de género de las respuestas de la justicia penal al terrorismo* (2019) (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/GENDER/19-01531_S_ebook.pdf).

6. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes

Según la definición que figura en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (“Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes”), ese delito consiste en *“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”* (artículo 3).

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes exige a los Estados partes que penalicen los siguientes delitos cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

- el tráfico de migrantes (artículo 6.1 a));
- la creación, la facilitación, el suministro o la posesión de un documento de viaje o de identidad falso, cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico de migrantes (artículo 6.1 b));
- la habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer ilegalmente en un Estado (artículo 6.1 c));
- la tentativa de cometer cualquiera de los delitos mencionados, la participación como cómplice en alguno de ellos o la organización o dirección de otras personas para que los realicen (artículo 6.2).

Los Estados también deben considerar como circunstancia agravante de esos delitos el hecho de que pongan o puedan poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes, o den lugar a un trato inhumano o degradante de estos, en particular con el propósito de explotación (artículo 6.3).

Los migrantes que han sido objeto de tráfico no necesariamente son considerados víctimas de un delito, a menos que exista alguna circunstancia agravante o que sean víctimas de otros delitos (como el secuestro con fines de extorsión) durante el proceso de tráfico. No pueden ser sometidos a un proceso penal por el mero hecho de haber sido objeto de tráfico, en virtud de la prohibición del artículo 5 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, pero pueden ser acusados por otros motivos (en particular, por entrar o permanecer ilegalmente en un país), lo que se deja a criterio del Estado (artículo 6.4). Es importante que las personas que han sido objeto de tráfico sean consideradas testigos clave del delito de tráfico y que los Estados partes adopten las medidas necesarias para preservar y proteger los derechos reconocidos por el derecho internacional a los migrantes objeto de tráfico (artículo 16).

La violencia terrorista, los conflictos armados en los que participan grupos terroristas y las crisis humanitarias resultantes obligan a las personas a cruzar las fronteras en busca de seguridad, de medios de supervivencia o de mejores condiciones de vida. Esas personas pueden recurrir a los servicios de las redes de tráfico de migrantes, especialmente cuando existen controles de fronteras estrictos y leyes de inmigración rigurosas que les impiden ponerse a salvo a través de las vías habituales.

No se sabe a ciencia cierta que existan vínculos entre el terrorismo y el tráfico de migrantes. Sin embargo, algunos países y organizaciones han expresado su preocupación acerca de esos posibles vínculos³¹. Sería necesario investigar más a fondo, en particular las corrientes financieras derivadas del tráfico de migrantes, para poder confirmar si pueden surgir vínculos en las siguientes situaciones:

- Un grupo terrorista puede recurrir a los traficantes de migrantes para obtener apoyo logístico, entre otras cosas, documentos robados, en blanco, falsos o alterados (incluso pasaportes falsos). Al parecer, en un caso se utilizó una red de tráfico de migrantes que operaba en la frontera de la República Árabe Siria y el Iraq para prestar apoyo logístico a Al-Qaida, especialmente pasaportes, armas, dinero, guías y lugares de acogida de terroristas extranjeros que intentaban entrar en el Iraq³².
- Las operaciones de tráfico de migrantes podrían ser una fuente de recursos para los grupos terroristas, ya sea cobrando tarifas a los migrantes por trasladarlos a través de las fronteras o aprovechando su vulnerabilidad para retenerlos con el fin de obtener dinero de ellos o de su familia por liberarlos³³.
- Los terroristas, incluidos los combatientes terroristas extranjeros que regresan, pueden eludir los controles de fronteras utilizando los conductos existentes para el tráfico de migrantes³⁴.
- Los antiguos terroristas podrían implicarse en el tráfico de manera oportunista como modo de dedicarse a una nueva empresa delictiva³⁵.

REMISIÓN En el capítulo II del presente módulo se examinó la interacción entre el marco jurídico internacional de las migraciones y las medidas antiterroristas.

³¹ Véase EUROPOL, European Union Terrorism Situation and Trend Report (2017) (www.europol.europa.eu/tesat/2017/).

³² Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, "Treasury Designates Members of Abu Ghadiyah's Network: Facilitates Flow of Terrorists, Weapons and Money from Syria to Al-Qaida in Iraq", comunicado de prensa de fecha 28 de febrero de 2008.

³³ UNODC, *Smuggling of Migrants: A Global Review and Annotated Bibliography of Recent Publications*, enero de 2011, párr. 10, y GAFI, *Financial Flows from Human Trafficking*, julio de 2018, párrs. 42 y 43 (www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/human-trafficking-2018.pdf).

³⁴ DECT, *Identifying and Exploring the Nexus between Human Trafficking, Terrorism, and Terrorism Financing* (2019), párr. 127 (www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2019/02/HT-terrorism-nexus-CTED-report.pdf).

³⁵ UNODC, *Smuggling of migrants into, through and from North Africa, A thematic review and annotated bibliography of recent publications* (2010), pág. 33 (www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant_smuggling_in_North_Africa_June_2010_ebook_E_09-87293.pdf).

MATERIAL DE CONSULTA

UNODC, *Issue Paper, The Concept of 'Financial or other Material Benefit' in the context of the Smuggling of Migrants Protocol* (2017)

(www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/UNODC_Issue_Paper_The_Profit_Element_in_the_Smuggling_of_Migrants_Protocol.pdf).

7. Tráfico de armas de fuego

Es evidente que las organizaciones terroristas dependen del suministro de armas para poder perpetrar sus atentados. Las que más utilizan los terroristas son las armas de fuego, que también son las que se consiguen con más facilidad. Además, las armas también les permiten dedicarse a diversos tipos de actividades de tráfico y cometer otros delitos (como la extorsión y el secuestro para pedir rescate) con el fin de generar fondos y, de esa manera, aumentar su capacidad para controlar el territorio y las rutas utilizadas por las redes de tráfico y poder cobrar tasas por las mercancías que son objeto de ese negocio ilícito.

Si bien los terroristas algunas veces emplean armas de fuego obtenidas legalmente, en particular en jurisdicciones que carecen de reglamentaciones estrictas, una parte considerable de sus arsenales proviene de la producción ilícita, la desviación de armas de fuego legales al mercado gris y, posteriormente, al mercado negro, y el tráfico de armas de fuego. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Armas de Fuego ha reconocido que el tráfico de esas armas plantea una amenaza transnacional vinculada a menudo a otras formas de delincuencia organizada, y que la disponibilidad y la accesibilidad de las armas de fuego les proporcionan los medios materiales y financieros para perseguir sus objetivos y perpetuar su existencia³⁶. En el preámbulo de su resolución 2370 (2017) el Consejo de Seguridad reconoció que “la transferencia ilícita, el robo de existencias nacionales de armas y la producción artesanal ilícita pueden ser una fuente de armas pequeñas y armas ligeras que pueden permitir a los grupos terroristas aumentar considerablemente su capacidad armada”.

³⁶ Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Armas de Fuego, Viena, 2 y 3 de mayo de 2018 (CTOC/COP/WG.6/2018/4, recomendación general 1).

ESTUDIO MONOGRÁFICO

Tráfico de armas vinculado a las “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia” (FARC)^a

Las FARC adquirieron armas de fuego (entre ellas fusiles de asalto AK-47, rifles y escopetas) en los mercados “gris” y “negro”, en especial utilizando las ganancias obtenidas de su propio tráfico de drogas o pagando las armas con cocaína o heroína. En el mercado gris, la venta y distribución iniciales son realizadas a través de conductos legales por un agente estatal o privado autorizado, pero el destino final es un elemento ilegal. Las armas vendidas a las FARC en el mercado gris procedían del desvío de excedentes de armas militares de otros Estados por parte de funcionarios corruptos extranjeros de Latinoamérica que actuaban a través de traficantes intermediarios ilegales, así como de movimientos de armas provenientes del mercado privado interno de los Estados Unidos, a menudo realizados utilizando documentos de identificación falsos.

En el mercado negro, la totalidad de la transacción —la venta, la distribución y el destino final— es ilegal porque implica la participación de agentes o conductos no autorizados. En el mercado negro internacional, las FARC obtuvieron armas de funcionarios de Gobiernos latinoamericanos que transfirieron ilegalmente arsenales militares, existencias que habían quedado tras los conflictos acaecidos en Centroamérica y armas producidas en fábricas de países de Europa Oriental y Asia Central después de la Guerra Fría. En ocasiones, las FARC también obtuvieron armas en el mercado negro interno, compradas a traficantes locales vinculados a traficantes internacionales o a personal de seguridad o empleados de empresas corruptos.

^a UNODC, *Violence, Crime and Illegal Arms Trafficking in Colombia*, diciembre de 2006, págs. 28 a 33, 107 y 108 (véase: www.unodc.org/unodc/en/press/releases/press_release_2006_12_20.html).

El Protocolo sobre Armas de Fuego tiene por objeto promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (artículo 2). Establece como delitos la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y la modificación no autorizada de las marcas de esas armas (artículo 5). El propósito es garantizar que los Estados partes establezcan un marco jurídico dentro del cual las armas de fuego se puedan fabricar y transferir legítimamente y que, al mismo tiempo, permita descubrir las operaciones ilícitas y perseguir a los delincuentes.

El Protocolo se limita a establecer delitos de carácter transnacional en los que estén envueltos grupos delictivos organizados. No es aplicable a las transacciones entre Estados ni a las transferencias estatales realizadas en aras de la seguridad nacional (artículo 4).

REMISIÓN El Protocolo sobre Armas de Fuego y otros instrumentos internacionales importantes para eliminar el abastecimiento de armas a los terroristas se examinaron más a fondo en el capítulo IV del presente módulo, que trata de los controles internacionales de armamentos.

8. Tráfico de drogas

Desde fines de la década de 1980 la Asamblea General se ha mostrado alarmada por “el creciente vínculo entre el narcotráfico y el terrorismo” en numerosas resoluciones³⁷. En el documento final del período extraordinario de sesiones de 2016, sobre el problema mundial de las drogas, la Asamblea hizo hincapié en la necesidad de responder a los graves problemas planteados por los crecientes lazos entre el tráfico de drogas y el terrorismo, incluido el blanqueo de dinero, en relación con la financiación del terrorismo³⁸. En su resolución 2482 (2019) el Consejo de Seguridad exhortó a los Estados Miembros a que intensificaran sus esfuerzos y la cooperación internacional con el fin de contrarrestar “la amenaza que representan para la comunidad internacional el cultivo, la producción, el tráfico y el consumo ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que pueden contribuir significativamente a los recursos financieros de los grupos terroristas”³⁹.

Las drogas (las que no se utilizan con fines médicos ni científicos) están sometidas a fiscalización en virtud de tres tratados fundamentales: la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (modificada por el Protocolo de 1972), el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Las Convenciones y el Convenio abordan los eslabones fundamentales de la cadena de suministro de drogas: la producción, el transporte y la distribución. En el artículo 36.1 a) de la Convención Única se exige que cada Estado parte, “a reserva de lo dispuesto por su Constitución”, “adopte las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes [...] se consideren como delitos si se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad”.

Se prohíbe una conducta similar en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que también penaliza la posesión, la adquisición o el cultivo de drogas para el consumo personal (artículo 3.2). Además, la Convención incluye combatir actividades realizadas en eslabones inferiores de la cadena de suministro. Penaliza la fabricación, el transporte, la distribución y la posesión de equipo, materiales y precursores utilizados para la producción y el abastecimiento de drogas⁴⁰, la organización, la gestión o la financiación del abastecimiento de drogas (artículo 3.1 a)) y el blanqueo del producto de esos delitos (artículo 3.1 b)).

Los tratados de fiscalización internacional de drogas no se refieren concretamente a las organizaciones terroristas. No obstante, en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas se mencionan factores agravantes a efectos de la imposición de sanciones, entre ellos, la participación de un grupo delictivo organizado, la

³⁷ Véanse las resoluciones de la Asamblea General 46/103, 47/102 y 48/112.

³⁸ Documento final del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General sobre el problema mundial de las drogas, resolución S-30/1 de la Asamblea General, anexo.

³⁹ Resolución 2482 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 4.

⁴⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, artículos 3.1 a) iv) y 3.1 c) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1019, núm. 14956).

cooperación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas u otras acciones ilícitas relacionadas con el delito de drogas, y el hecho de recurrir a la violencia o al empleo de armas (artículo 3.5).

El terrorismo y el narcotráfico pueden estar relacionados de varias maneras⁴¹:

- Los grupos terroristas pueden generar ingresos cobrando “impuestos” a la producción, el transporte o la distribución ilícitos de drogas por parte de terceros. Por ejemplo, los talibanes dirigen una compleja red de protección para los cultivadores de la planta de adormidera y los traficantes de drogas, y recaudan impuestos y contribuciones de unos y otros por transportar las drogas a través de zonas dominadas por insurgentes⁴².
- Los grupos terroristas pueden proporcionar protección a las instalaciones, los productores y los traficantes de drogas y, de esa manera, mantener o ampliar sus operaciones. Por ejemplo, los talibanes cobran por proteger los laboratorios donde se procesa la pasta de opio para obtener heroína⁴³.
- Los grupos terroristas pueden utilizar drogas directamente como moneda de cambio, como en los atentados contra ferrocarriles cometidos con explosivos en Madrid en 2004, en que se canjearon drogas por explosivos (se logró procesar en Marruecos por su participación en los atentados a un delincuente que ya había sido condenado por narcotráfico)⁴⁴; o en 2008, cuando un preso hondureño organizó un intercambio de armas por cocaína de las FARC⁴⁵.
- Los propios grupos terroristas pueden consumir drogas con objeto de aumentar la capacidad física individual de sus integrantes para participar en el combate⁴⁶.
- Los grupos terroristas que al principio actuaban inspirados por objetivos políticos, religiosos o ideológicos pueden pasar a ser, con el tiempo, grupos delictivos organizados de narcotraficantes, aun cuando inicialmente utilizaran el comercio de drogas para financiar sus objetivos políticos.

Algunos grupos dependen en gran medida de los ingresos generados por las drogas. La UNODC calculó que en 2016 los grupos terroristas y los grupos insurgentes habían recaudado unos 150 millones de dólares con el negocio de los opiáceos afganos en impuestos gravados sobre el cultivo de la planta de adormidera y el tráfico de opiáceos⁴⁷. En 2014 el GAFI informó de que el Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK) ganaba alrededor de 200 millones de dólares por año con el tráfico de heroína⁴⁸.

⁴¹ UNODC, *Regions Under Stress: When TOC Threatens Governance and Stability* (2010), págs. 221 y 248 (www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/11.Regions_under_stress.pdf); véase también UNODC, *Informe mundial sobre las drogas 2017, Fascículo 5, El problema de las drogas y la delincuencia organizada, las corrientes financieras ilícitas, la corrupción y el terrorismo*, págs. 44 a 54 (https://www.unodc.org/doc/wdr2017/V1704089_Booklet.5.pdf).

⁴² GAFI, *Financial Flows Linked to the Production and Trafficking of Afghan Opiates*, junio de 2014, págs. 42 y 43.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ UNODC, *Compendio de casos relativos a la lucha contra el terrorismo* (2010), pág. 53 (https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Digest_of_Terrorist_Cases/Spanish.pdf).

⁴⁵ *United States v. Jamal Yousef*, 750 F.3d 254 C.A.2 (NY), 2014.

⁴⁶ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe anual correspondiente a 2016, párr. 655, en el que se hace referencia a información proporcionada sobre el uso de comprimidos adulterados comercializados como “captagon” (www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2016/Spanish/AR2016_S_ebook.pdf).

⁴⁷ UNODC, *Informe mundial sobre las drogas 2017, Fascículo 5*, pág. 47 (https://www.unodc.org/doc/wdr2017/V1704089_Booklet.5.pdf).

⁴⁸ GAFI, *Financial Flows Linked to the Production and Trafficking of Afghan Opiates*, junio de 2014, pág. 48.

Los vínculos entre el terrorismo y el narcotráfico afectan a muchos países a lo largo de las rutas de abastecimiento, transporte y distribución y en el contexto de las corrientes financieras conexas. Por ejemplo, en 2011 un ciudadano malí fue condenado en los Estados Unidos por prestar apoyo material a entidades terroristas transportando cocaína a través de África Occidental y el Norte de África con la intención de abastecer a Al-Qaida y las FARC⁴⁹.

9. Tráfico de bienes culturales

En su resolución 2199 (2015) el Consejo de Seguridad hizo hincapié en que el EIIL (Dáesh), el Frente Al-Nusra y otros grupos asociados con Al-Qaida obtenían ingresos participando en el saqueo y contrabando de bienes del patrimonio cultural en el Iraq y la República Árabe Siria, y decidió que todos los Estados Miembros adoptaran las medidas que correspondieran para impedir el comercio de esos bienes, incluso prohibiendo el comercio transfronterizo⁵⁰. En su resolución 2347 (2017) el Consejo reiteró que toda participación en el comercio de bienes culturales en el que estuvieran involucrados el EIIL (Dáesh), el Frente Al-Nusra y demás personas o grupos asociados con Al-Qaida podía constituir prestación de apoyo financiero a entidades terroristas.

En el capítulo III del presente módulo se examinaron las prohibiciones establecidas en el derecho internacional humanitario con respecto a atacar o saquear bienes culturales en los conflictos armados. En tiempos de paz, los instrumentos fundamentales en ese sentido son la Convención de 1970 de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales y el Convenio de 1995 del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente. Estos instrumentos también pueden complementar las normas de derecho internacional humanitario (DIH) que rigen los conflictos armados. Por ejemplo, quienes sustraen bienes culturales durante los conflictos, en contravención del DIH, pueden venderlos a personas o entidades ajenas al conflicto que no son partes en él ni están amparadas por el DIH.

La Convención de la UNESCO de 1970 tiene por objeto reprimir el tráfico de bienes culturales en tiempos de paz. En ella se define ampliamente el concepto de bien cultural (artículo 1) y se exige a los Estados que prohíban la importación, exportación o transferencia de propiedad ilícitas (artículo 3). Los Estados exportadores deben certificar que la exportación del bien cultural está autorizada (artículo 6) y prohibir la importación de bienes exportados ilegalmente o sustraídos (artículo 7). Los bienes importados ilegalmente deben ser recuperados y devueltos, y se debe indemnizar a los compradores o propietarios inocentes (artículos 7 y 13). Los comerciantes deben llevar un registro de suministros y ventas (artículo 10). También se ha previsto la prestación de cooperación internacional, por ejemplo, en lo que respecta a controlar la importación o exportación en caso de saqueo (artículo 9).

⁴⁹ Breuner, Lanny, "Questions for the Record: Combating International Organized Crime: Evaluating Current Authorities, Tools, and Resources", testimonio preparado del Fiscal General Adjunto, División Penal, ante el Subcomité sobre Delincuencia y Terrorismo, dependiente del Comité Judicial, 1 de noviembre de 2011, pág. 37.

⁵⁰ Resolución 2199 (2015) del Consejo de Seguridad, párr. 17; el Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones describió de qué manera el EIIL (Dáesh) obtenía fondos dedicándose al tráfico de bienes culturales (véase el documento S/2018/705, a partir del párrafo 72).

En el Convenio del UNIDROIT de 1995 no se establecen delitos, pero sí normas detalladas sobre la restitución de objetos culturales sustraídos y la devolución de objetos trasladados de un Estado en contravención de sus leyes de exportación de bienes del patrimonio cultural.

En 2014 la Asamblea General aprobó las Directrices Internacionales sobre las Respuestas de Prevención del Delito y Justicia Penal al Tráfico de Bienes Culturales y Otros Delitos Conexos⁵¹.

Para prevenir y reprimir los intentos de los grupos terroristas de obtener ganancias dedicándose al saqueo y el tráfico de bienes culturales, es esencial desarrollar la cooperación entre los Gobiernos y las entidades privadas (especialmente los marchantes de arte y las casas de subastas)⁵².

MATERIAL DE CONSULTA

UNODC, *Practical assistance tool to assist in the implementation of the International Guidelines for Crime Prevention and Criminal Justice Responses with Respect to Trafficking in Cultural Property and Other Related Offences* (2016) (www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/16-05585_eBook_English_UPDATED.pdf).

10. Explotación ilícita de los recursos naturales y delitos contra el medio ambiente

Los grupos armados, entre ellos algunos considerados entidades terroristas, a menudo han obtenido fondos mediante la explotación y el tráfico ilícitos de recursos naturales. En su resolución 2482 (2019) el Consejo de Seguridad expresó preocupación “por la explotación y el tráfico ilícitos de recursos naturales, entre ellos los metales y minerales preciosos como el oro, la plata, el cobre y los diamantes, así como la madera, el carbón vegetal y las especies de flora y fauna silvestres, por parte de grupos armados y grupos terroristas y las redes delictivas que los apoyan”. En la misma resolución el Consejo alentó a todos los Estados a que “sigan esforzándose por poner fin al comercio ilícito de recursos naturales, particularmente en el sector del oro, y a que exijan que quienes sean cómplices en el tráfico ilícito rindan cuentas, como parte de la labor más amplia encaminada a garantizar que el tráfico ilícito de recursos naturales no beneficie a entidades sancionadas, grupos terroristas, grupos armados o redes delictivas”⁵³.

En su informe de 2015 sobre los nuevos riesgos de la financiación del terrorismo, el GAFI observó que la explotación ilícita de algunos sectores de recursos naturales podía resultar atractiva para los grupos terroristas no solo por su rentabilidad, sino también por el hecho de que muchas veces no era descubierta ni perseguida, y por las penas más leves que se imponían a las actividades delictivas relacionadas con esos recursos⁵⁴.

⁵¹ Resolución 69/196 de la Asamblea General, anexo.

⁵² FMCT, Addendum to the Hague Good Practices on the Nexus between Transnational Organized Crime and Terrorism: Focus on Criminal Justice (2020), buenas prácticas 2 y 3 (véase www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

⁵³ Resolución 2482 (2019) del Consejo de Seguridad, párrs. 13 y 14.

⁵⁴ GAFI, *Emerging Terrorist Financing Risks*, octubre de 2015, pág. 39 (www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Emerging-Terrorist-Financing-Risks.pdf).

Además, los grupos terroristas pueden atacar o someter a extorsión a las empresas que explotan recursos naturales, o pueden secuestrar a sus empleados para cobrar rescate⁵⁵. También hay casos de corrupción en las empresas por parte de grupos terroristas. En un caso, los altos ejecutivos de una compañía extranjera que construía un oleoducto en Colombia no solo cedieron a la extorsión e hicieron pagos a las FARC y al Ejército de Liberación Nacional (ELN), sino que también pidieron a este último que amenazara a las empresas petroleras competidoras de la zona⁵⁶.

Tratados sobre la prevención de delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales

No existe ningún tratado internacional general para hacer frente a todos los delitos que afectan al medio ambiente. En cambio, algunas cuestiones transnacionales se rigen por acuerdos o arreglos officiosos:

- el comercio ilegal de especies amenazadas y madera de construcción, por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES);
- la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR), por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) y el Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto Destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada, aprobado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO);
- la contaminación y los desechos peligrosos, por el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.

Normalmente, los instrumentos relativos al medio ambiente están enfocados especialmente hacia la prevención y la cooperación en esa esfera, pero algunos también exigen a los Estados partes que tipifiquen ciertos delitos. Por ejemplo, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) de 1973 penaliza el comercio o la posesión de especies amenazadas (artículo 8) y exige que estas sean decomisadas y devueltas.

El frecuente carácter transnacional de la explotación ilícita de los recursos naturales permite aplicar la Convención contra la Delincuencia Organizada a esas actividades, siempre y cuando estén tipificadas como delitos graves en el derecho interno. Por otra parte, determinadas actividades, como la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, suelen estar estrechamente vinculadas a otras acciones ilegales que pueden llevarse a cabo en una o más de las etapas de la cadena de valor de la pesca. Esas actividades, que pueden abarcar el fraude y la falsificación, la corrupción y los delitos fiscales, suelen reunir los criterios de la Convención.

Medidas del Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad, además de alentar a los Estados a que exijan rendir cuentas a los implicados en el tráfico de recursos naturales⁵⁷, ha adoptado medidas adaptadas a situaciones particulares a fin de hacer frente a la explotación ilícita de recursos naturales por parte de los grupos terroristas. Por ejemplo:

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 40.

⁵⁷ Resolución 2482 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 14.

- prohibió la exportación de carbón vegetal de Somalia (resoluciones 2036 (2012) y 2498 (2019));
- condenó el comercio ilícito de petróleo por parte del EIIL (Dáesh), el Frente Al-Nusra y otras entidades asociadas a Al-Qaida en el Iraq y la República Árabe Siria con carácter de transgresión de los regímenes de sanciones y las normas contra la financiación del terrorismo (resolución 2199 (2015)).

11. Secuestro para obtener rescate

El Consejo de Seguridad ha condenado reiteradamente el secuestro para exigir rescate y ha expresado preocupación por el hecho de que “el pago de rescates a grupos terroristas es una de las fuentes de ingresos que apoya sus actividades de reclutamiento, refuerza su capacidad operacional para organizar y cometer atentados terroristas e incentiva futuros casos de secuestro para obtener rescate”⁵⁸. Varios grupos terroristas se han beneficiado considerablemente del secuestro de extranjeros para pedir rescate a cambio de su liberación, entre ellos el EIIL (Dáesh), Abu Sayyaf en Filipinas, el Movimiento para la Unificación y la Yihad en África Occidental, Boko Haram, Ansaru y Al-Qaida en el Magreb Islámico (AQMI)⁵⁹. Se calcula que en 2014 los pagos efectuados al EIIL como rescate por secuestros ascendieron de 35 a 45 millones de dólares⁶⁰.

Si bien no hay ningún tratado internacional que trate especialmente del secuestro para obtener rescate, algunos tratados internacionales que exigen la tipificación de determinados delitos revisten pertinencia en cuanto a reprimirlo, entre ellos los siguientes:

- Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979;
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000;
- Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973;
- Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado de 1994;
- instrumentos relacionados con la seguridad civil aérea y marítima⁶¹, en la medida en que el secuestro a bordo de una aeronave o de un buque constituya violencia contra una persona que esté a bordo.

En el artículo 1.1 de la Convención contra la Toma de Rehenes de 1979 se define ese delito en los siguientes términos:

⁵⁸ Resoluciones del Consejo de Seguridad 2133 (2014), párr.7, y 2199 (2015).

⁵⁹ Consejo de Seguridad, 7351ª sesión (S/PV.7351, 19 de diciembre de 2014) (Observador Permanente de la Unión Africana ante las Naciones Unidas), pág. 5, y O'Brien, McKenzie, “Fluctuations Between Crime and Terror: The Case of Abu Sayyaf's Kidnapping Activities” (2012), *Terrorism and Political Violence*, págs. 320 a 336.

⁶⁰ UNODC, *Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations* (2018), pág. 33.

⁶¹ Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971; Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional, que complementa el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1988; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988; Protocolo de 2005 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, y Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental de 1988.

“Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará "el rehén") o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención.”

La toma de rehenes en el sentido de la Convención no está vinculada únicamente a la formulación de reivindicaciones políticas, sino que también abarca toda intención de obligar a un tercero a hacer o abstenerse de hacer cualquier acto, incluido el pago de un rescate, como condición para la liberación de los rehenes. Entre los terceros no solo están incluidos los Estados o las organizaciones internacionales, sino también cualquier persona física o jurídica, lo que podría abarcar a los familiares o el empleador de una persona secuestrada por un grupo terrorista. Así pues, la Convención ofrece un marco jurídico adecuado para abordar el secuestro extorsivo en tiempos de paz. La principal limitación de la Convención contra la Toma de Rehenes radica en que solo es aplicable a casos transnacionales, y no a los que sean de carácter exclusivamente nacional (artículo 13)⁶². Además, la Convención tampoco es aplicable a la toma de rehenes en los conflictos armados (artículo 12), que se rige por el derecho internacional humanitario.

Aunque en la Convención contra la Delincuencia Organizada no se menciona en concreto el secuestro, se ha alentado a los Estados a hacer uso de ese instrumento de manera más efectiva en el contexto del secuestro para obtener rescate⁶³, ya que ese delito también podría ser una forma de “explotación” en el sentido del Protocolo contra la Trata de Personas, que complementa la Convención⁶⁴, y podría constituir una forma agravada de tráfico de migrantes⁶⁵.

El Consejo de Seguridad ha condenado el secuestro para obtener rescate por parte de grupos terroristas en varias de sus resoluciones⁶⁶. Su principal respuesta ha sido su compromiso de “asegurar la liberación de los rehenes en condiciones de seguridad y sin que se paguen rescates”⁶⁷. Con ese fin, en su resolución 1373 (2001) hizo hincapié en la obligación de los Estados de prevenir la financiación del terrorismo y, de esa manera, “impedir que los terroristas se beneficien directa o indirectamente del pago de rescates”⁶⁸. También exhortó a los Estados a “que alienten a los asociados del sector privado a adoptar o seguir las directrices y las buenas prácticas que sean pertinentes para prevenir los secuestros por terroristas y responder a ellos sin pagar rescate”⁶⁹. En su resolución 2199 (2015) reafirmó que las obligaciones en materia de congelación de bienes eran aplicables al pago de rescates a las personas y entidades que figuraban en la Lista de Sanciones contra el EIIL (Dáesh) y Al-Qaida.

⁶² “La presente Convención no será aplicable en el caso de que el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese Estado.”

⁶³ 13^{er} Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, 12 a 19 de abril de 2015 (A/CONF.222/5); en el Congreso se aprobó la Declaración de Doha sobre la Integración de la Prevención del Delito y la Justicia Penal en el Marco Más Amplio del Programa de las Naciones Unidas para Abordar los Problemas Sociales y Económicos y Promover el Estado de Derecho a Nivel Nacional e Internacional y la Participación Pública (resolución 70/174 de la Asamblea General, anexo).

⁶⁴ Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas, documento de antecedentes presentado por la Secretaría sobre las formas de explotación que no se mencionan específicamente en el Protocolo (CTOC/COP/WG.4/2013/4, párr. 8).

⁶⁵ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, art. 6.3 b) (resolución 55/25 de la Asamblea General).

⁶⁶ Resoluciones 2133 (2014), 2195 (2014) y 2199 (2015) del Consejo de Seguridad.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Resolución 2199 (2015) del Consejo de Seguridad.

También puede ser aplicable el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 cuando el pago de un rescate a secuestradores terroristas se efectúe “a sabiendas” de que el dinero se va a utilizar para llevar a cabo un acto terrorista (artículo 2.1). La resolución 2462 (2019) del Consejo de Seguridad⁷⁰ y el régimen de sanciones contra el EIII (Dáesh) y Al-Qaida actúan de una manera más amplia porque también sancionan el suministro de fondos a los grupos terroristas en general, no solo para financiar actos terroristas.

Se discute si el hecho de pagar rescates puede constituir un delito de financiación del terrorismo, y en la práctica se aplican distintos criterios al respecto⁷¹. Desde el punto de vista de la aplicación de la ley, estrictamente, la prohibición de los pagos puede ser conveniente, entre otras cosas para disuadir a los terroristas de cometer futuros secuestros; sin embargo, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos observó que impedir el pago de rescates podría vulnerar el derecho de los rehenes a la vida y que las estrategias encaminadas a luchar contra el secuestro por parte de terroristas deben “centrarse en las necesidades e intereses de las víctimas individuales y colectivas”⁷².

El derecho internacional humanitario prohíbe y penaliza la toma de rehenes en los conflictos armados⁷³. Aunque en los tratados de DIH propiamente dichos no se define el concepto de toma de rehenes, en el documento titulado *Elementos de los Crímenes* se exige que exista la intención de “obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona física o jurídica o un grupo de personas a actuar o a abstenerse de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas”⁷⁴, de conformidad, esencialmente, con el criterio aplicado en la Convención sobre la Toma de Rehenes de 1979. Así pues, en el DIH la toma de rehenes abarcaría tanto la coacción política como la coacción con fines económicos⁷⁵.

⁷⁰ En su resolución 2462 (2019) el Consejo de Seguridad estableció expresamente que el delito de financiación del terrorismo también abarca la provisión de fondos “con cualquier fin” y “aun cuando no haya un vínculo específico con un acto terrorista” (párr. 5).

⁷¹ Consejo de Derechos Humanos, Derechos humanos y cuestiones relacionadas con la toma de rehenes por terroristas: informe del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/24/47, párr. 46).

⁷² *Ibid.*

⁷³ Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, artículo común 3.1 b); Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, artículos 34 y 147; Protocolo Adicional I de 1977, artículo 75.2 c); Protocolo Adicional II de 1977, artículo 4.2 c); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), 1998, artículo 8.2 a) viii) (conflictos internacionales) y c) iii) (conflictos no internacionales), y Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), DIH consuetudinario, norma 96.

⁷⁴ CPI, *Elements of Crimes*, documento aprobado en la Asamblea de los Estados partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones (2002): elemento común 3, artículo 8.2 a) viii) y c) iii).

⁷⁵ *Prosecutor v. Blaškić* (ICTY-95-14-T) (3 de marzo de 2000), párr. 158.

ANÁLISIS

Foro Mundial contra el Terrorismo (FMCT): Memorando de Argel

El Memorando de Argel del FMCT sobre las Buenas Prácticas en la Prevención de los Secuestros Perpetrados por Terroristas a cambio de Rescates y la Denegación de sus Beneficios (2012), complementado por la Adición al Memorando de Argel (2015) (véase: www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents), establece buenas prácticas relacionadas con:

- actividades y programas gubernamentales, como asesoramiento en materia de viajes y campañas de concienciación pública;
- la investigación de delitos;
- el enjuiciamiento;
- la incautación del producto del secuestro;
- la cooperación nacional e internacional;
- la creación de capacidad;
- la estrategia mediática.

MATERIAL DE CONSULTA

- Comité de las Naciones Unidas contra el Terrorismo y Dirección Ejecutiva del Comité (DECT), reunión especial sobre el secuestro para obtener rescate y la toma de rehenes por grupos terroristas, paralela al período de sesiones (2014)^a.
- FMCT, Algiers Memorandum on Good Practices on Preventing and Denying the Benefits of Kidnapping for Ransom by Terrorists (Memorando de Argel sobre las Buenas Prácticas en la Prevención de los Secuestros Perpetrados por Terroristas a cambio de Rescates y la Denegación de sus Beneficios) (2012).
- FMCT, Addendum to the Algiers Memorandum on the Effective Implementation of Certain Good Practices Aimed at Preventing Kidnappings by Terrorists (2015)^b.
- Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Declaration on the OSCE Role in Countering Kidnapping and Hostage-Taking by Terrorist Groups in the Context of the Implementation of UN Security Council Resolution 2133 (2014)^c.

^a Consejo de Seguridad, Comité contra el Terrorismo, reunión especial del Comité contra el Terrorismo y su Dirección Ejecutiva, acto paralelo sobre el secuestro para obtener rescate y la toma de rehenes por grupos terroristas (www.un.org/sc/ctc/news/2014/11/24/special-meeting-of-the-of-the-ctc-cted--side-event-on-kidnapping-for-ransom-and-hostage-taking-committed-by-terrorist-groups/).

^b FMCT, Addendum to the Algiers Memorandum on Good Practices on Preventing and Denying the Benefits of Kidnapping for Ransom by Terrorists (véase: www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

^c OSCE, "Declaration on the OSCE Role in Countering Kidnapping and Hostage-Taking by Terrorist Groups in the Context of the Implementation of UN Security Council Resolution 2133" (2014) (www.osce.org/cio/130551?download=true).

12. Delito cibernético, ciberterrorismo y uso de Internet con fines terroristas

“Delito cibernético o ciberdelincuencia” es un término que no solo se ha utilizado en un sentido jurídico, sino más bien para hacer referencia, en general, a un conjunto de actos cometidos contra datos o sistemas informáticos o mediante el uso de estos⁷⁶. A veces se hace una distinción con fines pedagógicos entre:

- delito **basado en la cibernética**, que normalmente exige disponer de una infraestructura de tecnología de la información y las comunicaciones y consiste en la codificación, creación, y difusión de un programa malicioso y su despliegue en un objetivo específico (incluidos el ataque DDoS (ataque distribuido de denegación de servicio) y el ataque con un programa secuestrador);
- delito **facilitado por la cibernética**, que puede ser propiciado por infraestructura de tecnología de la información y las comunicaciones, pero no tiene por qué cometerse necesariamente en línea (por ejemplo, fraudes, compra de artículos ilícitos o blanqueo de dinero).

En lo que respecta al terrorismo, “[1]a tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) puede utilizarse para facilitar la comisión de delitos relacionados con el terrorismo (una forma de terrorismo propiciado por medios cibernéticos) o puede ser el objetivo de los terroristas (una forma de ciberterrorismo que depende de la cibernética)”⁷⁷.

Según la definición de la UNODC, el ciberterrorismo es la “explotación deliberada de redes informáticas como medio de lanzar un ataque [...] destinado a perturbar el funcionamiento normal de los blancos elegidos, como los sistemas de computadoras, servidores o la infraestructura subyacente”⁷⁸. Las Naciones Unidas también lo han descrito, considerando que se trata de la “alteración a distancia de la información de los sistemas informáticos o la interrupción de la corriente de datos entre sistemas informáticos” con objeto de cometer atentados terroristas⁷⁹. Son ejemplos los siguientes actos: manipular sistemas informáticos a efectos de abrir las compuertas de una represa y dejar escapar el agua peligrosamente; inutilizar los sistemas de alcantarillado para poner en peligro la salud pública; interrumpir las señales de tránsito a fin de provocar el choque de ferrocarriles o aeronaves, o cortar el suministro esencial de energía o gas a los hospitales o los hogares en invierno.

Cabe distinguir entre el ciberterrorismo encaminado a perjudicar a las personas o los bienes e intimidar a una población o coaccionar a un Gobierno y:

- la ciberdelincuencia común (que puede abarcar la “piratería informática” maliciosa, como la sustracción de información, el espionaje industrial, la desfiguración de sitios web o los ataques de denegación de servicio y la distribución de programas maliciosos, programas secuestradores o mensajes de correo electrónico con suplantación de identidad);

⁷⁶ UNODC, Draft Comprehensive Study on Cybercrime (2013), pág. 12 (www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf).

⁷⁷ UNODC, Serie de Módulos Universitarios, Delitos Cibernéticos, Módulo 14, Hacktivismo, Terrorismo, Espionaje, Campañas de Desinformación y Guerra en el Ciberespacio (2019).

⁷⁸ UNODC, *El uso de Internet con fines terroristas* (2012), pág. 12 (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Use_of_Internet_for_Terrorist_Purposes/Use_of_Internet_Ebook_SPANISH_for_web.pdf).

⁷⁹ Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo (EEELT), “Countering the Use of the Internet for Terrorist Purposes” (Informe del Grupo de Trabajo, Serie de Publicaciones del EEELT, febrero de 2009).

- el uso de Internet con fines terroristas o para facilitar las actividades de los grupos terroristas (los dos temas se tratan más adelante).

MATERIAL DE CONSULTA

UNODC, Estudio exhaustivo sobre el delito cibernético (2013), Borrador
(www.unodc.org/documents/organized-crime/cybercrime/Cybercrime_Study_Spanish.pdf).

UNODC, *El uso de Internet con fines terroristas* (2012)
(www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Use_of_Internet_for_Terrorist_Purposes/Use_of_Internet_Ebook_SPANISH_for_web.pdf).

United Nations Institute for Disarmament Research (Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme) (UNIDIR), *The United Nations, Cyberspace and International Peace and Security* (2017)
(<https://unidir.org/publication/united-nations-cyberspace-and-international-peace-and-security-responding-complexity>).

Conviene distinguir entre el ciberterrorismo (cometer actos de terrorismo por medios cibernéticos o contra objetivos cibernéticos) y el uso más general de Internet por grupos terroristas.

La tecnología de la información y las comunicaciones suele estar incorporada a la ejecución de los atentados terroristas “convencionales”. Por ejemplo, en 2008, para coordinar y ejecutar los atentados cometidos con armas de fuego y explosivos en Mumbai (India), los terroristas utilizaron tecnología que comprendía equipo del Sistema de Posicionamiento Global (GPS), teléfonos móviles, imágenes de satélite y números de teléfono del Protocolo de Transmisión de Voz por Internet (VoIP)⁸⁰.

Las organizaciones terroristas pueden utilizar Internet para radicalizar, captar y adiestrar a nuevos miembros, facilitar los viajes de combatientes terroristas extranjeros, organizar y coordinar sus actividades, financiar sus operaciones, incluso solicitando donaciones en criptomoneda, incitar al terrorismo y sembrar el miedo⁸¹.

Por lo tanto, los Estados Miembros deben “encontrar medios para intensificar y agilizar el intercambio de información operacional, especialmente en relación con [...] la utilización de la tecnología de las comunicaciones por grupos terroristas”⁸², e intensificar su cooperación con el sector privado y la sociedad civil para evitar que los terroristas se aprovechen de la tecnología y las comunicaciones para cometer actos terroristas⁸³.

⁸⁰ Wax, Emily, “Mumbai Attackers Made Sophisticated Use of Technology”, *The Washington Post*, 3 de diciembre de 2008.

⁸¹ Resoluciones del Consejo de Seguridad 2129 (2013), párr. 14, y 2178 (2014), preámbulo.

⁸² Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, párr. 3 a).

⁸³ Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, preámbulo.

B. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional como base de la cooperación internacional en asuntos penales

No existe ningún país que pueda luchar por sí solo contra la delincuencia organizada transnacional, ya que, por su propia naturaleza, las actividades relacionadas con esa clase de delincuencia trascienden de la jurisdicción de un solo Estado. En un mundo de casi 200 países soberanos, con sus propios sistemas y tradiciones jurídicas y con distinta capacidad y percepción de lo que es el estado de derecho, la cooperación, aunque resulte difícil, sigue siendo fundamental. Los países y sus autoridades de justicia penal y de las fuerzas del orden deben aunar esfuerzos y ayudarse unos a otros⁸⁴.

Al igual que los convenios, convenciones y protocolos internacionales contra el terrorismo, la Convención tiene por objeto ayudar a los Estados a afrontar los problemas que se les presentan en materia de cooperación internacional y, de esa forma, a negar cobijo a los delincuentes. Los Estados partes en la Convención no solo se comprometen a tipificar delitos en el derecho interno, sino también a fomentar marcos eficientes y eficaces de cooperación internacional en asuntos penales, especialmente en lo que respecta a la extradición, la asistencia judicial recíproca y la cooperación en materia de aplicación de la ley.

En esta parte figura un resumen de algunas características fundamentales del marco jurídico de cooperación internacional en asuntos penales establecido por la Convención.

1. Extradición

La extradición se rige por el artículo 16 de la Convención contra la Delincuencia Organizada. En el artículo 16, párrafo 1, se define el alcance de la obligación de extraditar. Ese deber se aplica a los delitos establecidos en la propia Convención (participación en un grupo delictivo organizado, blanqueo de dinero, corrupción y obstrucción de la justicia), a los delitos graves sancionables con penas de privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave y a los delitos previstos en sus Protocolos, siempre y cuando sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

Además, a reserva del requisito de doble incriminación, la obligación de extraditar también existe en los casos en que los delitos entrañan la participación de un grupo delictivo organizado y la persona cuya extradición se solicita se encuentra en el territorio del Estado requerido, sin necesidad de que el presunto delito sea de índole transnacional. En este sentido, el ámbito de aplicación del artículo 16 de la Convención es más amplio que el de la propia Convención en su conjunto, ya que esa disposición también podría ser aplicable en los casos de delitos de carácter interno en que el delincuente fuese detenido en el territorio de otro Estado parte⁸⁵.

⁸⁴ UNODC, Educación para la Justicia (E4J), Serie de Módulos Universitarios, Delincuencia Organizada, Módulo 11, *Cooperación Internacional en la Lucha contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (www.unodc.org/e4j/es/organized-crime/module-11/index.html).

⁸⁵ UNODC, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición* (2012), párrs. 58 y 59 (https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf).

La Convención contra la Delincuencia Organizada exige a los Estados partes considerar que los delitos previstos en el artículo 16 dan lugar a extradición con arreglo al derecho interno.

ANÁLISIS EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

El artículo 16, párrafo 7, de la Convención establece que “la extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado parte requerido o en los tratados de extradición aplicables”. Una de esas condiciones es el principio de especialidad, previsto en el derecho interno tanto como condición que debe respetarse antes de conceder la extradición (en el Estado requerido) como en calidad de requisito procesal en el sentido de prohibir que se adopten otras medidas coercitivas que no sean las especificadas en la solicitud de extradición contra las personas buscadas, después de entregarlas (en el Estado requirente).

Según ese principio, la persona cuya extradición del Estado requerido al Estado requirente se solicita no podrá ser procesada, condenada, detenida ni extraditada a un tercer Estado por ningún delito cometido antes de ser entregada que no sea aquel por el que fue extraditada.

El principio de especialidad garantiza que el Estado requerido tenga la certeza de aquello a lo que está consintiendo al ordenar la extradición de una persona que se encuentre en su jurisdicción al Estado requirente, y que la persona sospechosa sea consciente, tanto antes de la audiencia de extradición como durante esta, de cuáles son las acusaciones que pesan sobre ella⁹.

En consecuencia, las personas extraditadas para enfrentarse a cargos de delincuencia organizada no pueden ser acusadas posteriormente de delitos de terrorismo y viceversa. Así pues, es importante garantizar que en las solicitudes de extradición figuren todos los cargos pertinentes y que las solicitudes se presenten cuando las investigaciones estén lo suficientemente avanzadas como para poder determinar todos los posibles delitos.

⁹ UNODC, *Manual de Asistencia Recíproca y Extradición* (2012), párr. 105 (https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf).

El artículo 16 de la Convención tiene 17 párrafos, que pueden agruparse, a grandes rasgos, en siete categorías:

- En los párrafos 1 y 2 se establece el ámbito de aplicación del artículo 16.
- Los párrafos 3 y 17 se refieren a la interacción del artículo 16 con otros tratados de extradición, existentes o futuros.
- Los párrafos 4 a 6 guardan relación con los fundamentos jurídicos de la extradición, basada o no en un tratado.
- Los párrafos 7 y 8 describen las condiciones y requisitos para conceder la extradición.
- El párrafo 9 se refiere a la custodia de una persona cuya extradición se solicita y otras medidas que pueden adoptarse con respecto a esta en el Estado parte requerido.
- Los párrafos 10 a 12 establecen disposiciones especiales relativas a no extraditar a nacionales del Estado requerido y a medidas que se pueden adoptar en lugar de conceder su extradición.

- El párrafo 13 alude al trato dispensado y los derechos reconocidos a las personas que son objeto de una solicitud de extradición durante los procedimientos correspondientes que se lleven a cabo en los Estados requirentes.
- Los párrafos 14 a 16 abordan situaciones en las que la extradición se puede denegar (por presumirse que se dará a la persona un trato o un castigo discriminatorio) o no se puede denegar (cuando se trata de delitos fiscales) y las consultas a que dan lugar.

En el párrafo 4 se permite, pero no se exige, a los Estados partes utilizar la Convención como base jurídica de la extradición si la existencia de un tratado en la materia es un requisito previo para concederla. En estas circunstancias, la Convención puede servir de “tratado de extradición subrogado”⁸⁶.

Utilizar la Convención como fundamento jurídico de la extradición es optativo. La ley de algunos Estados no lo permite cuando no existen otros tratados pertinentes entre el Estado requirente y el Estado requerido. Con arreglo al artículo 16, párrafo 5 a), los Estados partes en que la extradición esté supeditada a la existencia de un tratado en la materia deben notificar al Secretario General si permitirán o no que la Convención se utilice como fundamento jurídico de la extradición.

La extradición y el ejercicio de jurisdicción

El ejercicio de jurisdicción con respecto a la delincuencia organizada está más limitado en la Convención que en los instrumentos relacionados con el terrorismo, según los cuales debe establecerse una jurisdicción “casi universal” y un presunto delincuente debe ser extraditado o juzgado en todas las circunstancias:

- El artículo 16, párrafo 10, de la Convención establece que si el Estado parte requerido no extradita a una persona que se encuentre en su territorio por el hecho de tratarse de uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Los Estados parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo relativo a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de esas actuaciones⁸⁷.
- El artículo 16, párrafo 11, se refiere a la posibilidad de entregar a la persona con la condición de que sea devuelta al Estado parte requerido para cumplir la condena que se le haya impuesto. Esta opción puede ayudar a superar los reparos de algunos Estados en lo que respecta a extraditar a sus propios nacionales.
- En el artículo 16, párrafo 12, se exhorta a todo Estado parte que, por motivos de nacionalidad, haya denegado una solicitud de extradición presentada por otro Estado parte para que un fugitivo cumpla una condena a que considere la posibilidad de hacerle cumplir la condena él mismo.

⁸⁶ Boister, Neil, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (2ª ed., 2018), pág. 358.

⁸⁷ UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (2017), párrs. 499 a 506 (<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html>).

➤ **REMISIÓN** El principio de “extraditar o juzgar” (*aut dedere aut iudicare*) se examina en el capítulo VI.B.1 del presente módulo, relativo a la represión de los delitos internacionales. En el capítulo VII del Módulo 4 del Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo, *Human Rights and Criminal Justice Responses to Terrorism* (Los derechos humanos y las respuestas de justicia penal al terrorismo), se examinan las normas de derechos humanos pertinentes para el traslado internacional de personas sospechosas de delitos de terrorismo (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module_on_Human_Rights/Module_HR_and_CJ_responses_to_terrorism_ebook.pdf).

2. Asistencia judicial recíproca

El artículo 18 de la Convención, que trata de la asistencia judicial recíproca, tiene 30 párrafos y es el más largo de la Convención. Se le considera la “mejor práctica” y suele decirse que constituye un “minitratado” *per se*. Las disposiciones de la Convención sobre asistencia judicial recíproca contienen muchos más pormenores que la obligación básica al respecto prevista en los instrumentos internacionales contra el terrorismo. También proporcionan normas supletorias aplicables cuando no existen acuerdos específicos de asistencia judicial recíproca entre los Estados partes interesados y, de esa manera, contribuyen a facilitar la cooperación.

En el artículo 18 de la Convención se abordan los siguientes aspectos:

- tipos de asistencia;
- forma y contenido de las solicitudes de asistencia;
- diversos motivos facultativos para denegar asistencia (entre ellos, la doble incriminación);
- motivos para no rechazar la asistencia (secreto bancario o delitos fiscales);
- aplazamiento de la asistencia si esta interfiere con una investigación, un procesamiento o actuaciones judiciales en curso;
- razones para rechazar la solicitud o para tramitarla con rapidez;
- posibilidad de condicionar la prestación de asistencia, previa consulta;
- traslado de testigos y salvoconductos;
- testimonio por videoconferencia;
- limitación del uso y transmisión de la información o las pruebas proporcionadas en el marco de la asistencia judicial recíproca;
- responsabilidad del pago de gastos;
- registro de documentos.

El artículo 18 de la Convención (a diferencia de lo que ocurre con los instrumentos contra el terrorismo) también exige a los Estados partes que designen una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca presentadas de conformidad con la Convención y facultada para darles cumplimiento⁸⁸.

⁸⁸ Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 18, párrafo 13.

Para seguir el rastro con eficacia de todos los acuerdos, tratados, memorandos de entendimiento, servicios de enlace policial, regímenes jurídicos, novedades en el derecho interno e internacional y los distintos servicios de ejecución e investigación que dan origen a las solicitudes, además de las propias solicitudes recibidas y enviadas, es necesario poseer conocimientos jurídicos y administrativos especializados y las facultades correspondientes. Esta esfera del derecho es cada vez más compleja, ya que son muchos los instrumentos utilizados entre los distintos países. La designación de una autoridad central es un mecanismo indispensable para mantener el control y la supervisión necesarios sobre esas cuestiones⁸⁹.

Además, el artículo 18.13 de la Convención establece que, en circunstancias urgentes, las solicitudes de asistencia judicial recíproca pueden encauzarse por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). Las oficinas centrales nacionales de INTERPOL, creadas en virtud del artículo 32 de su Estatuto, actúan de puntos de coordinación de cada Estado miembro de esa organización con el fin de mantener el contacto interno con otros departamentos del Estado y servir de enlace con las oficinas centrales nacionales de otros Estados y la Secretaría General de INTERPOL.

Investigaciones conjuntas

En el artículo 19 de la Convención se alienta a los Estados partes a considerar “la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación”. La Convención fomenta en ese artículo una clase de cooperación internacional que va más allá de las “medidas tradicionales”, como la asistencia judicial recíproca y la cooperación en materia de aplicación de la ley.

En términos generales, el artículo 19 exige a los Estados partes que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos sobre el establecimiento de órganos mixtos de investigación. Técnicamente, el término “considerarán” hace que ese requisito sea semiobligatorio, lo que significa que se pide a los Estados partes que consideren seriamente la posibilidad de adoptar medidas concretas y que hagan un verdadero esfuerzo por determinar si las medidas de esa índole serían compatibles con su ordenamiento jurídico.

Por otra parte, en el artículo 19 se otorga autoridad jurídica para realizar investigaciones conjuntas caso por caso, aun cuando no exista un acuerdo ni arreglo especial en ese sentido. Este requisito es de carácter facultativo (“las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo”). En el derecho interno de la mayoría de los Estados ya se permite llevar a cabo esas actividades conjuntas, y en el caso de los pocos Estados donde eso no ocurre esta disposición constituiría una fuente suficiente de autoridad jurídica para poder prestar cooperación de ese tipo en cada caso particular.

⁸⁹ UNODC, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición* (2012), párr. 71 (https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf).

ANÁLISIS CÓMO HACER PARA QUE LAS INVESTIGACIONES CONJUNTAS FUNCIONEN EN LA PRÁCTICA

En la práctica se suelen utilizar dos modelos de investigación conjunta y cualquiera de ellos puede servir de base para la aplicación del artículo 19^a:

- a) El primer modelo consiste en investigaciones paralelas coordinadas, con un objetivo común y la asistencia de una red de funcionarios de enlace, o por medio de contactos personales, complementadas con solicitudes oficiales de asistencia judicial recíproca para la obtención de pruebas. Los funcionarios participantes pueden ser reubicados y pueden trabajar conjuntamente sobre la base de prácticas de cooperación ya afianzadas o de la legislación existente en materia de asistencia judicial recíproca, dependiendo del ordenamiento o los ordenamientos jurídicos de que se trate.
- b) El segundo modelo consiste en equipos de investigación conjunta integrados por funcionarios de dos jurisdicciones como mínimo. A su vez, estos equipos pueden subdividirse y caracterizarse como pasivos o activos. Un ejemplo de equipo pasivo integrado podría ser una situación en la que un agente policial extranjero participara con funcionarios del Estado anfitrión para cumplir el papel de asesor o consultor o una función de apoyo, en el marco de la asistencia técnica prestada al Estado anfitrión. Un equipo activo integrado incluiría a funcionarios de dos jurisdicciones, como mínimo, que tuvieran capacidad para ejercer facultades operacionales (equivalentes, o, al menos, algunas facultades) bajo el control del Estado anfitrión en el territorio o jurisdicción donde actuase el equipo.

^a UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (2017), párr. 596, y Boister, Neil, “The Cooperation Provisions of the UN Convention against Transnational Organized Crime: A ‘Toolbox’ Rarely Used?”, *International Criminal Law Review*, vol. 16, núm. 1 (2016), págs. 39 y 50.

Solicitud de pruebas electrónicas a través de las fronteras

Habida cuenta de que los terroristas y los grupos delictivos organizados vienen utilizando cada vez más Internet, las redes sociales y las aplicaciones de mensajería cifrada para facilitar sus actividades delictivas, es fundamental obtener pruebas de los proveedores de esos servicios. Esto suele entrañar un elemento transnacional y es esencial, en cualquier investigación criminal, considerar desde el principio la posibilidad de solicitar pruebas a los proveedores de servicios de otros países, ya que esas investigaciones pueden ser prolongadas, complejas y costosas. Como se observa en la Guía práctica para la solicitud de pruebas electrónicas transfronterizas elaborada por la UNODC, la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo y la Asociación Internacional de Fiscales, todo ello:

“significa por lo general, utilizar una asistencia legal mutua (MLA, por sus siglas en inglés), que lamentablemente está cada vez más abrumada, y lleva a grandes demoras. Lo anterior no concuerda con la naturaleza acelerada que lleva el terrorismo o el crimen organizado, donde el Internet no tiene fronteras. Los profesionales de un Estado requirente, a saber, las fuerzas del orden público, los fiscales y las autoridades judiciales, deben comprender cómo conservar las pruebas electrónicas, obtener datos para evitar una emergencia, cómo y cuándo usar alternativas a la MLA y cómo redactar una solicitud de MLA (MLAR, por sus siglas en inglés) conforme para prueba electrónica.”

3. Cooperación en materia de aplicación de la ley

El artículo 27 de la Convención exige a los Estados partes que aumenten la eficacia de la cooperación en materia de cumplimiento de la ley, en particular adoptando medidas para:

- mejorar los canales de comunicación entre las fuerzas del orden y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información concerniente a los delitos previstos en la Convención y a sus vinculaciones con otras actividades delictivas;
- colaborar con otros Estados partes en la realización de indagaciones con respecto, por ejemplo, a la identidad, el paradero y las actividades de las personas sospechosas y al movimiento del producto del delito;
- intercambiar información con otros Estados partes sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados y, cuando proceda, sobre las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades;
- facilitar una coordinación eficaz entre sus autoridades competentes, incluida la designación de oficiales de enlace;
- considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.

MATERIAL DE CONSULTA

UNODC, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición* (2012) (https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf).

UNODC, Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (DECT) y Asociación Internacional de Fiscales, *Practical Guide for Requesting Electronic Evidence Across Borders* (Guía práctica para la solicitud de pruebas electrónicas transfronterizas) (2019) (<https://sherloc.unodc.org/cld/en/publications/practical-guide/practical-guide.html>).

C. Algunas consideraciones relativas a la investigación y el enjuiciamiento de delitos cometidos por grupos organizados y delitos de terrorismo

El terrorismo y la delincuencia organizada son fenómenos diferentes regidos por marcos jurídicos internacionales y, en la mayoría de los casos, nacionales distintos. Sin embargo, la justicia penal debe reaccionar ante uno y otra en respuesta a un conjunto de problemas comunes, entre ellos, la gravedad de los efectos de los delitos en las víctimas a título individual y en la seguridad pública; el carácter continuo, sumamente organizado y encubierto de los delitos; la utilización de tecnología de la información, y los riesgos que los delincuentes pueden seguir planteando una vez encarcelados. En la presente parte se describen algunos vínculos entre las respuestas de

la justicia penal al terrorismo y a la delincuencia organizada, y se destaca de qué modo la respuesta a esta última puede ser pertinente para la lucha contra el terrorismo.

1. Investigaciones proactivas

La actuación policial convencional es principalmente *reactiva*, es decir, la policía suele responder a los delitos después de que estos se hayan cometido y denunciado. Para investigar con éxito los casos de delincuencia organizada es indispensable aplicar un criterio *proactivo*. Muchos de los delitos realizados por grupos delictivos organizados no se denuncian a las autoridades, por lo que a menudo es necesario realizar búsquedas en los registros financieros y entrevistas con informantes y ciudadanos comunes, así como actividades de vigilancia, para determinar si se ha llevado a cabo un delito⁹⁰.

Los criterios de la investigación proactiva también son elementos esenciales de las estrategias preventivas de justicia penal contra el terrorismo, con las que no solo se procura individualizar y castigar a los autores de los atentados terroristas después de que estos hayan tenido lugar, sino también descubrir, investigar y perseguir las actividades de los grupos terroristas con miras a frustrar los planes antes de que se produzca un atentado.

Como se afirma en el Memorando de Rabat sobre Buenas Prácticas para una Lucha Antiterrorista Efectiva en el Sector de la Justicia Penal, aprobado por el Foro Mundial contra el Terrorismo (FMCT), “para reducir la violencia terrorista y frustrar los atentados antes de que se produzcan, las autoridades deben poder centrar su atención en la intervención proactiva cuando los sospechosos de terrorismo se encuentran en las etapas de planificación y preparación”⁹¹.

La penalización de la participación en grupos delictivos organizados y de los delitos de índole conspirativa, el uso de técnicas especiales de investigación, las investigaciones financieras y la protección de los testigos son medidas esenciales para elaborar una respuesta proactiva y “previ-sora” contra la delincuencia organizada y el terrorismo.

El uso de “inteligencia criminal”, un elemento más del enfoque de investigación proactiva desarrollado en el contexto de la lucha contra la delincuencia organizada, también es sumamente pertinente para la respuesta de la justicia penal al terrorismo. El análisis de inteligencia criminal permite a las autoridades policiales responder de manera proactiva a la delincuencia, descubriendo a los grupos delictivos y comprendiendo sus hábitos, con objeto de determinar las tendencias actuales de sus actividades delictivas y entorpecer el desarrollo de las que puedan llevar a cabo en el futuro⁹². La reunión y el análisis de inteligencia financiera son importantes para luchar tanto contra la delincuencia organizada como contra el terrorismo, ya que “pueden revelar la estructura de los grupos terroristas, las actividades de determinados terroristas y sus redes de logística y apoyo”⁹³.

⁹⁰ UNODC, Educación para la Justicia (E4J), Serie de Módulos Universitarios, Delincuencia Organizada, Módulo 8, *Instrumentos y Cooperación para el Cumplimiento de la Ley* (<https://www.unodc.org/e4j/es/organized-crime/module-8/key-issues/investigators-of-organized-crime.html>).

⁹¹ FMCT, Rabat Memorandum on Good Practices for Effective Counterterrorism Practice in the Criminal Justice Sector (Memorando de Rabat sobre Buenas Prácticas para una Lucha Antiterrorista Efectiva en el Sector de la Justicia Penal), buena práctica 13 (véase www.thegctf.org/Activities/Activities/ArtMID/493/ArticleID/10/Criminal-Justice-and-Rule-of-Law-Working-Group-Plenary-Meeting).

⁹² UNODC, *Criminal Intelligence – Manual for Analysts* (https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Law-Enforcement/Criminal_Intelligence_for_Analysts.pdf).

⁹³ GAFI, Consolidated FATF Strategy on Combating Terrorist Financing (<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF-Terrorist-Financing-Strategy.pdf>).

2. Fomento de la cooperación interinstitucional

Reforzar la coordinación a nivel nacional con miras a fomentar la colaboración interinstitucional es esencial para investigar los actos de los grupos delictivos organizados y los delitos de terrorismo y para garantizar una respuesta coordinada a las vinculaciones entre el terrorismo y la delincuencia organizada.

Los Estados Miembros adoptan diferentes mecanismos para promover la cooperación interinstitucional:

“En algunas jurisdicciones, la coordinación operacional se lleva a cabo mediante grupos de tareas dedicados a cuestiones especializadas o equipos de investigación conjuntos. Esos grupos de tareas pueden crearse oficialmente, en virtud de reglamentos o políticas nacionales, o funcionar de manera oficiosa. En ellos se intercambia información sobre casos concretos, se realizan análisis penales y se desarrollan estrategias conjuntas de investigación y enjuiciamiento. Otros Estados Miembros utilizan métodos diferentes para promover la cooperación: uno encarga a los funcionarios superiores de la fiscalía que hagan el seguimiento de los casos abiertos, procuren estrategias comunes y promuevan la cooperación, vinculando varias dependencias cuando sea necesario; otro encomienda a su dependencia de investigación antiterrorista que vele por la cooperación entre las dependencias especializadas que tratan la delincuencia organizada, y un tercero amplió el mandato de su dependencia de lucha contra la delincuencia organizada para que abarcara el terrorismo y aumentó las funciones de sus fiscales de distrito para que incluyeran tanto la delincuencia organizada como el terrorismo”⁹⁴.

3. Investigaciones financieras paralelas

Como se ha indicado anteriormente (parte A.3), los métodos y técnicas utilizados para blanquear el producto del delito o para financiar el terrorismo suelen ser los mismos. Por esa razón, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el GAFI alientan a los Estados a combatir tanto el blanqueo de dinero como la financiación del terrorismo adoptando y aplicando los instrumentos y normas internacionales correspondientes⁹⁵. Las Recomendaciones del GAFI establecen que los países “deben asegurar que las autoridades del orden público designadas tengan responsabilidad para desarrollar las investigaciones sobre el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo dentro del marco de las políticas nacionales ALA/CFT [contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo]”⁹⁶.

Además de la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de financiación del terrorismo, se exhorta a los Estados Miembros a llevar a cabo investigaciones financieras en casos relacionados con el terrorismo⁹⁷. El GAFI recomienda que, “[a]l menos en todos los casos relacionados a delitos que produzcan un gran volumen de activos, las autoridades del orden público designadas deben desarrollar una *investigación financiera de manera proactiva en paralelo* a la persecución del

⁹⁴ S/2020/754, párr. 42.

⁹⁵ Resolución 2462 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 4; Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, resolución 60/288 de la Asamblea General, anexo, parte II, párr. 10, y resolución 1617 (2005) del Consejo de Seguridad, párr. 7.

⁹⁶ GAFI, recomendación 30.

⁹⁷ Resolución 2462 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 7.

blanqueo de dinero, los delitos determinantes conexos y la financiación del terrorismo”⁹⁸ [sin cursiva en el original]. En la nota interpretativa de la recomendación 30 se explica que:

“‘Investigación financiera paralela’ se refiere a la realización de una investigación financiera junto con, o en el contexto de, una investigación criminal (tradicional) sobre el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y/o delito(s) determinante(s). Los investigadores de la rama del orden público de delitos determinantes deben estar autorizados a llevar adelante la investigación de los delitos relacionados al lavado de activos y el financiamiento del terrorismo durante una investigación paralela o ser capaces de remitir el caso a otra agencia para dar seguimiento a dichas investigaciones.”

Las investigaciones financieras suelen estar a cargo de investigadores financieros especializados. No obstante, en ellas la colaboración interinstitucional reviste particular importancia: “En los comités de coordinación o los grupos de tareas sobre la financiación del terrorismo se reúnen representantes de diversos organismos, entre ellos los de fiscalía, interior, finanzas, relaciones exteriores, fuerzas de seguridad y el banco central, con el fin de encontrar soluciones comunes y dar a conocer las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera, en particular a los investigadores y fiscales de ámbito local”⁹⁹.

- En la recomendación 4 del GAFI se pide a los países que faculten a sus autoridades competentes para congelar o incautar y decomisar no solo los bienes blanqueados y el producto y los instrumentos del blanqueo de capitales o de los delitos determinantes, sino también “los bienes que son producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas”.

4. Investigaciones paralelas en relación con las armas de fuego

Las armas de fuego son esenciales para las operaciones de muchos grupos terroristas. Con objeto de obtener información sobre las corrientes de armas ilícitas y las redes de tráfico que respaldan el abastecimiento de armas a los terroristas, las autoridades de justicia penal deben iniciar investigaciones proactivas acerca del origen de las armas de fuego ilícitas, sus piezas y componentes y municiones. Es necesario que los países reúnan, centralicen y analicen sistemáticamente los datos sobre los artículos incautados y el contexto de cada caso de incautación, lo que ayudaría a las autoridades a ampliar sus conocimientos sobre los orígenes, tendencias y modalidades en lo que concierne a la desviación y el tráfico de armas de fuego, así como a hallar respuestas integrales¹⁰⁰, incluso desde una perspectiva antiterrorista. Para eso, las autoridades nacionales competentes también deben intercambiar información con sus homólogos de otros países sobre los grupos delictivos organizados involucrados en la fabricación o el tráfico ilícitos de armas de fuego y sobre los medios de ocultación y las rutas utilizadas habitualmente¹⁰¹.

La incautación de armas de fuego ofrece oportunidades singulares en materia de investigación que aún no se han aprovechado lo suficiente en muchos países. En primer lugar, las investigaciones coordinadas que tienen por objeto determinar el origen de las armas ilícitas pueden

⁹⁸ GAFI, recomendación 30.

⁹⁹ S/2020/754, párr. 43.

¹⁰⁰ UNODC, *Formularios orientativos para investigaciones relacionadas con armas de fuego* (2020), Introducción (https://www.unodc.org/documents/firearms-protocol/2020/UNODC-GFP-GUIDLINES-SPANISH_final.pdf).

¹⁰¹ Protocolo sobre Armas de Fuego, artículo 12, párrafo 2.

contribuir a descubrir las redes que abastecen a los grupos terroristas y facilitan sus actividades. En segundo lugar, la acumulación procesal en los casos de delitos relacionados con las armas de fuego y relacionados con el terrorismo puede garantizar condenas y sentencias acordes, aun cuando el enjuiciamiento no prospere con respecto a los cargos de terrorismo, pero sí lo haga únicamente con respecto a cargos leves.

MATERIAL DE CONSULTA

UNODC, *Formularios orientativos para investigaciones relacionadas con armas de fuego* (2020) (https://www.unodc.org/documents/firearms-protocol/2020/UNODC-GFP-GUIDLINES-SPANISH_final.pdf).

5. Técnicas especiales de investigación

El carácter clandestino de la delincuencia organizada y las actividades terroristas y el *modus operandi* de los grupos delictivos organizados y las organizaciones terroristas exigen emplear métodos de investigación especializados, en particular, técnicas para obtener información y pruebas que no pongan sobre aviso a las personas que son objeto de esas investigaciones.

No existe una definición universalmente aceptada ni una lista de “técnicas especiales de investigación”; la constante evolución de la tecnología utilizada hace muy difícil la tarea de elaborar una lista exhaustiva. En 2005 el Consejo de Europa aprobó recomendaciones al respecto para sus Estados miembros y, en ese contexto, las definió de la siguiente manera: “Las ‘técnicas especiales de investigación’ son aquellas que las autoridades competentes utilizan durante investigaciones criminales con el propósito de detectar e investigar delitos graves y sospechosos, al igual que recopilar información de forma que las personas objetivo no se den cuenta”¹⁰².

Gracias a los avances de la tecnología moderna, hay muchas maneras de llevar a cabo actividades de vigilancia encubierta, que pueden comprender todas las formas modernas de comunicación y la vigilancia por vídeo de las personas sospechosas o la vigilancia con audio de los lugares donde viven o se reúnen. La obtención de inteligencia en operaciones encubiertas, ya sea por medio de agentes encubiertos o de informantes, sigue siendo un método habitual para prevenir, descubrir y perseguir los actos de los grupos delictivos organizados y los de terrorismo.

Si bien estas y otras técnicas de investigación son útiles y, a menudo, necesarias para prevenir y reprimir la delincuencia organizada y el terrorismo, el objetivo que persiguen, a saber, reunir información sobre las personas de manera que estas no lo adviertan, casi siempre desemboca en injerencia en el derecho a la intimidad, no solo de la persona investigada, sino también de otras personas. Por otra parte, los organismos de investigación que hacen uso de esas técnicas pueden sentir la necesidad de no divulgar, ya sea en la etapa de instrucción o en el juicio, de qué manera las emplearon. Esto puede plantear cuestiones difíciles en relación con el derecho a un juicio imparcial. Entre las preocupaciones relativas a los derechos humanos que despierta su empleo, cabe destacar el riesgo de utilizarlas de forma discriminatoria, en prácticas que redunden en la

¹⁰² UNODC, Educación para la Justicia (E4J), Serie de Módulos Universitarios, Lucha contra el Terrorismo, Módulo 12, *Privacidad, técnicas de investigación y recopilación de información de inteligencia* (<https://www.unodc.org/e4j/es/terrorism/module-12/index.html>).

aplicación de perfiles raciales, políticos o religiosos, y las consecuencias de la vigilancia encubierta para las libertades fundamentales de religión, pensamiento, expresión, reunión y asociación. Por todas estas razones, es preciso reglamentar y supervisar el uso de esas técnicas con mucho cuidado, incluso por la vía judicial, y deben respetarse los principios de necesidad y proporcionalidad a efectos de garantizar el ejercicio de los derechos humanos¹⁰³.

En el artículo 20 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se alienta a los Estados partes a establecer un marco jurídico para el uso de técnicas especiales de investigación como la entrega vigilada, las operaciones encubiertas y la vigilancia electrónica o de otra índole.

En el párrafo 1 de ese artículo se promueve su empleo a nivel nacional, siempre y cuando lo permitan los principios básicos del ordenamiento jurídico interno. Por lo tanto, el uso de esas técnicas debe estar debidamente fundamentado en el derecho interno, es decir, en leyes de acceso público o leyes que dispongan un régimen de autorización de carácter judicial (o, al menos, que prevea la supervisión judicial). Es indispensable tener en cuenta la posible injerencia en determinados derechos humanos, como el derecho a un juicio imparcial y el derecho a la intimidad (véase lo expresado anteriormente).

En los párrafos 2 a 4, se establecen medidas de alcance internacional: en el párrafo 2 se da prioridad a los acuerdos internacionales relativos a la utilización de técnicas especiales de investigación y se anima a los Estados partes a que celebren acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para fomentar la cooperación en ese ámbito, observando plenamente el principio de la soberanía nacional. El desarrollo fluido de las operaciones encubiertas internacionales puede verse favorecido mediante el uso de técnicas especiales de investigación, para lo cual es esencial la cooperación y la colaboración de múltiples organismos policiales de diferentes países. Cabe señalar que, si bien algunas formas de investigación encubierta pueden estar permitidas en algunas jurisdicciones, pueden no ser aceptadas en otras.

MATERIAL DE CONSULTA

- UNODC, Educación para la Justicia (E4J), Serie de Módulos Universitarios, Delincuencia Organizada, Módulo 8, *Instrumentos y Cooperación para el Cumplimiento de la Ley, Técnicas de investigación especiales y recopilación de información de inteligencia* (<https://www.unodc.org/e4j/es/organized-crime/module-8/key-issues/special-investigative-techniques/intro.html>).
- UNODC, Counter-Terrorism Legal Training Curriculum, Module 4, *Human rights and criminal justice responses to terrorism* (Los derechos humanos y las respuestas de justicia penal al terrorismo) (2014); en el capítulo III.7 se examina la cuestión de los derechos humanos en el contexto del empleo de técnicas especiales de investigación (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module_on_Human_Rights/Module_HR_and_CJ_responses_to_terrorism_ebook.pdf).

¹⁰³ UNODC, Counter-Terrorism Legal Training Curriculum, Módulo 4, *Human Rights and Criminal Justice Responses to Terrorism* (2014), capítulo III.7; véase también el informe de 2020 del Secretario General sobre medidas para abordar los vínculos entre la delincuencia organizada y el terrorismo, en que se destaca el riesgo de que la legislación y las medidas contra el terrorismo, que son más restrictivas, se apliquen a otros actos delictivos de manera generalizada, incluso en lo que respecta al uso de facultades de investigación especiales (S/2020/754, párr. 107).

6. Cooperación de las personas que han intervenido en actos delictivos

El artículo 26, párrafo 1 a) de la Convención contra la Delincuencia Organizada establece que: “[c]ada Estado parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a proporcionar información”.

En el párrafo 2 se añade: “[c]ada Estado parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención”.

El uso de informantes y testigos infiltrados es una práctica de investigación habitual en los casos de delincuencia organizada; se trata de métodos rentables y —debido al carácter clandestino de muchas actividades delictivas organizadas— a menudo inevitables para obtener pruebas que puedan respaldar el veredicto de culpabilidad. La manera de recompensar a esos informantes legalmente por su colaboración varía en función del ordenamiento jurídico de que se trate, ya que en algunas tradiciones jurídicas se da a la fiscalía gran flexibilidad para no presentar cargos o para negociar acuerdos sobre los cargos y la condena, en tanto que en otras sus facultades discrecionales en ese sentido son mucho menores.

Si bien en la Convención se reconoce la necesidad de incentivar a las personas que participan en grupos delictivos organizados a proporcionar información, también se requiere que los Estados partes garanticen que las facultades discrecionales relativas al enjuiciamiento “se ejerzan [...] a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley [...], teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión [de los delitos comprendidos en la Convención]” (artículo 11, párrafo 2).

Los instrumentos universales de lucha contra el terrorismo exigen a los Estados “[s]ancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave”¹⁰⁴. Esta última disposición es fiel reflejo del artículo 11, párrafo 1 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, según el cual los Estados partes deben penalizar los delitos previstos en ella con “sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos”.

Los instrumentos jurídicos internacionales contra el terrorismo no contienen disposiciones análogas a las del artículo 26 de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Sin embargo, como reconoció el Foro Mundial contra el Terrorismo (FMCT) en el Memorando de Rabat sobre Buenas Prácticas para una Lucha Antiterrorista Efectiva en el Sector de la Justicia Penal:

“Sin incentivos adecuados, quienes tengan conocimiento de una actividad terrorista o estén implicados en ella pueden tener pocos motivos para cooperar con las fuerzas del orden, especialmente por temor a las represalias de los miembros de una organización terrorista. En consecuencia, deben adoptarse programas de incentivos adecuados para alentar a las

¹⁰⁴ Véase el artículo 4 b) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas; en el párr. 2 de su resolución 1373 (2001), el Consejo de Seguridad decidió, igualmente, que “todos los Estados [...] e) velen por que [...] el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo”.

personas sospechosas de terrorismo y a otras personas a proporcionar información exacta y útil a las autoridades competentes sobre las actividades y tramas terroristas”¹⁰⁵.

En el Memorando de Rabat también se recomienda que:

“con respecto a las personas implicadas en la planificación o realización de actividades terroristas, los ordenamientos jurídicos deben estar dotados de suficiente flexibilidad para tener en cuenta la cooperación con las autoridades, incluido el testimonio prestado en otros procesos penales, y la pronta admisión de culpabilidad, a fin de mitigar la pena. Los acuerdos formales de cooperación, o “acuerdos de conformidad” o de aceptación de los cargos y la condena, son una forma, aunque no la única, de lograr este objetivo, al igual que las normas generales en materia de condenas que tratan de los efectos de la cooperación”¹⁰⁶.

En la Adición a las Buenas Prácticas de La Haya sobre el Nexo entre la Delincuencia Organizada Transnacional y el Terrorismo, adoptadas por el FMCT, se vinculan los procesos judiciales por terrorismo y por delincuencia organizada transnacional en ese sentido: “Cuando proceda, los Estados deben dar incentivos para que la persona acusada colabore con las autoridades en los casos de delitos relacionados con el terrorismo o la delincuencia organizada transnacional. Si una persona ha colaborado a título voluntario, la fiscalía, con arreglo al derecho interno, puede ofrecer indulgencia o conceder inmunidad judicial. En el ejercicio de sus facultades discrecionales, la fiscalía debe tener en cuenta factores como la gravedad y la naturaleza de los delitos de que se trate”¹⁰⁷.

En los casos de delincuencia organizada y de terrorismo, las autoridades de justicia penal deben tener mucho cuidado de que los incentivos que se ofrezcan a las personas sospechosas para que colaboren no las induzcan a proporcionar información falsa a las fuerzas del orden.

Las autoridades deben estar atentas a las repercusiones en los derechos humanos de la decisión de no enjuiciar o de mitigar la pena en el caso de los autores de delitos muy graves y de abusos contra los derechos humanos. La impunidad puede vulnerar los derechos de las víctimas y socavar el estado de derecho. Al mismo tiempo, cabe tener en cuenta las consecuencias de utilizar informantes para los derechos de la persona acusada, especialmente si los informantes son objeto de medidas de protección de testigos de gran alcance que pueden tener graves repercusiones en el derecho del acusado a un juicio imparcial¹⁰⁸.

7. Seguridad de los funcionarios de la justicia penal, los testigos y las víctimas

En el Memorando de La Haya del FMCT sobre Buenas Prácticas para el Poder Judicial al Juzgar los Delitos de Terrorismo se observa que:

“Habida cuenta del historial de violencia y actos de intimidación que han traído aparejado los casos de terrorismo en muchos países, es esencial velar por la seguridad de los jueces, el

¹⁰⁵ FMCT, Rabat Memorandum on Good Practices for Effective Counterterrorism Practice in the Criminal Justice Sector, buena práctica 5 (véase www.thegctf.org/Activities/Activities/ArtMID/493/ArticleID/10/Criminal-Justice-and-Rule-of-Law-Working-Group-Plenary-Meeting).

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ FMCT, Addendum to the Hague Good Practices on the Nexus between Transnational Organized Crime and Terrorism: Focus on Criminal Justice (2020), buena práctica 17 (véase www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

¹⁰⁸ UNODC, Counter-Terrorism Legal Training Curriculum, Module 4, *Human rights and criminal justice responses to terrorism* (2014), art. 3.7.1.

personal de los tribunales, las víctimas y los testigos con objeto de establecer un sistema de justicia imparcial y eficaz, sin intimidación, represalias ni obstrucción de la justicia. Esto también aumenta la probabilidad de que las víctimas y los testigos confíen más a menudo en el sistema de justicia penal para resolver los conflictos y proteger a quienes ya están traumatizados por actos o amenazas de violencia”¹⁰⁹.

Estas consideraciones señaladas con respecto a los casos de terrorismo son igualmente relevantes para la investigación y el enjuiciamiento de casos de delincuencia organizada. Es demasiado común que los miembros de los grupos delictivos organizados eliminen a los testigos, hagan uso de la fuerza física contra los investigadores policiales y amenacen a jueces y fiscales¹¹⁰.

Delitos de obstrucción de la justicia

De conformidad con la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados partes deben adoptar medidas legislativas y de otra índole para reprimir la “obstrucción de la justicia”. El artículo 23 exige que se tipifique como delito la actuación encaminada a influir, utilizando medios corruptos (como el soborno) o coercitivos (como las amenazas o la violencia), en posibles testigos y en otras personas que estén en condiciones de proporcionar pruebas pertinentes a las autoridades. Ese artículo también exige la tipificación como delito de toda conducta que tenga por objeto perturbar la acción de la justicia mediante coacción, lo que abarca la fuerza física, las amenazas o la intimidación contra los funcionarios policiales y judiciales.

Es importante que la legislación también penalice el intento de obstrucción de la justicia. Para que se cometa el delito basta con que se demuestre que las personas acusadas han actuado con la intención de inducir a que se preste falso testimonio o de interferir en la prestación de testimonio o la aportación de pruebas; no debe ser necesario probar que la conducta de esas personas indujo efectivamente a prestar falso testimonio o a aportar pruebas falsas o que efectivamente se prestó falso testimonio o se aportaron pruebas falsas. Tampoco hay que demostrar que se obstaculizó efectivamente el cumplimiento de funciones oficiales; todo intento de hacerlo ya constituye elemento del delito¹¹¹.

Protección de testigos

De conformidad con la Convención contra la Delincuencia Organizada, “cada Estado parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas” (artículo 24). La protección de testigos también se hace extensiva a las víctimas en la medida en que sean testigos (artículo 24, párrafo 4).

La protección de los testigos puede abarcar la asignación de una escolta policial hasta la sala del tribunal o una sala de espera separada. Otras medidas de protección judicial pueden consistir en

¹⁰⁹ FMCT, *The Hague Memorandum on Good Practices for the Judiciary in Adjudicating Terrorism Offenses* (Memorando de La Haya del FMCT sobre Buenas Prácticas para el Poder Judicial al Juzgar los Delitos de Terrorismo), buena práctica 7.

¹¹⁰ UNODC, Educación para la Justicia (E4J), Serie de Módulos Universitarios, Delincuencia Organizada, Módulo 2, *Organización de la Comisión de Delitos* (www.unodc.org/e4j/es/organized-crime/module-2/index.html).

¹¹¹ Véase un examen detallado de los delitos de “obstrucción de la justicia” en la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (2017), párrs. 222 a 240 (www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html).

velar por la confidencialidad de la información sobre el testigo protegido, cerrar el tribunal, precintar los autos del juicio, ofrecer alojamiento temporal protegido, utilizar medios de distorsión de la voz y ocultación del rostro o disponer que se preste testimonio por videoconferencia. Sin embargo, también hay casos en los que la colaboración de un testigo es fundamental para el enjuiciamiento, pero el poder y el dominio que ejerce el grupo delictivo organizado son de tal magnitud que es preciso adoptar otras medidas y aplicar un programa formal de protección de testigos¹¹².

La adopción de medidas de protección de testigos exige políticas y criterios claros, además de recursos adecuados y medidas estrictas para garantizar la integridad de todos los interesados. Esas medidas también deben ser coordinadas con las que se adopten para fomentar la cooperación de las personas vinculadas a la delincuencia organizada y los grupos terroristas en relación con la mitigación de la pena o la inmunidad judicial, ya que la experiencia demuestra que en muchos países un número considerable de los testigos que necesitan protección son (ex) participantes en actividades delictivas relacionadas con el asunto. Para adoptar esas medidas en los casos de delincuencia organizada y de terrorismo, hay que tener presentes sus repercusiones en los derechos humanos, tanto los de las personas que deben ser protegidas como el del acusado a un juicio imparcial.

Como se indicó al principio de la presente parte, para lograr que la justicia penal responda con eficacia a la delincuencia organizada y el terrorismo, también es necesario velar por la seguridad de los investigadores, los fiscales, los jueces y el personal de los tribunales y los locales donde trabajan. La coordinación entre las diferentes partes del sistema de justicia es esencial para hacer frente de consuno a la cuestión de la seguridad.

La protección de los testigos es una esfera en la que las actividades antiterroristas pueden beneficiarse en gran medida de la experiencia adquirida y las enseñanzas extraídas en el contexto de la lucha contra la delincuencia organizada. El material de consulta mencionado en el recuadro que figura a continuación constituye un punto de partida.

¹¹² UNODC, Educación para la Justicia (E4J), Serie de Módulos Universitarios, Delincuencia Organizada, Módulo 9, *Estrategias de Enjuiciamiento* (<https://www.unodc.org/e4j/es/organized-crime/module-9/key-issues/witness-protection.html>); véase un examen a fondo en UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (2017), párrs. 384 a 401 (<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html>).

MATERIAL DE CONSULTA

- UNODC, *Good Practices for the Protection of Witnesses in Criminal Proceedings Involving Organized Crime* (2008) (www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/organised-crime/Good_Practices_for_the_Protection_of_Witnesses_in_Criminal_Proceedings_Involving_Organized_Crime.pdf).
- UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (2017), párrs. 384 a 401 (<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/legislative-guide.html>).
- UNODC, Educación para la Justicia (E4J), Serie de Módulos Universitarios, Delincuencia Organizada, Módulo 9, *Estrategias de Enjuiciamiento* (<https://www.unodc.org/e4j/es/organized-crime/module-9/key-issues/witness-protection.html>).
- UNODC, Counter-Terrorism Legal Training Curriculum, Module 4, *Human Rights and Criminal Justice Responses to Terrorism* (2014), capítulo III.7 (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module_on_Human_Rights/Module_HR_and_CJ_responses_to_terrorism_ebook.pdf).
- FMCT, *The Hague Memorandum on Good Practices for the Judiciary in Adjudicating Terrorism Offenses* (www.thegctf.org/documents/10162/140201/14Sept19_GCTF+The+Hague+Memorandum.pdf).

8. Administración penitenciaria

Tanto los reclusos acusados o hallados culpables de delitos relacionados con la delincuencia organizada, como los acusados o hallados culpables de delitos de terrorismo, pueden ser considerados de alta peligrosidad y plantear a la administración penitenciaria problemas especiales que la obliguen a adoptar determinadas medidas para garantizar la seguridad y el orden en las cárceles y proteger a la sociedad de las actividades delictivas dirigidas desde el interior de estas.

Por otra parte, también plantea dificultades la posible interacción en la cárcel entre miembros de grupos delictivos organizados y delincuentes extremistas violentos.

Al respecto, en su resolución 2482 (2019) el Consejo de Seguridad alentó a los Estados a estudiar formas de:

- promover la rehabilitación y la reintegración de los terroristas condenados;
- prevenir la radicalización conducente a la violencia en sus sistemas penitenciarios, “incluso en los casos en que los autores de delitos menores puedan ser explotados o reclutados por terroristas”;
- impedir la cooperación y la transferencia de habilidades y conocimientos entre los terroristas y otros delincuentes¹¹³.

Un proceso de clasificación de los reclusos bien formulado y administrado es la piedra angular de un sistema penitenciario eficaz y es fundamental para la protección de los derechos humanos, la capacidad de planificar los casos y las penas teniendo en cuenta las circunstancias individuales y el uso eficiente de los limitados recursos penitenciarios.

¹¹³ Resolución 2482 (2019) del Consejo de Seguridad, párrs. 18 y 20.

La seguridad dinámica y la inteligencia penitenciaria, así como la información de inteligencia de otros organismos de la fuerza pública, también son importantes para determinar las posibilidades de que se entablen relaciones en prisión entre delincuentes extremistas violentos y miembros de grupos delictivos organizados, así como los riesgos de radicalización violenta¹¹⁴.

La administración penitenciaria debe determinar cómo alojar a los reclusos extremistas violentos, incluso en relación con los presos que sean miembros de grupos delictivos organizados. Esta decisión gira en torno a un conjunto de cuestiones, entre ellas, determinar si se debe separar a los presos extremistas violentos de los demás reclusos (separación) y, en caso afirmativo, si se les debe aislar entre sí (aislamiento), tenerlos en un solo lugar (concentración) o dispersarlos en varios establecimientos penitenciarios (dispersión). La alternativa es integrarlos en la población penitenciaria en general (integración). Cabe observar que los Estados aplican una combinación de esos criterios y, en realidad, se suele adoptar un enfoque mixto. No hay una única respuesta acertada; la administración penitenciaria nacional deberá determinar la mejor manera de tener recluidas a esas personas en función de factores especiales propios de su país¹¹⁵.

La gestión de los reclusos de alta peligrosidad y las medidas para hacer frente a los riesgos que plantea la interacción en el establecimiento penitenciario entre los miembros de los grupos delictivos organizados y los delincuentes extremistas violentos exigen una cuidadosa consideración de algunos aspectos relacionados con los derechos humanos, entre ellos, los siguientes:

a) Las políticas y medidas restrictivas solo deben aplicarse a los reclusos de alta peligrosidad que hayan sido objeto de un proceso adecuado de evaluación de riesgos y cuando se haya determinado la necesidad de aplicarles esas medidas estrictamente por motivos de seguridad penitenciaria, seguridad y orden públicos o para proteger a la sociedad¹¹⁶; esas políticas y medidas deben ser necesarias y proporcionales a los riesgos que se procure mitigar y siempre deben adoptarse respetando plenamente los derechos humanos absolutos, como los relativos a la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

b) Las medidas para hacer frente al extremismo violento o a la delincuencia organizada deben tomarse respetando plenamente los derechos humanos de los presos y las libertades fundamentales de pensamiento, creencia, religión y expresión.

c) Los retos que plantean los reclusos de alta peligrosidad deben enfrentarse ateniéndose estrictamente a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) y demás normas y estándares internacionales pertinentes, incluso desde una perspectiva de género.

d) En todas las medidas se debe tener en cuenta la mayor vulnerabilidad que caracteriza a las reclusas¹¹⁷.

¹¹⁴ FMCT, Addendum to the Hague Good Practices on the Nexus between Transnational Organized Crime and Terrorism: Focus on Criminal Justice (2020), buenas prácticas 23 y 24 (www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

¹¹⁵ UNODC, Criminal Justice Handbook Series (Serie de Manuales de Justicia Penal), *Handbook on the Management of Violent Extremist Prisoners and the Prevention of Radicalization to Violence in Prisons* (2016), párr. 4.3.

¹¹⁶ UNODC, Criminal Justice Handbook Series, *Handbook on the Management of High-Risk Prisoners* (2016), Introducción, pág. 2 (www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_on_High_Risk_Prisoners_Ebook_appr.pdf).

¹¹⁷ UNODC, *Manual sobre las dimensiones de género de las respuestas de la justicia penal al terrorismo*, capítulo 4 (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/GENDER/19-01531_S_ebook.pdf); *Manual sobre mujeres y encarcelamiento*, Serie de Manuales de Justicia Penal, 2ª edición (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.14.IV.3), pág. 7, y *Training Curriculum on Women and Imprisonment* (versión 1.0), Serie de Manuales de Justicia Penal (Viena, 2015), págs. 7 y 8.

e) Debe adoptarse legislación para reglamentar la información e inteligencia penitenciarias, especialmente la clase de información que puede poseer el personal de las cárceles, así como el propósito para poder conservar toda esa información y la manera de tratarla. La legislación también debe establecer mecanismos eficaces de supervisión pública para prevenir la vulneración de los derechos humanos en las cárceles.

MATERIAL DE CONSULTA

UNODC, *Manual sobre la Clasificación de los Reclusos* (2020) (www.unodc.org/documents/dohadecaration/Prisons/HandBookPrisonerClassification/Handbook_-_Classification_of_Prisoners_Spanish_Ebook_FINAL.pdf).

UNODC, Criminal Justice Handbook Series, *Handbook on the Management of High-Risk Prisoners* (2016) (www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_on_High_Risk_Prisoners_Ebook_appr.pdf).

UNODC, Criminal Justice Handbook Series, *Handbook on the Management of Violent Extremist Prisoners and the Prevention of Radicalization to Violence in Prisons* (2016) (www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_VEPs.pdf).

UNODC, *Manual de Seguridad Dinámica e Inteligencia Penitenciaria* (2015) (www.unodc.org/documents/ropan/Manual_de_seguridad_diagramado_final.pdf).

FMCT, Addendum to the Hague Good Practices on the Nexus between Transnational Organized Crime and Terrorism: Focus on Criminal Justice (2020) (véase www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents), y FMCT, *Rome Memorandum on Good Practices for Rehabilitation and Reintegration of Violent Extremist Offenders* (véase: www.thegctf.org/About-us/GCTF-framework-documents).

Preguntas de autoevaluación

1. Mencione los cuatro criterios que definen a un grupo delictivo organizado según la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención contra la Delincuencia Organizada).
2. ¿Qué delitos deben tipificar los Estados partes de conformidad con la Convención contra la Delincuencia Organizada?
3. Hay similitudes y diferencias entre los delitos de blanqueo de dinero y de financiación del terrorismo. Mencione al menos cuatro elementos que sean comunes a esas dos clases de delitos o que los distingan.
4. Mencione, como mínimo, dos recomendaciones del Grupo de Acción Financiera que sean pertinentes para la represión de la financiación del terrorismo.
5. Describa tres maneras en que la corrupción puede estar relacionada con el terrorismo.

6. ¿Cuáles son los tres elementos del delito de trata de personas según el Protocolo contra la Trata de Personas, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada?
7. ¿Qué se dice en las resoluciones 2331 (2016) y 2388 (2017) del Consejo de Seguridad sobre el vínculo entre la trata de personas y las actividades de los grupos terroristas?
8. Explique los conceptos de mercado “negro” y mercado “gris” de las armas de fuego.
9. Mencione tres instrumentos internacionales pertinentes para la represión del tráfico de bienes culturales, especialmente por parte de grupos terroristas.
10. Cite al menos cuatro instrumentos internacionales relacionados con la represión del secuestro para obtener rescate por parte de grupos terroristas.
11. Analice la diferencia entre los conceptos de “ciberdelincuencia (ordinaria)”, “ciberterrorismo” y “uso de Internet con fines terroristas”.
12. Explique el principio de especialidad enunciado en las leyes relativas a la extradición. ¿Qué pertinencia tiene ese principio para la respuesta de la justicia penal a las vinculaciones entre la delincuencia organizada y el terrorismo?
13. Con respecto a la asistencia judicial recíproca, compare las medidas previstas en la Convención contra la Delincuencia Organizada con las que figuran en los convenios, convenciones y protocolos de lucha contra el terrorismo.
14. Aclare el concepto de “investigación proactiva” y examine su pertinencia para la lucha antiterrorista y la lucha contra la delincuencia organizada.
15. Explique el término “investigación financiera paralela” y su importancia para la investigación de la delincuencia organizada y los delitos de terrorismo.
16. Mencione al menos dos ventajas de las investigaciones basadas en la incautación de armas de fuego a grupos terroristas.
17. Analice el artículo 26 de la Convención contra la Delincuencia Organizada. ¿Cuál es su pertinencia para la lucha antiterrorista?
18. Mencione, como mínimo, tres consideraciones relativas a los derechos humanos en lo que respecta al empleo de técnicas especiales de investigación y la adopción de medidas para alentar a las personas que han participado en actos de delincuencia organizada o de terrorismo a colaborar con las autoridades de justicia penal.



VI.

Los delitos internacionales y los delitos de terrorismo

Objetivos

Al finalizar el capítulo VI, los lectores estarán en condiciones de:

- 1** Describir las circunstancias en que los actos terroristas, o las actividades de los grupos terroristas, pueden constituir los principales delitos internacionales, a saber, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.
- 2** Analizar el concepto de jurisdicción universal respecto de los principales delitos internacionales y los mecanismos internacionales encaminados a castigar a los autores, incluido el enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional.
- 3** Individualizar los criterios estratégicos fundamentales para perseguir los delitos internacionales cometidos por grupos terroristas y los requisitos probatorios correspondientes.
- 4** Analizar la importancia de los delitos internacionales en lo que concierne a responsabilizar a los miembros de los grupos terroristas de delitos de violencia sexual y de género.

INTRODUCCIÓN

El derecho penal internacional tiene por objeto proteger a todas las personas de formas de violencia especialmente graves como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad promoviendo los valores fundamentales de la comunidad jurídica internacional, entre ellos, la paz y la seguridad internacionales y los derechos humanos. Todos los Estados tienen interés en garantizar que se rinda cuentas por los delitos internacionales, ya que se considera incompatible con los derechos humanos que aquellos queden impunes.

En algunos casos, los actos de terrorismo u otras actividades violentas de los integrantes de grupos terroristas pueden calificarse de delitos internacionales. En cuanto al encausamiento de miembros de grupos terroristas, el Secretario General ha pedido a las autoridades de los sistemas nacionales de justicia que tengan en cuenta “todo el cuerpo del derecho penal [internacional], en particular los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, y [que] no se debe[n] limitar solo a los delitos de terrorismo”, especialmente en lo que respecta a los delitos sexuales y de género¹.

Además, el derecho penal internacional ofrece un conjunto de disposiciones legales, instituciones, prácticas y experiencias que pueden ser pertinentes para los profesionales de la justicia penal que procuran hacer rendir cuentas a los autores de actos de terrorismo. Esos instrumentos abarcan los siguientes ámbitos: jurisdicción universal, mecanismos internacionales de rendición de cuentas, enfoques de derecho penal encaminados a responsabilizar a los jefes y superiores por los delitos cometidos por sus subordinados y procedimientos para garantizar que se reúnan pruebas admisibles incluso en las difíciles condiciones impuestas por los conflictos armados.

El capítulo VI está dividido en tres partes: la parte A contiene un análisis de los “principales delitos internacionales”, a saber, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que se describen desde el punto de vista de su pertinencia para la rendición de cuentas de los miembros de los grupos terroristas. En la parte A también se mencionan someramente otros delitos internacionales.

En la parte B se examinan las formas en que los Estados y los organismos internacionales pueden ejercer jurisdicción para responsabilizar a los autores de los delitos internacionales. En la parte C se alude a consideraciones fundamentales en lo que respecta a la investigación y el enjuiciamiento de delitos internacionales cometidos por integrantes de grupos

¹ S/2017/861, párr. 61; véase también la resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad, párrs. 18 y 19.

terroristas: el concepto de “crimen del sistema”, que entraña un gran número de autores y de víctimas, y los enfoques estratégicos para el enjuiciamiento de esos delitos; las “causales de responsabilidad” según el derecho penal internacional y la responsabilidad de los jefes militares y los superiores civiles por los delitos cometidos por sus subordinados; el uso de la información obtenida por las fuerzas armadas como prueba; la rendición de cuentas por delitos de violencia sexual y de género perpetrados por integrantes de grupos terroristas, y las ventajas de la acumulación procesal en casos de delitos de terrorismo y de delitos internacionales.

A. Los principales delitos internacionales

1. Genocidio

En la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (la Convención sobre el Genocidio)² se considera que el genocidio es “un delito de derecho internacional” que los Estados deben prevenir y sancionar en tiempo de paz o en tiempo de guerra (artículo I). Según la definición que figura en el artículo II de esa Convención, el genocidio consiste en actos perpetrados con la intención de destruir a un grupo determinado:

“En la presente Convención, 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.”

El elemento de intencionalidad del delito de genocidio abarca dos aspectos: *a*) la intención de cometer uno de los actos físicos enumerados y *b*) la intención especial de hacerlo con el fin de destruir a uno de los grupos enumerados.

Los Estados deben castigar los actos de genocidio, así como la asociación para cometerlos, la incitación directa y pública a cometerlos, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio (artículo III), independientemente de quien los cometa (artículo IV).

La Corte Penal Internacional (CPI) ejerce jurisdicción con respecto al delito de genocidio, que está definido en el artículo 6 de su Estatuto, aprobado en Roma en 1998, en los mismos términos empleados en la Convención sobre el Genocidio de 1948.

El delito de genocidio suele ser cometido por personas que actúan en nombre del Estado, ya que este cuenta con los recursos y la capacidad de organización necesarios para destruir a determinados grupos de la población que controla. No obstante, como se desprende del estudio

² Resolución 260 A (III) de la Asamblea General.

monográfico que se presenta a continuación, es posible que los dirigentes y los integrantes de grupos no estatales organizados, entre ellos grupos terroristas, sean capaces de cometer genocidio, especialmente si un grupo terrorista domina un territorio y a su población.

ESTUDIO MONOGRÁFICO COMISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA REPÚBLICA ÁRABE SIRIA: CONCLUSIONES SOBRE EL GENOCIDIO COMETIDO POR EL ESTADO ISLÁMICO EN EL IRAQ Y EL LEVANTE (EIL) (DÁESH) CONTRA LOS YAZIDÍES EN EL IRAQ Y LA REPÚBLICA ÁRABE SIRIA^a

“201. El EIL ha cometido y sigue cometiendo genocidio y múltiples crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra contra los yazidíes.

202. El genocidio cometido contra los yazidíes no se llevó a cabo principalmente mediante asesinatos, aunque se cometieron matanzas de hombres y mujeres. El EIL procura destruir a los yazidíes de muchas maneras, que también fueron previstas por los redactores de la Convención sobre el Genocidio de 1948. Ha intentado y sigue intentando destruirlos por medio de asesinatos, esclavitud sexual, esclavitud de otra índole, tortura y tratos inhumanos y degradantes, así como mediante traslados forzosos que han ocasionado terribles daños físicos y psicológicos; la imposición de condiciones de vida que provocan una muerte lenta; la imposición de medidas para evitar que nazcan niños yazidíes, entre ellas la conversión forzada de los adultos, la separación de hombres y mujeres y el trauma emocional, y el traslado de niños del seno de su propia familia para que vivan con combatientes del EIL, apartándoles así de las creencias y prácticas de su propia comunidad religiosa y borrando su identidad como yazidíes. Las declaraciones y la conducta públicas del EIL y sus combatientes demuestran con claridad que ese grupo intentó destruir, total o parcialmente, a los yazidíes de Sinyar.”

^a Consejo de Derechos Humanos, “They came to destroy”: ISIS Crimes against the Yazidis” (A/HRC/32/CRP.2).

2. Crímenes de guerra

En el capítulo III del presente módulo se explica cómo el DIH regula los conflictos armados en los que participan grupos terroristas. Como se indicó en ese capítulo, la mayoría de los actos terroristas cometidos en conflictos armados están prohibidos por el DIH y constituyen crímenes de guerra, lo que genera responsabilidad individual. En el siguiente recuadro de análisis se muestra cómo muchos de los actos terroristas ya constituyen crímenes de guerra, según la lista actual de esos crímenes que figura en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI). Los crímenes de guerra cometidos en el curso de conflictos no internacionales son especialmente pertinentes para las situaciones en que intervienen grupos terroristas armados no estatales.

ANÁLISIS CRÍMENES DE GUERRA DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMETIDOS DURANTE CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES: ESTATUTO DE LA CPI, ARTÍCULO 8, PÁRRS. 2 c) Y e)

“c)... las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

- i) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
- ii) los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- iii) la toma de rehenes;
- iv) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.”

“e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional [...]:

- i) dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
- ii) dirigir intencionalmente ataques contra [personal o material sanitarios];
- iii) dirigir intencionalmente ataques contra [personal o material de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz];
- iv) dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
- v) saquear una ciudad o plaza [...];
- vi) cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, [...] esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual [...];
- vii) reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas o grupos armados o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;
- viii) ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;
- ix) matar o herir a traición a un combatiente adversario;
- x) declarar que no se dará cuartel;
- xi) someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos [...] que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

- xii) destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;
- xiii) - xv) [Emplear armas prohibidas, entre ellas veneno, armas químicas o biológicas, balas expansivas, armas que no pueden ser detectadas en el cuerpo humano por rayos X o armas láser que causan ceguera permanente.]”

REMISIÓN De conformidad con el Estatuto de la CPI y la mayoría de las demás codificaciones de los crímenes de guerra, la ley establece una distinción entre los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y los cometidos en conflictos armados no internacionales. Por lo tanto, es importante que los juristas califiquen correctamente el conflicto armado en el que se hayan cometido los presuntos crímenes. Este ámbito del derecho fue objeto de examen en el capítulo III del presente módulo.

Los crímenes de guerra pueden ser cometidos por miembros de las fuerzas armadas de un Gobierno o de fuerzas armadas disidentes, de fuerzas irregulares pertenecientes al Estado y de grupos armados organizados no estatales (tanto los que están alineados con el Estado como los que son autónomos, ya sea que estén calificados políticamente de rebeldes, insurgentes, guerrilleros o terroristas). Los dos casos estudiados a continuación sirven para ilustrar cómo un mismo conjunto de hechos puede ser calificado simultáneamente de delito de terrorismo, crimen de guerra y crimen de lesa humanidad.

ESTUDIO MONOGRÁFICO EXAMEN PRELIMINAR DE LA FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE LA SITUACIÓN DE NIGERIA, 2015-2020

La posible superposición entre los delitos de terrorismo, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad queda ilustrada en el examen de los actos presuntamente cometidos por Boko Haram que figura en el informe de 2015 de la Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) sobre las actividades de examen preliminar⁹. Boko Haram ha venido siendo objeto de sanciones antiterroristas impuestas por el Consejo de Seguridad desde 2014 y ha sido condenado con frecuencia por el Consejo por cometer actos terroristas.

En el informe se determinan “ocho posibles casos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en el sentido de los artículos 7 y 8 del Estatuto de la CPI: seis relacionados con actos de Boko Haram y dos con actos de las fuerzas de seguridad de Nigeria” (párr. 195).

Los posibles casos relativos a la conducta de Boko Haram guardan relación con los siguientes actos:

- “Ataques contra civiles considerados ‘incrédulos’” (párr. 196).
- “Secuestros y encarcelamiento de civiles, que redundan en presuntos asesinatos, tratos crueles y ultrajes a la dignidad personal” (párr. 199).
- “Ataques a edificios dedicados a la educación, docentes y alumnado...” (párr. 201).
- “Reclutamiento y utilización de menores de 15 años para que participen en las hostilidades” (párr. 203).

- “Ataques contra las mujeres y las niñas [...] violaciones, esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual, matrimonios forzados y utilización de mujeres para tareas operacionales y asesinatos” (párrs. 205 y 206).
- “Ataque deliberado a edificios dedicados a la religión como iglesias y mezquitas...” (párr. 208).

Los posibles casos relativos a la conducta de las Fuerzas de Seguridad nigerianas guardan relación con los siguientes actos:

- “Presuntas detenciones masivas de niños y hombres jóvenes sospechosos de ser miembros o simpatizantes de Boko Haram, seguidas de abusos a gran escala, entre otras cosas, ejecuciones sumarias y torturas” (véase el párr. 219).
- Presuntos “ataques contra civiles” (párr. 212).

En 2018, la Fiscal informó de que estaba investigando otros crímenes cometidos por las Fuerzas de Seguridad nigerianas, entre ellos, casos de violencia sexual contra mujeres y niñas registrados en los campamentos de desplazados internos.

En 2020 la Fiscal concluyó su examen preliminar y determinó que existían motivos razonables para creer que Boko Haram y las Fuerzas de Seguridad nigerianas habían cometido los crímenes mencionados. También indicó que las autoridades nigerianas no habían cumplido su cometido primordial de garantizar la rendición de cuentas a nivel nacional, ya que, entre otras cosas, se habían entablado juicios contra combatientes de Boko Haram que eran, principalmente, soldados rasos acusados de pertenecer a una organización terrorista, no de haber cometido delitos internacionales. La Fiscalía tiene previsto solicitar la autorización de los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI para abrir investigaciones oficiales.

^a Véase la declaración de la Fiscal (www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201211-prosecutor-statement).

ESTUDIO MONOGRÁFICO ENJUICIAMIENTO A NIVEL NACIONAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA PERPETRADOS POR LOS MIEMBROS DEL ESTADO ISLÁMICO EN EL IRAQ Y EL LEVANTE (EIL-DÁESH)

Alemania ha procesado a varios ciudadanos alemanes por delitos internacionales cometidos en el contexto del conflicto desatado en la República Árabe Siria.

En la causa *Fiscalía c. Abdelkarim El-B.*^a, el acusado, de nacionalidad alemana, había viajado desde su domicilio en Alemania a la República Árabe Siria en 2013 para sumarse al EIL (Dáesh) y luchar en sus filas, y era miembro registrado del grupo. Se le detuvo en Turquía cuando viajaba de regreso a Alemania y fue extraditado a ese país.

En 2013 un grupo de combatientes del EIL (Dáesh) mutiló el cadáver de un integrante de las fuerzas armadas sirias. El acusado no cometió directamente el acto degradante, pero lo filmó y alentó verbalmente a los demás combatientes a mutilar el cadáver. Se le acusó de un crimen de guerra por tratar a una persona protegida de un modo gravemente humillante o degradante, por pertenecer a una organización terrorista y por tenencia ilícita de un fusil Kalashnikov. El tribunal lo declaró culpable de los tres cargos. En cuanto al primer cargo, el tribunal concluyó que el acusado había cometido un crimen de guerra al participar en las acciones del grupo.

^a *Prosecutor v. Abdelkarim El-B.*, Fráncfort del Meno, Tribunal Regional Superior, causa núm. 5-3 StE 4/16-4-3/16, sentencia de 8 de noviembre de 2016.

ACTIVIDAD

- a) Con referencia al artículo 8 del Estatuto de la CPI: ¿cuáles de los actos que constituyen crímenes de guerra en el sentido del artículo 8 fueron cometidos por miembros de grupos terroristas en situaciones de conflicto armado que se hayan producido en su país o en otros países y de las que usted tenga conocimiento?
- b) En el documento titulado *Elementos de los Crímenes*, aprobado por la Asamblea de los Estados partes en el Estatuto de la CPI, se complementa la definición de los delitos que figura en el Estatuto^a: compare los elementos del delito de toma de rehenes en un conflicto armado no internacional previsto en el artículo 8, párr. 2 c) iii), del Estatuto de Roma, enunciados en ese documento, con la definición de toma de rehenes que figura en la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979.

^a Corte Penal Internacional, *Elements of Crimes*, La Haya (revisado en 2011), artículo 7: Crimes against humanity (www.icc-cpi.int/resourcelibrary/official-journal/elements-of-crimes.aspx).

El crimen de guerra de intentar aterrorizar a la población civil

El DIH también prohíbe expresamente una clase de “terrorismo” que se comete durante los conflictos armados, diferente de los delitos ordinarios de terrorismo en tiempos de paz³. Por ejemplo, tanto en los conflictos internacionales como en los que no lo son están prohibidos “los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”⁴.

El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia fue el primer tribunal internacional que concluyó que esas prohibiciones también constituían el fundamento del crimen de “terror como transgresión de las leyes o usos de la guerra” (con arreglo a los tratados y a la costumbre)⁵ en la causa *Fiscalía c. Galić* (2003)⁶. Los elementos del crimen enunciados en esa ocasión fueron los siguientes:

1. Que los actos de violencia contra la población civil o contra civiles que no participaran directamente en las hostilidades hubieran causado la muerte o lesiones físicas graves o daños graves a la salud de la población civil.
2. Que el autor hubiera perpetrado esos actos de violencia con premeditación contra la población civil en general o individualmente contra civiles que no participaran directamente en las hostilidades.

³ Véanse el Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (aprobado el 12 de agosto de 1949, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 973), artículo 33 (que prohíbe “toda medida de intimidación o de terrorismo” contra las personas civiles en los conflictos internacionales), y el Protocolo Adicional II de 1977, artículo 4, párr. 2 d), que prohíbe “los actos de terrorismo” en los conflictos no internacionales.

⁴ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) (aprobado el 8 de junio de 1977, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125), núm. 17512, artículo 51, párr. 2, y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) (aprobado el 8 de junio de 1977, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17513), artículo 13, párr. 2.

⁵ Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Galić*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-98-29-T, T. Ch. I., 5 de diciembre de 2003, párrs. 91 a 98; véase también ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Sala de Apelaciones, fallo, causa núm. IT-98-29-A, A. Ch., 30 de noviembre de 2006, párrs. 86 y siguientes.

⁶ *Prosecutor v. Galić*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-98-29-T, T. Ch. I., 5 de diciembre de 2003, párr. 138, y *Prosecutor v. Galić*, Sala de Apelaciones, fallo, causa núm. IT-98-29-A, A. Ch., 30 de noviembre de 2006.

3. Que el crimen se hubiera cometido con el propósito principal de aterrorizar a la población civil⁷.

Los “actos de violencia” contra la población civil abarcan los ataques directos o los ataques indiscriminados o desproporcionados⁸, pero no los que son legítimos de conformidad con el DIH (como los ataques proporcionados contra objetivos militares). Constituyen delito tanto los ataques como las amenazas de ataque contra civiles⁹. Además, “los traumas profundos y los daños psicológicos forman parte de los actos o amenazas de violencia”¹⁰.

El rasgo distintivo del crimen de guerra de infundir terror son sus elementos de intencionalidad: además de una intención general de hacer de la población civil el objeto de actos o amenazas de violencia deliberadamente¹¹, debe haber un “dolo especial”, en el sentido de cometer esos actos con el propósito principal de sembrar el terror en la población¹².

Por “terror” se entiende simplemente un “miedo extremo”¹³. El crimen consiste en actos o amenazas que se llevan a cabo expresamente para sembrar el terror, no el miedo incidental que puede sentir la población civil durante una guerra de resultados de acciones militares legítimas¹⁴. Además, no es necesario que la intención de aterrorizar sea el único propósito del acto o la amenaza, siempre y cuando esa intención “haya sido el principal de los propósitos”¹⁵.

ESTUDIO MONOGRÁFICO FISCALÍA C. GALIĆ: EL CRIMEN DE GUERRA DE ATERRORIZAR A LA POBLACIÓN CIVIL

En la causa *Fiscalía c. Galić*, se determinó, a partir de los hechos establecidos, que se había cometido el crimen de guerra que consistía en aterrorizar a la población civil por medio de una campaña de francotiradores y bombardeos contra civiles en la ciudad sitiada de Sarajevo y de resultados de “la naturaleza de las actividades civiles que fueron objeto de los ataques, la manera en que se perpetraron los ataques contra la población civil y el momento de realizar los atentados y la duración de estos”. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia concluyó que los civiles fueron atacados por toda la ciudad “mientras realizaban actividades civiles típicas” como asistir a un funeral, trasladarse en una ambulancia o encontrarse en un hospital, trasladarse en tranvías y autobuses, conducir un automóvil, ir en bicicleta o a pie, estar en casa o en clase, ir de compras, buscar agua o leña o asistir a una fiesta pública. Los ataques iban dirigidos especialmente contra las personas más vulnerables, como mujeres, niños y niñas y personas ancianas. Cientos de civiles resultaron muertos y hubo miles de heridos^a.

Se comprobó que esos atentados no revestían interés militar alguno y no podían explicarse por fallos de puntería ni fuego cruzado. Tampoco tenían por objeto exterminar ni mermar a la población.

⁷ ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Sala de Primera Instancia, fallo, 5 de diciembre de 2003, párr. 133.

⁸ ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Sala de Apelaciones, fallo, 30 de noviembre de 2006, párr. 102.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Sala de Primera Instancia, fallo, 5 de diciembre de 2003, párr. 136.

¹² *Ibid.*; véase también ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Sala de Apelaciones, fallo, 30 de noviembre de 2006, párr. 103.

¹³ ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Sala de Primera Instancia, fallo, 5 de diciembre de 2003, párr. 137.

¹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Sala de Apelaciones, fallo, 30 de noviembre de 2006, párr. 103.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 104.

Todo lo contrario, se hizo fuego al azar e indiscriminadamente, en lugares y momentos inesperados, con ánimo de causar sorpresa y maximizar así los efectos psicológicos. La población civil respondió cerrando los centros de enseñanza, escondiéndose de día y saliendo de noche, sin desplazarse libremente y levantando barricadas. El Tribunal Internacional concluyó que el objetivo era enviar “muy claramente” el mensaje de que “ningún civil de Sarajevo estaba a salvo en ningún lugar, a ninguna hora del día ni de la noche”. Consideró que “la única conclusión razonable, a la luz de las pruebas que constan en el expediente judicial, es que el objetivo principal de la campaña era infundir en la población civil un estado de miedo extremo”^b.

^a ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Sala de Primera Instancia, fallo, 5 de diciembre de 2003, párrs. 569, 584 y 592 a 597.

^b *Ibid.*, párrs. 563 a 573, 586, 592, 593 y 598.

En el Estatuto de Roma no se establece expresamente la competencia de la CPI con respecto a un crimen de guerra de terrorismo. Sin embargo, como señaló el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Fiscalía c. Galić*, esos actos pueden considerarse casos especiales de la prohibición general de los ataques contra la población civil, cuya infracción queda comprendida, efectivamente, en la competencia de la CPI¹⁶. Así pues, los actos de terrorismo *per se* podrían ser prueba fehaciente de que se perpetraron ataques intencionales contra la población civil.

3. Crímenes de lesa humanidad

No hay ningún tratado general en vigor dedicado a los crímenes de lesa humanidad, aunque la Comisión de Derecho Internacional (CDI) aprobó un “proyecto de artículos” al respecto en 2019¹⁷ y esos crímenes fueron perseguidos anteriormente en juicios internacionales celebrados en Europa y la región de Asia y el Pacífico al final de la Segunda Guerra Mundial. El artículo 7 del Estatuto de Roma contiene una definición contemporánea ampliamente aceptada de ese crimen, presentada en el recuadro de análisis que figura a continuación. Muchos de los actos enumerados son métodos comúnmente utilizados por los terroristas cuando atacan a la población civil.

ANÁLISIS ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Crímenes de lesa humanidad: artículo 7, párr. 1

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) asesinato;
- b) exterminio;
- c) esclavitud;

¹⁶ Véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado el 17 de julio de 1998, que entró en vigor el 1 de julio de 2002), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, artículo 8, párr. 2 b) i) a v) (conflictos internacionales) y párr. 2 e) i) a v).

¹⁷ Comisión de Derecho Internacional (CDI), proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad (A/74/10 y Corr. 1, cap. IV.E).

- d) deportación o traslado forzoso de población;
- e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) tortura;
- g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) desaparición forzada de personas;
- j) el crimen de *apartheid*;
- k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

Como se precisa en el artículo 7, un crimen de lesa humanidad entraña:

- el hecho de cometer determinados actos graves (el elemento físico);
- actos cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (el elemento contextual);
- actos cometidos a sabiendas de que forman parte de un ataque de esa índole o con la intención de promoverlo (el elemento de intencionalidad).

De resultas de las circunstancias históricas, originalmente solo se consideraron crímenes de lesa humanidad los ataques: *a)* cometidos en el curso de conflictos armados, y *b)* vinculados a políticas de Estado. Sin embargo, de conformidad con el derecho internacional contemporáneo, reflejado en el Estatuto de Roma, esos crímenes también pueden ser realizados: *c)* en tiempos de paz o durante un conflicto armado, y *d)* por personas que actúan en nombre del Estado y también por integrantes de organizaciones no estatales que cometen actos delictivos graves, entre ellas grupos terroristas o grupos delictivos organizados.

Elementos contextuales

Por “ataque contra una población civil” se entiende una conducta que se caracteriza por llevar a cabo múltiples actos dirigidos contra civiles en cumplimiento de una política de Estado o una política organizacional tendientes a cometer esa clase de ataques¹⁸. No es necesario que se ataque con armas o tácticas militares, pero los civiles deben ser el objetivo principal, y no

¹⁸ CPI, *Elements of Crimes*, La Haya, 2011, artículo 7: Crimes against humanity (www.icc-cpi.int/resourcelibrary/official-journal/elements-of-crimes.aspx).

víctimas accidentales¹⁹. Una “política tendiente a cometer esa clase de ataques” significa que el Estado o la organización promueven o fomentan activamente los ataques de esa índole²⁰.

Un ataque “generalizado” es un atentado grave a gran escala en el que se llevan a cabo actos repetidos que afectan a muchas víctimas²¹.

Un ataque “sistemático” entraña un patrón organizado y continuo o regular de actos (en lugar de acciones aisladas o al azar), basado en una política o un plan y en que se insumen recursos considerables²².

Es muy poco probable que los actos terroristas ocasionales o esporádicos cometidos por individuos o pequeños grupos terroristas clandestinos reúnan los requisitos necesarios para constituir un crimen de lesa humanidad²³. Estos podrían ser los casos de secuestro de una aeronave o atentado con explosivos en una aeronave, o de asesinato o atentado suicida aislados. Por otra parte, es posible, de hecho, que los grupos terroristas lleven a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, por ejemplo, realizando un conjunto de actos violentos a lo largo del tiempo (como una campaña de bombardeos reiterados contra objetivos civiles), aunque no todas esas campañas podrán calificarse de esa manera. Incluso un único ataque a gran escala coordinado podría constituir —según muchos expertos— un crimen de lesa humanidad, como los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América²⁴.

En los conflictos armados, la “población civil” no abarca al personal militar, ni siquiera cuando está fuera de combate, es decir, a los efectivos que estén heridos o hayan sido hechos prisioneros²⁵. Si bien un crimen de lesa humanidad debe implicar un ataque general contra la población civil, las víctimas individuales de determinados crímenes pueden ser efectivos militares que estén fuera de combate²⁶.

En tiempos de paz hay más incertidumbre en cuanto a determinar si la “población civil” abarca al personal militar. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda concluyó que el personal militar, policial y de seguridad formaba parte de la población civil, salvo que estuviera armado y pudiese defenderse en el momento de ser atacado²⁷. Por el contrario, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo que, a efectos de la definición de los crímenes de lesa humanidad, el término “población civil” tenía el mismo significado que en el DIH²⁸, es decir que, implícitamente, incluso en tiempos de paz el personal militar quedaría excluido de ella. No obstante, todos los casos sometidos al Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia guardaban relación

¹⁹ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-96-23/1-T. Ch, 22 de febrero de 2001, párr. 421; la Sala de Primera Instancia de la CPI aplicó la misma interpretación en la causa *Prosecutor v. Katanga*, fallo, Sala de Primera Instancia II, ICC01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párr. 1104.

²⁰ CPI, *Elements of Crimes*, artículo 7: Crimes against humanity (www.icc-cpi.int/resourcelibrary/official-journal/elements-of-crimes.aspx).

²¹ Tribunal Penal Internacional para Rwanda (ICTR), *Prosecutor v. Akayesu*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. ICTR-96-4-T, T. Ch. I., 2 de septiembre de 1998, párr. 580.

²² *Ibid.*; véanse también ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Sala de Primera Instancia, causa IT-94-1, fallo, 7 de mayo de 1997, párr. 646, y CPI, *Prosecutor v. Katanga*, fallo, Sala de Primera Instancia II, ICC01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párr. 1123.

²³ Arnold, Roberta, “The Prosecution of Terrorism as a Crime against Humanity”, *Heidelberg Journal of International Law*, 64 (2004), núm. 4, págs. 979 y 995 a 998.

²⁴ Véase Antonio Cassese, “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 12, núm. 5, págs. 993 a 995.

²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Sala de Apelaciones, fallo, causa núm. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 114.

²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Sala de Apelaciones, fallo, causa núm. IT-95-11-A, 8 de octubre de 2008, párr. 313.

²⁷ ICTR, *Prosecutor v. Kayishema*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 127.

²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Sala de Apelaciones, fallo, causa núm. IT-95-11-A, 8 de octubre de 2008, párrs. 297 y 299.

con situaciones de hechos concernientes a conflictos armados, y el Tribunal no abordó directamente la cuestión con respecto a los tiempos de paz.

Elementos físicos

Los terroristas suelen llevar a cabo muchos de los actos físicos que configuran crímenes de lesa humanidad, como asesinato, tortura, toma de rehenes, secuestro, desaparición forzada, esclavitud, persecución y actos inhumanos. Son ejemplo de una combinación de esos actos, potencialmente constitutivos de crímenes de lesa humanidad, los atentados cometidos por el EIL (Dáesh) contra comunidades religiosas minoritarias en el Iraq.

ESTUDIO MONOGRÁFICO COMISIÓN INTERNACIONAL INDEPENDIENTE DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA REPÚBLICA ÁRABE SIRIA: CONCLUSIONES ACERCA DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD COMETIDOS POR EL ESTADO ISLÁMICO EN EL IRAQ Y EL LEVANTE (EIL-DÁESH) CONTRA LOS YAZIDÍES EN EL IRAQ Y LA REPÚBLICA ÁRABE SIRIA^a

“166. El ataque del Dáesh contra Sinyar de agosto de 2014 y los actos subsiguientes perpetrados contra los yazidíes capturados, es decir, la violencia sexual y física contra las mujeres y los niños y niñas trasladados a Siria, constituyen un ataque directo contra la comunidad yazidí, población civil que fue blanco principal del ataque.

167. El ataque del Dáesh fue generalizado, ya que se extendió a cientos de aldeas de la región de Sinyar, y al propio monte Sinyar. También fue sistemático, caracterizado por actos de violencia organizados cometidos de manera casi idéntica por los combatientes en toda la región de Sinyar y, posteriormente, en las zonas de Siria y el Iraq dominadas por el Dáesh. Los ataques contra los yazidíes, que continúan hasta el día de hoy, obedecen a una política ideológica expresa del grupo terrorista cuya interpretación religiosa radical no admite la existencia del yazidismo en el territorio que domina. Los abusos cometidos por los combatientes contra los yazidíes están en consonancia con la política organizacional declarada del Dáesh y se ven respaldados por ella.

168. Al dar muerte a hombres, mujeres, niños y niñas yazidíes, el Dáesh ha cometido los crímenes de lesa humanidad de asesinato y exterminio. Al someter a esclavitud sexual y de otra índole y golpear a mujeres y niñas yazidíes, ha cometido los crímenes de lesa humanidad de esclavitud sexual, violación, violencia sexual, esclavitud, tortura, otros actos inhumanos y privación grave de la libertad. Al obligar a los hombres y niños yazidíes a trabajar en sus proyectos, y golpeándolos si se negaban a hacerlo, ha cometido los crímenes de lesa humanidad de esclavitud, tortura y otros actos inhumanos. Esos crímenes fueron cometidos contra los yazidíes por motivos discriminatorios basados en su religión y, por lo tanto, también configuran el crimen de lesa humanidad de persecución”^b.

^a Consejo de Derechos Humanos, “‘They came to destroy’: ISIS Crimes against the Yazidis” (A/HRC/32/CRP.2).

^b ICTY, *Prosecutor v. Galić*, Sala de Primera Instancia, dictamen y sentencia, causa núm. IT-94-1-T, 7 de mayo de 1997, párrs. 704 a 710.

4. Otros delitos internacionales

Además de los “principales” delitos internacionales, a saber, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, existen otros delitos graves previstos en el derecho internacional consuetudinario, muchos de los cuales también están tipificados en tratados que imponen obligaciones más específicas en materia de prevención, represión y cooperación internacional. Esos delitos son:

- **La piratería**, es decir, “todo acto ilegal de violencia o de detención [...] cometido con un propósito personal” en alta mar por personas que estén a bordo de un buque o una aeronave privados contra personas a bordo de otro buque o aeronave privados²⁹;
- **La esclavitud**, que se basa en “ejercer los atributos del derecho de propiedad, o algunos de ellos,” sobre una persona³⁰;
- **La tortura**, que consiste en infligir intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con un fin determinado (obtener una confesión, castigar, intimidar o coaccionar, o discriminar), cuando lo haga un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas (o a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia)³¹;
- **La agresión**, es decir, el uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra otro Estado en cualquier forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas³². El autor del crimen de agresión que comparezca ante la CPI debe ser una persona que ejerza un **cargo político oficial o sea un jefe militar del Estado**, en otras palabras, una “persona que esté en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”³³. Por consiguiente, es poco probable que lo cometa un integrante de un grupo terrorista.

La esclavitud y la tortura también pueden constituir crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, o actos determinantes del delito de genocidio, si se cumplen ciertas condiciones, como se observó anteriormente.

Los delitos internacionales graves se distinguen de los “delitos transnacionales” establecidos por tratados en que los Estados también deben penalizarlos en el derecho interno, pero no crean responsabilidad individual directamente en virtud del derecho internacional consuetudinario. Son ejemplos los delitos previstos en los tratados internacionales contra el terrorismo, la delincuencia organizada transnacional, la corrupción, el *apartheid* y las desapariciones forzadas. Algunos de ellos se examinaron en el capítulo V del presente módulo.

²⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, artículo 101 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363).

³⁰ Convención sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (Convención sobre la Esclavitud), 1926, artículo 1.1 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 266, núm. 3822).

³¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura), resolución 39/46 de la Asamblea General, 1984, artículo 1.

³² Véase la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, titulada “Definición de la agresión”, anexo, artículos 1 a 3.

³³ Según el artículo 8 *bis* del Estatuto de la CPI.

B. Potestad jurisdiccional, cooperación internacional y mecanismos internacionales de rendición de cuentas

El principal medio para exigir que se rindan cuentas de los delitos internacionales es tipificar en el derecho interno, investigar y enjuiciar los delitos establecidos en los respectivos tratados y castigar a sus autores, junto con la cooperación transnacional en materia de extradición y asistencia judicial recíproca con arreglo a esos tratados, como se hace en los casos de actos de terrorismo y de delincuencia organizada (temas examinados en el capítulo V del presente módulo).

En relación con los delitos internacionales, cabe considerar otros dos elementos: el concepto de “jurisdicción universal” según el derecho internacional y la existencia de mecanismos internacionales para perseguir esos delitos.

1. Represión de los delitos internacionales a nivel nacional

La posibilidad de que un tribunal nacional pueda juzgar un acto de terrorismo que también reúna los requisitos para ser considerado un delito grave de carácter internacional depende de que el Estado en cuestión haya incorporado al derecho interno las normas de derecho internacional pertinentes y de la manera en que lo haya hecho. Los tratados que codifican esos delitos exigen que los Estados partes adopten medidas a nivel interno para reprimirlos. Esas medidas principalmente conllevan las obligaciones de:

- prevenir los delitos con diligencia³⁴;
- tipificar los delitos a nivel interno³⁵ y establecer “penas eficaces”³⁶ para castigar a los autores (o penas “adecuadas”, en las que se tenga en cuenta la gravedad de los delitos)³⁷;
- investigar los presuntos delitos y a los presuntos infractores³⁸ y detener a estos últimos cuando sea necesario enjuiciarlos o procesarlos³⁹;
- procesar a los presuntos delincuentes o extraditarlos a otro Estado que goce de jurisdicción⁴⁰;
- prestar asistencia a otros Estados partes en sus actuaciones penales⁴¹.

Jurisdicción

En el derecho internacional, la jurisdicción denota la competencia de un Estado para regular la conducta de las personas y entidades dentro de su propio territorio o en el extranjero. Hay dos clases de jurisdicción pertinentes:

³⁴ Convenios de Ginebra de 1949, artículo común 1; Convención para la Represión y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención contra el Genocidio), artículos 1 y 8, y Convención contra el Terrorismo, artículo 2.1.

³⁵ Convenios de Ginebra I a IV, artículos 49, 50, 129 y 146 respectivamente; Convención contra el Genocidio, artículo 5, y Convención contra el Terrorismo, artículo 4.

³⁶ Convenios de Ginebra I a IV, artículos 49, 50, 129 y 146 respectivamente, y Convención contra el Genocidio, artículo 5.

³⁷ Convención contra el Terrorismo, artículo 4.

³⁸ Convenios de Ginebra I a IV, artículos 49, 50, 129 y 146 respectivamente, y Convención contra el Terrorismo, artículo 6.

³⁹ Convención contra el Terrorismo, artículo 6: este requisito no está explícito en la Convención contra el Genocidio ni en los Convenios de Ginebra de 1949.

⁴⁰ Convención contra el Genocidio, artículos 4 y 7; Convenios de Ginebra I a IV, artículos 49, 50, 129 y 146 respectivamente, y Convención contra el Terrorismo, artículo 7.

⁴¹ Convención contra el Terrorismo, artículo 9: esa obligación no se menciona en la Convención contra el Genocidio ni en los Convenios de Ginebra de 1949, si bien los Estados pueden celebrar acuerdos de asistencia recíproca para establecerla por separado.

- La jurisdicción normativa, que es la facultad de dictar leyes. El derecho internacional reconoce el derecho de los Estados a dictar leyes en relación con los delitos graves cometidos: *a*) en su territorio, *b*) por sus nacionales, *c*) contra sus nacionales (pero solo en lo que respecta a delitos graves como el terrorismo) o *d*) contra la seguridad nacional. También reconoce la “jurisdicción universal” respecto de los delitos graves de carácter internacional (lo que se examina más adelante). En los tratados también se pueden enunciar otros fundamentos de la jurisdicción.
- La jurisdicción ejecutiva, que es la facultad del poder ejecutivo o judicial (“jurisdicción prescriptiva”) para hacer cumplir esas leyes (entre otras cosas, mediante la investigación penal, la detención, el enjuiciamiento, la condena, la sanción, la extradición y la asistencia recíproca). En general, la jurisdicción ejecutiva se circunscribe al propio territorio del Estado de que se trate, a menos que un Estado extranjero consienta en que otro ejerza jurisdicción en su territorio.

Jurisdicción universal

La jurisdicción universal es la competencia del Estado, en virtud del derecho internacional consuetudinario o de los tratados, para tipificar y enjuiciar los delitos internacionales, aun cuando no exista un vínculo entre el Estado y el delito (por ejemplo, cuando este se cometa en el extranjero y no afecte a sus nacionales como presuntos autores o víctimas ni a la seguridad nacional). Sin embargo, en los tratados o en el derecho interno, el ejercicio de esa jurisdicción puede depender de que el autor del delito se encuentre presente en el territorio del Estado de que se trate.

La jurisdicción universal es aplicable a delitos internacionales como la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y la tortura⁴². También puede ser aplicable, en virtud de los tratados, a delitos que no sean de carácter internacional, entre ellos los tipificados con arreglo a los tratados contra el terrorismo.

Habida cuenta de que no hay ningún tratado en vigor relativo a los crímenes de lesa humanidad (salvo el Estatuto de Roma de la CPI, que se examina más adelante), la jurisdicción universal prevista en el derecho internacional consuetudinario es un fundamento importante para la tipificación de esos crímenes a nivel nacional.

Si bien los Estados están facultados para ejercer jurisdicción universal de acuerdo con el derecho consuetudinario, algunos tratados les exigen que establezcan formalmente esa jurisdicción por medio de legislación nacional y la ejerzan conforme a derecho. La jurisdicción universal prevista en el derecho consuetudinario no conlleva las obligaciones establecidas especialmente en algunos convenios, por ejemplo, en lo que respecta al deber de “juzgar o extraditar” (que se examina más adelante), la facilitación de la extradición o la asistencia recíproca.

En los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que presentan un ejemplo de jurisdicción universal en el marco de un tratado, se requiere a los Estados partes que procesen a los presuntos

⁴² Véase *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (fallo), *I.C.J. Reports 2002*, párrs. 27, 51 y 52; Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), DIH consuetudinario, norma 157 (Jurisdicción sobre los crímenes de guerra) (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule157), y Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9ª edición (Oxford University Press, 2019), pág. 452.

autores de “infracciones graves” de los Convenios (es decir, los crímenes de guerra previstos en relación con los conflictos internacionales) “sea cual fuere su nacionalidad”⁴³ o de cualquier otro vínculo con el Estado (como con su territorio o su seguridad o con la nacionalidad de las víctimas). Cabe entender que la disposición exige que los Estados partes establezcan una jurisdicción universal⁴⁴. En la práctica, la posibilidad de procesar a una persona depende normalmente de que esta se encuentre en el territorio del Estado, salvo en el caso excepcional del juicio en rebeldía. Desde 1949, año de su aprobación, los Convenios de Ginebra han influido en el desarrollo de la jurisdicción universal prevista en el derecho internacional consuetudinario⁴⁵.

ESTUDIO MONOGRÁFICO JURISDICCIÓN UNIVERSAL CON RESPECTO A LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL DERECHO FINLANDÉS

Con arreglo a su derecho interno, Finlandia puede ejercer jurisdicción universal con respecto al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura^a. Para investigar y enjuiciar esos crímenes cometidos en el extranjero por nacionales extranjeros no es necesario que la persona sospechosa se encuentre en el territorio finlandés ni que sea residente allí. En la práctica, no obstante, la fiscalía tiene en cuenta ese elemento antes de iniciar un proceso. Si la persona sospechosa es residente permanente de Finlandia en el momento de cometer el delito o al comienzo del proceso judicial, se le trata de la misma manera que a una persona de ciudadanía finlandesa, es decir, las autoridades finlandesas ejercen jurisdicción sobre los extranjeros en relación con crímenes cometidos en el extranjero^b.

El primer caso de enjuiciamiento con arreglo a las disposiciones de la legislación finlandesa sobre la jurisdicción universal fue el iniciado contra François Bazaramba, ciudadano rwandés que llegó a Finlandia en 2003 en calidad de solicitante de asilo. Al investigar sus antecedentes, las autoridades finlandesas de inmigración encontraron su nombre en el informe de una organización no gubernamental sobre los graves delitos internacionales cometidos en Rwanda en 1994. Las autoridades finlandesas detuvieron a F. Bazaramba en abril de 2007. Rwanda solicitó su extradición, pero la solicitud fue rechazada por motivos relacionados con la preocupación de que los sospechosos de genocidio pudieran no ser juzgados con imparcialidad en ese país. Posteriormente, la Fiscalía finlandesa acusó a F. Bazaramba de genocidio y presentó contra él 15 cargos de asesinato en relación con los sucesos ocurridos en Rwanda en 1994. En julio de 2010 François Bazaramba fue declarado culpable y condenado a cadena perpetua por genocidio y asesinato^c.

Más recientemente, Finlandia procesó a dos ciudadanos iraquíes que llegaron al país en calidad de solicitantes de asilo. En relación con cargos vinculados a su presunta participación en una masacre ocurrida en 2014, los dos hermanos fueron acusados de asesinato con intención terrorista y/o crímenes de guerra agravados por el asesinato de personas protegidas en virtud de los Convenios de Ginebra. En junio de 2014, unos 1700 jóvenes, desarmados y en su mayoría reclutas iraquíes chiíes y soldados de la base militar de Camp Speicher, fueron capturados y asesinados por combatientes del Dáesh en una masacre perpetrada en Tikrit (Iraq). El Equipo de Investigaciones de las Naciones Unidas para Promover la Rendición de Cuentas por los Crímenes del Estado Islámico en el Iraq y el Levante/Dáesh (UNITAD) presentó pruebas acerca de esa masacre a las autoridades

⁴³ Convenios de Ginebra I a IV, artículos 49, 50, 129 y 146 respectivamente.

⁴⁴ CICR, Comentario de 2016 sobre el artículo 49 (Sanciones penales) del Primer Convenio de Ginebra de 1949, párrs. 2846 y 2863 a 2867.

⁴⁵ CICR, DIH consuetudinario, norma 157, y *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (fallo), *I.C.J. Reports 2002*, párr. 46.

finlandesas. Sin embargo, las acusaciones fueron desestimadas tanto por el Tribunal de Distrito como por el Tribunal de Apelaciones por considerarse que las pruebas no eran suficientes para demostrar la implicación de los imputados^d.

^a Open Society Justice Initiative (Iniciativa Pro Justicia de la Sociedad Abierta) y TRIAL International, documento informativo, “Universal Jurisdiction Law and Practice in Finland” (febrero de 2020), pág. 4 (<https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2020/03/Universal-Jurisdiction-Law-and-Practice-in-Finland.pdf>).

^b *Ibid.*, pág. 12.

^c Tribunal de Distrito de Itä-Uusimaa, comunicado de prensa, 11 de junio de 2010, sentencia en una causa penal de genocidio, *Prosecutor v. François Bazaramba* (R09/404) (www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Finland/Bazaramba_Press_Release_EN.pdf).

^d Informe de la Red Europea de Puntos de Contacto en relación con personas responsables de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (EUROJUST) titulado *Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences* (Enjuiciamiento acumulativo de combatientes terroristas extranjeros por delitos graves internacionales e infracciones relacionadas con el terrorismo) (La Haya, 2020), pág. 24 (www.eurojust.europa.eu/cumulative-prosecution-foreign-terrorist-fighters-core-international-crimes-and-terrorism-related).

Juicio y extradición

Los cuatro Convenios de Ginebra también refuerzan las perspectivas de rendición de cuentas por los crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados internacionales, ya que exigen que un Estado parte juzgue al presunto culpable o, “si lo prefiere”, lo extradite a otro Estado parte que goce de jurisdicción al respecto⁴⁶. La decisión de “juzgar o extraditar” incumbe al Estado que tiene la custodia del presunto culpable, al igual que la de elegir a qué Estado extraditar a una persona cuando se reciben varias solicitudes de extradición. La opción de juzgar no depende del rechazo de la solicitud de extradición⁴⁷ (como ocurre con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, instrumento más restrictivo que se examinó en el capítulo V del presente módulo).

La opción de juzgar no conlleva un juicio necesariamente en todos los casos, sino que más bien se trata del hecho de presentar el asunto a la fiscalía para que considere la posibilidad de enjuiciamiento, de la misma manera que en las demás causas penales. La fiscalía puede decidir no enjuiciar si considera que no hay pruebas suficientes para obtener un veredicto de culpabilidad.

Esta obligación de “juzgar o extraditar”, sumada a la jurisdicción extraterritorial prevista en los Convenios de Ginebra, garantiza que no existan lagunas en ellos en cuanto a la rendición de cuentas de los crímenes de guerra cometidos en el curso de conflictos armados internacionales. Los crímenes de guerra cometidos en el extranjero deben ser enjuiciados siempre; de lo contrario, el presunto culpable debe ser extraditado. Si se rechaza la extradición o no se recibe una solicitud en ese sentido, el Estado de detención debe procesar al o la responsable; si no desea hacerlo, deberá proceder a la extradición en caso de haber recibido una solicitud válida en ese sentido.

⁴⁶ Convenios de Ginebra I a IV, artículos 49, 50, 129 y 146 respectivamente.

⁴⁷ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar) (fallo), *I.C.J. Reports 2012*, párrs. 89 a 95 (www.icj-cij.org/en/case/144/judgments).

El hecho de que los Convenios de Ginebra no contengan disposiciones que faciliten los acuerdos de extradición entre los Estados partes implica una limitación. La posibilidad de que se logre la extradición depende de que las leyes nacionales (tanto del Estado requirente como del Estado requerido) y los tratados de extradición (si existen) la prevean. En la práctica, los crímenes de guerra (y los otros principales delitos internacionales) suelen estar previstos en los tratados de extradición celebrados entre los Estados⁴⁸.

Otra limitación es que la obligación de “juzgar o extraditar” prevista en los Convenios de Ginebra solo se aplica a los crímenes de guerra cometidos en el curso de conflictos armados internacionales. No obstante, el DIH consuetudinario exige que los Estados colaboren en los procesos por crímenes de guerra relacionados con todos los conflictos armados, incluidos los que no sean internacionales⁴⁹, lo que comprende la obligación del Estado de detención de examinar debidamente la solicitud de extradición y, en caso de denegarla, de juzgar al presunto culpable en sus propios tribunales.

La Convención contra la Tortura impone una obligación de “juzgar o extraditar”⁵⁰ de alcance análogo a la de los Convenios de Ginebra y contiene disposiciones que facilitan la extradición, que no depende de lo que puedan establecer el derecho interno y los tratados pertinentes. Esas disposiciones colman ciertas lagunas o superan ciertas restricciones que existen en las leyes nacionales o los tratados de extradición en vigor. Las disposiciones en materia de extradición establecidas en la Convención contra la Tortura se asemejan a las que figuran en la mayoría de los tratados internacionales contra el terrorismo⁵¹.

En otros aspectos, la extradición sigue estando sometida al derecho interno y a los tratados que la regulan, los cuales aún pueden poner obstáculos, entre ellos, normas que prohíban la extradición de nacionales y disposiciones relativas a la doble incriminación, la especialidad, el juicio imparcial, la prohibición de juzgar dos veces por el mismo delito (principio de *ne bis in idem*), la prohibición de la aplicación retroactiva, los principios de no discriminación y de no devolución, los intereses de la justicia y las preocupaciones humanitarias⁵².

La excepción de delito político en relación con la extradición

La excepción de “delito político” prevista en el derecho interno y en algunos tratados de extradición permite al Estado requerido rechazar una solicitud de extradición basándose en el carácter político del delito en cuestión. Tiene por objeto garantizar que el Estado requerido no se injiera en una lucha política interna del Estado requirente tomando partido por el Gobierno, y proteger el asilo político. Normalmente es aplicable a delitos como la traición, el espionaje y la sedición, pero también puede aplicarse a delitos políticos que entrañen ciertas clases de violencia.

⁴⁸ CICR, DIH consuetudinario, norma 161 (Cooperación internacional en los procesos penales) (“La práctica es uniforme, tanto en el derecho convencional como en el derecho interno, acerca del hecho de que los crímenes de guerra están sujetos a la extradición en virtud de los tratados sobre esa cuestión”) (https://ihl-data-bases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule161).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Convención contra la Tortura, artículo 7.1.

⁵¹ Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Módulo 2, *El Marco Jurídico Universal contra el Terrorismo*, Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo (Nueva York, 2017), págs. 71 y 72.

⁵² Véase UNODC, Módulo 3, *La cooperación internacional en materia penal contra el terrorismo*, Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo (Nueva York, 2012), págs. 57 a 70, y UNODC, *Manual para la cooperación internacional en asuntos penales contra el terrorismo* (Nueva York, 2009), págs. 56 a 68.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio exige a los Estados partes que no consideren el genocidio un delito “político” a efectos de la extradición (artículo 7). Con eso se reconoce que, aunque el genocidio pueda estar motivado políticamente o formar parte de una lucha política, es un crimen tan atroz que no debe quedar excluido de la extradición solo porque pueda tener un aspecto político.

No existe una disposición de esa índole en ninguno de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ni en la Convención contra la Tortura. Sin embargo, en la práctica de los Estados está ampliamente aceptado que ni los crímenes de guerra⁵³ ni otros delitos internacionales pueden ser considerados delitos políticos a efectos de rechazar una solicitud de extradición. La exclusión de la excepción de delito político como obstáculo a la extradición también es un elemento importante de los convenios, convenciones y protocolos contemporáneos de lucha contra el terrorismo⁵⁴.

REMISIÓN En el capítulo II del presente módulo se analizó el principio de no devolución, en virtud del cual los Estados no deben extraditar ni entregar de otro modo a una persona a otro país cuando existan temores fundados de que allí será perseguida o un peligro real y previsible de que sus derechos humanos resulten gravemente vulnerados.

Asistencia recíproca en asuntos penales

Ninguno de los cuatro Convenios de Ginebra exige expresamente que los Estados se presten asistencia recíproca en los procesos penales (por ejemplo, para obtener pruebas o testigos). Sin embargo, esa obligación está prevista en el Protocolo Adicional I de 1977 (artículo 88) y también se ha incorporado al derecho internacional consuetudinario en relación con los crímenes de guerra⁵⁵. En la Convención contra la Tortura se requiere que se preste esa clase de asistencia en relación con los actos de tortura⁵⁶, y los acuerdos bilaterales o multilaterales de asistencia mutua o recíproca también pueden establecer esa obligación⁵⁷.

Represión a nivel nacional relacionada con la Corte Penal Internacional

En el Estatuto de Roma de 1998 se estableció la Corte Penal Internacional (CPI), facultada para ejercer jurisdicción con respecto a los delitos internacionales. En él se dispuso que la jurisdicción de la CPI fuese “complementaria” de la jurisdicción penal nacional (artículo 1) y que la Corte solo admitiera un caso cuando un Estado no estuviese dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pudiera hacerlo realmente (artículo 17.1 a)). Si bien el Estatuto no exige a los Estados partes que tipifiquen ni enjuicien delitos internacionales a nivel interno, hacerlo así es prudente y conveniente, ya que les permite:

⁵³ Véase CICR, DIH consuetudinario, norma 161 (Cooperación internacional en los procesos penales) (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule161).

⁵⁴ Véanse el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, artículo 11, y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, artículo 14.

⁵⁵ CICR, DIH consuetudinario, norma 161 (Cooperación internacional en los procesos penales).

⁵⁶ Convención contra la Tortura, artículo 9.

⁵⁷ En el proceso de aprobación del proyecto de convención sobre cooperación internacional para investigar y enjuiciar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, parte III (artículos 16 a 32) se impondrían requisitos detallados de asistencia recíproca (véase www.gov.si/en/registries/projects/mla-initiative).

- Incorporar a su derecho interno las normas más recientes en la materia, incluso en lo relativo a: la lista y definición de los delitos graves, las causales de responsabilidad, las exenciones de responsabilidad (como la exclusión de la jurisdicción respecto de los menores de 18 años), la exclusión de la prescripción y las defensas (incluida la inadmisibilidad como tal de la obediencia debida).
- Asumir la responsabilidad primordial de enjuiciar los delitos internacionales, haciendo justicia a nivel interno, de modo que no sea necesario que la CPI ejerza su función complementaria.
- Facilitar el cumplimiento de las obligaciones especiales previstas en el Estatuto en el sentido de colaborar con la CPI en las investigaciones, la detención y el traslado de las personas sospechosas, levantar la inmunidad del Estado y ejecutar las penas.

ACTIVIDAD

Considere las siguientes preguntas en relación con el derecho interno de su país:

- *¿Ha incorporado su país al derecho penal interno los delitos internacionales aquí examinados?*
- *¿Cuáles son los criterios para ejercer jurisdicción en relación con los delitos internacionales cometidos fuera del territorio de su país (por ejemplo, jurisdicción penal extraterritorial)?*
- *¿Difieren los criterios aplicados para establecer la jurisdicción extraterritorial con respecto a los delitos internacionales de los necesarios para establecer jurisdicción penal extraterritorial con respecto a los delitos relacionados con el terrorismo? ¿En qué sentido?*

2. Represión de los delitos internacionales a nivel internacional

Además de las vías internas para hacer que se rindan cuentas por los delitos internacionales, los Estados han establecido varios mecanismos de rendición de cuentas a nivel internacional. No hay ningún tribunal internacional que ejerza jurisdicción universal para conocer de todos los delitos internacionales. Muy pocas veces se establecieron tribunales penales internacionales y su competencia se circunscribió a menudo a determinados conflictos (como los tribunales de Núremberg y Tokio, establecidos para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, o los tribunales internacionales establecidos por el Consejo de Seguridad en relación con los conflictos acaecidos en la antigua Yugoslavia y Rwanda en la década de 1990). Si bien la CPI es un organismo permanente, su competencia está restringida de diferentes maneras, como se examina a continuación.

Corte Penal Internacional

Con arreglo al Estatuto de Roma, la CPI puede ejercer competencia por razón de la materia respecto del genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y la agresión⁵⁸

⁵⁸ A partir del 17 de julio de 2018, la CPI también ejerce competencia respecto del cuarto crimen previsto en el Estatuto de Roma, a saber, el de agresión, configurado por actos de personas que estén “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”. El crimen de agresión se rige por diferentes normas procesales con respecto a la competencia de la CPI (véanse los artículos 15 bis y 15 ter).

(artículo 5) cometidos después del 1 de julio de 2002 (artículo 11), pero no para conocer de otros delitos (como el de terrorismo). Las condiciones previas indispensables para el ejercicio de la competencia de la CPI son:

- que el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado parte o de un Estado que acepte la competencia de la Corte (artículo 12, párrafo 2 *a*));
- que el acusado sea nacional de un Estado parte o de un Estado que acepte la competencia de la Corte (artículo 12, párrafo 2 *b*));
- que el Consejo de Seguridad remita una situación a la Fiscalía, independientemente de la nacionalidad de la persona acusada o del lugar del crimen (artículo 13 *b*)).

Así pues, la competencia de la CPI depende principalmente del consentimiento de los Estados partes. En circunstancias normales, la Corte no puede enjuiciar los delitos internacionales cometidos exclusivamente en el territorio de un Estado que no sea parte, a menos que el acusado sea nacional de un Estado parte o que el Consejo de Seguridad haya remitido el asunto a la Corte (facultad que está supeditada al veto de cada uno de los cinco miembros permanentes del Consejo).

La investigación y el enjuiciamiento pueden ser iniciados por un Estado parte que remita una situación a la Fiscalía de la CPI (artículos 13 *a*) y 14) o por el o la Fiscal que investigue el caso de oficio (artículos 13 *c*) y 15) a partir de información de fuentes fidedignas.

El principio de complementariedad

Incluso en los casos en que la CPI técnicamente ejerza competencia, un asunto no será admisible salvo que el Estado (con jurisdicción) que esté investigando o enjuiciando el caso “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” (artículo 17). Ese principio de “complementariedad” tiene por objeto garantizar que los sistemas nacionales de justicia penal sean los principales encargados de llevar ante la justicia a quienes cometan delitos internacionales. La CPI solo intervendrá cuando las jurisdicciones nacionales no estén en condiciones de actuar (por falta de capacidad o por la disolución del sistema de justicia del país) o no estén dispuestas a hacerlo (porque están protegiendo a un perpetrador). Otros factores pertinentes son el hecho de que haya habido un retraso injustificado en el proceso que se esté tramitando a nivel interno o de que el proceso no se diligencie de manera independiente e imparcial.

Además, un asunto puede ser declarado inadmisibile si no reviste “gravedad suficiente” como para justificar la actuación de la CPI (artículo 17, párrafo 1 *d*)), ya que la Corte no tiene los recursos ni la capacidad necesarios para perseguir todos los delitos internacionales de su competencia en todo el mundo. Como parte de su política, la Fiscalía de la CPI se dedica especialmente a los casos relacionados con los principales responsables de los delitos.

La colaboración de los Estados con la Corte Penal Internacional

La CPI depende de la colaboración de los Estados partes, y el Estatuto de Roma establece amplias obligaciones generales y especiales de cooperación y asistencia judicial en los procesos (artículos 86 a 102) y en cuanto a la ejecución de las penas (artículos 103 a 107). El Consejo de Seguridad también puede exigir a los Estados que no son parte que colaboren con la Corte.

La Fiscalía ha reforzado la importancia de las jurisdicciones nacionales en combinación con los procesos de la CPI dentro de un “sistema complementario de justicia penal”. Con ese fin, adoptó una estrategia encaminada a colaborar con los Estados que investigan y enjuician a personas que han cometido o facilitado crímenes previstos en el Estatuto de Roma o delitos graves tipificados en el derecho interno, entre ellos el de terrorismo⁵⁹. La cooperación se rige por el artículo 93 del Estatuto, que establece que esa clase de asistencia comprende, entre otras actividades, la transmisión de elementos de prueba obtenidos en el curso de una investigación llevada a cabo por la Corte o de un proceso sustanciado por esta, así como el interrogatorio de cualquier persona detenida por orden de la Corte.

A diferencia de lo que ocurre en los tribunales nacionales, donde se siguen aplicando ciertas inmunidades de Estado con respecto a los jefes de Estado y de Gobierno y demás altos funcionarios en ejercicio, el cargo oficial de una persona es improcedente ante la CPI (artículo 27). Como se examina con más detalle a continuación, la CPI también ha previsto la responsabilidad de los jefes y otros superiores (artículo 28) y restringe el alcance de cualquier defensa basada en “órdenes superiores” (artículo 33).

ANÁLISIS CAUSAS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL VINCULADAS AL TERRORISMO

Malí

En la causa de la CPI denominada *Fiscalía contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, el acusado era integrante de Ansar Dine, grupo que, de conformidad con la resolución 2083 (2012) del Consejo de Seguridad, estaba incluido en calidad de entidad terrorista en la lista establecida por el Comité del Consejo relativo a las sanciones contra el EILL (Dáesh) y Al-Qaida y personas, grupos, empresas y entidades asociadas. La causa guardaba relación con la destrucción de varios mausoleos históricos y mezquitas en Tombuctú (Malí) en 2012. La CPI halló culpable al Sr. Al Mahdi como coautor del crimen de guerra de atacar deliberadamente monumentos históricos y edificios dedicados a la religión en junio y julio de 2012 y lo condenó a nueve años de prisión.

Uganda

La causa de la CPI llamada *Fiscalía contra Dominic Ongwen* concierne a un excomandante del Ejército de Resistencia del Señor (ERS), grupo armado catalogado como entidad terrorista por Uganda y la Unión Africana^a. El Sr. Ongwen fue condenado por la Sala de Primera Instancia de la CPI por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que comprendían ataques contra los campamentos de desplazados internos, asesinatos, torturas, violencia sexual y el reclutamiento de niños soldados^b.

Afganistán

En marzo de 2020 la Sala de Apelaciones de la CPI autorizó a la Fiscalía a iniciar una investigación sobre presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en relación con el conflicto armado del Afganistán. La investigación concierne a presuntos crímenes de lesa humanidad y

⁵⁹ CPI, Oficina de la Fiscalía, “Policy Paper on Case Selection and Prioritisation”, septiembre de 2016, párr. 7 (www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf).

crímenes de guerra cometidos por miembros de los talibanes y de su filial, la Red Haqqani, grupos que figuran en la lista de organizaciones consideradas terroristas por el Consejo de Seguridad en virtud de la resolución 1988 (2001). También atañe a los presuntos crímenes de guerra de tortura y tratos crueles, atentado contra la dignidad personal, violación y otras formas de violencia sexual cometidos por las fuerzas estadounidenses contra personas detenidas en relación con el conflicto por ser sospechosas de pertenecer a los talibanes y a Al-Qaida o de colaborar con ellos.

Nigeria

Examen preliminar de la Fiscalía de la CPI sobre la situación en Nigeria en relación con los crímenes presuntamente cometidos por miembros de Boko Haram (véase el estudio monográfico en la parte A anterior).

^a Comunicado del Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana, Addis Abeba, 22 de noviembre de 2011, PSC/PR/COMM. (CCXCIX), párr. 10 (www.peaceau.org/en/article/the-peace-and-security-council-of-the-african-union-au-at-its299th-meeting-held-on-22-november-2011-adopted-the-following-decision-on-the-operationalization-of-the-au-led-regional-cooperation-initiative-against-the-lord-s-resistance-army-lra).

^b *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, fallo de 4 de febrero de 2021. En el momento de redactarse el presente texto todavía se podía recurrir la sentencia dictada.

Tribunales especiales

En ocasiones se establecieron tribunales mixtos especiales para investigar los graves delitos nacionales o internacionales cometidos en determinados conflictos, como los de Camboya, Timor Oriental, Kosovo y Sierra Leona. La comunidad internacional también intervino en el establecimiento o la facilitación de dos tribunales encargados de juzgar dos graves actos de terrorismo con arreglo al derecho interno: el “atentado de Lockerbie”, cometido con un explosivo colocado en una aeronave que se estrelló en una calle de la ciudad de Lockerbie (Escocia) en 1988, y el atentado con explosivos contra Hariri, cometido en Beirut (Líbano) en 2005.

El atentado de Lockerbie y un tribunal escocés con sede en los Países Bajos

Un primer ejemplo de la participación del Consejo de Seguridad en los procesos especiales de casos de terrorismo guarda relación con el atentado cometido contra una aeronave que sobrevolaba territorio escocés en 1988, en el que perdieron la vida 270 personas, la mayoría de ellas ciudadanos o ciudadanas de los Estados Unidos y el Reino Unido. En su resolución 731 (1992) el Consejo de Seguridad condenó la falta de cooperación de Libia para determinar la responsabilidad respecto de esos “actos terroristas”⁶⁰. En su resolución 748 (1992) el Consejo exigió a Libia que atendiera a las peticiones de Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos de que entregara a los sospechosos para juzgarlos a nivel interno⁶¹.

Aunque Libia invocó su derecho a juzgar a los sospechosos, en lugar de extraditarlos, en virtud del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971, el Consejo de Seguridad insistió en que entregase a los sospechosos, preocupado por la implicación del Estado libio en el atentado y el riesgo de que un juicio celebrado en Libia no fuera imparcial. La Corte Internacional de Justicia admitió su solicitud en un procedimiento

⁶⁰ Resolución 731 (1992) del Consejo de Seguridad, párrs. 2 y 3.

⁶¹ Resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad, párrs. 1 y 4 a 7 respectivamente.

preliminar. Tras la negociación de un acuerdo, formalizado por el Consejo de Seguridad en su resolución 1192 (1998), Libia entregó a dos sospechosos para que fueran juzgados por un tribunal escocés con sede en los Países Bajos, el cual aplicó el derecho interno y declaró culpable a uno de ellos de 270 cargos de asesinato⁶².

El atentado contra Hariri y el Tribunal Especial para el Líbano

El establecimiento del Tribunal Especial para el Líbano tuvo por objeto llevar ante la justicia a los autores de un atentado masivo perpetrado con un coche bomba en el Líbano en 2005 en el que perdieron la vida el ex primer ministro Rafik Hariri y otras 21 personas. Fue creado por el Consejo de Seguridad en 2007⁶³, después de que el parlamento libanés no ratificara un acuerdo celebrado entre las Naciones Unidas y el Líbano con objeto de establecerlo. Si bien está formado por magistrados libaneses e internacionales y tiene su sede en los Países Bajos, su competencia se limita al enjuiciamiento del delito de terrorismo con arreglo al derecho interno libanés⁶⁴, y no tiene competencia para juzgar delitos internacionales ni transnacionales. En 2020, tras celebrar un juicio en rebeldía, condenó a una persona por cometer un acto terrorista, confabulación para cometer un acto terrorista, homicidio contra 22 personas e intentos de homicidio de 226 personas que resultaron heridas⁶⁵. Tres coacusados fueron absueltos. El Tribunal sigue investigando atentados contra otros políticos libaneses.

Otros mecanismos internacionales de rendición de cuentas

Los Estados Miembros de las Naciones Unidas han establecido otros mecanismos subjudiciales para contribuir a responsabilizar a los autores de los delitos más graves previstos en el derecho internacional, mecanismos estos que abarcan la reunión y el análisis de pruebas y la preparación de expedientes de casos para facilitar posibles procesos judiciales a nivel nacional (y, tal vez, en los planos internacional o regional).

República Árabe Siria

En 2016 la Asamblea General estableció el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011 (MIII). Como su nombre lo indica, el Mecanismo tiene por objeto ayudar a investigar y juzgar los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en la República Árabe Siria⁶⁶.

El Mecanismo tiene un doble mandato: *a)* debe reunir, consolidar, preservar y analizar las pruebas obtenidas, o bien de otros agentes o bien mediante entrevistas, declaraciones de testigos, documentación y material forense⁶⁷, acerca de las infracciones del DIH y el quebrantamiento y vulneración de los derechos humanos; y *b)* debe preparar expedientes de los casos, dar a conocer

⁶² *Her Majesty's Advocate v. Abdelbaset Ali Mohamed Al Megrahi and Al Amin Khalifa Fhimah*, Tribunal Superior de Justicia en Camp Zeist (Países Bajos), causa núm. 1475/99, 31 de enero de 2001 (www.scotcourts.gov.uk/search-judgments/judgment?id=040987a6-8980-69d2-b500-ff0000d74aa7).

⁶³ Resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad.

⁶⁴ *Ibid.*, anexo, apéndice, Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, artículo 2 *a*).

⁶⁵ Tribunal Especial para el Líbano, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, fallo (STL-11-01/T/TC) (18 de agosto de 2020) (www.stl-tsl.org/en).

⁶⁶ Resolución 71/248 de la Asamblea General.

⁶⁷ Informe del Secretario General sobre la aplicación de la resolución por la que se estableció el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011 (MIII) (A/71/755, anexo).

información y facilitar los procesos penales contra los principales presuntos culpables (aun cuando sean funcionarios del Estado) en los tribunales nacionales, regionales o internacionales que tengan competencia respecto de esos delitos o puedan tenerla en el futuro⁶⁸.

Iraq

El Equipo de Investigaciones de las Naciones Unidas para Promover la Rendición de Cuentas por los Crímenes del Estado Islámico en el Iraq y el Levante/Dáesh (UNITAD) fue creado, a solicitud del Iraq, por el Consejo de Seguridad en virtud de su resolución 2379 (2017) con objeto de prestar apoyo a las autoridades iraquíes para obligar al EIIL (Dáesh) a rendir cuentas de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio⁶⁹. El UNITAD actúa en colaboración y consulta con el Iraq⁷⁰. Al igual que el MIII, se dedica a investigar especialmente a los principales responsables de las atrocidades cometidas por el EIIL (Dáesh), entre ellos, las personas que ordenaron esos crímenes. Sus funciones son:

- reunir una amplia variedad de pruebas documentales y testimoniales obtenidas de las autoridades iraquíes, los Gobiernos de otros países, grupos de víctimas y de testigos, la sociedad civil y organizaciones internacionales y regionales;
- recopilar y analizar el material probatorio;
- realizar investigaciones sobre el terreno para obtener pruebas físicas, forenses y testimoniales;
- conservar y archivar las pruebas;
- elaborar expedientes en apoyo de los procesos judiciales sustanciados en el Iraq y en otros Estados Miembros⁷¹. Por ejemplo, en Finlandia el UNITAD facilitó el enjuiciamiento por crímenes de guerra de dos personas acusadas de participar en la masacre de “Camp Speicher” perpetrada por el EIIL en el Iraq en 2014⁷², en la que fueron asesinados 1.700 prisioneros militares.

Jurisdicción y enjuiciamiento a nivel regional

Las organizaciones regionales aún no han establecido ningún tribunal penal. En un tratado de la Unión Africana de 2014 que aún no ha entrado en vigor se propone investir de “jurisdicción penal internacional” a un tribunal regional reformado de la Unión Africana⁷³. El Tribunal tendría competencia para juzgar delitos transnacionales e internacionales, incluido el de terrorismo. La definición del delito de terrorismo (artículo 28 G) está inspirada en la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo de 1999⁷⁴. Se propone que los casos puedan ser remitidos al Tribunal por los Estados partes de África, la Asamblea de la Unión Africana, su Parlamento, su Consejo de Paz y Seguridad y otros

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ En respuesta al llamamiento del Iraq de asistencia internacional para garantizar que los miembros del EIIL (Dáesh) rindieran cuentas de los crímenes cometidos en el Iraq; véase el documento S/2017/710, anexo.

⁷⁰ Primer informe del Asesor Especial y Jefe del Equipo de Investigaciones de las Naciones Unidas para Promover la Rendición de Cuentas por los Crímenes del Estado Islámico en el Iraq y el Levante/Dáesh (S/2018/1031, párrs. 8 a 17).

⁷¹ *Ibid.*, párr. 30.

⁷² Décimo informe del Secretario General sobre la amenaza que plantea el EIIL (Dáesh) para la paz y la seguridad internacionales (S/2020/95, párr. 70).

⁷³ Protocolo de 2014 de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, anexo (<https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>).

⁷⁴ Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo de 1999 (aprobada el 14 de julio de 1999, que entró en vigor el 6 de diciembre de 2002) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2219, núm. 179).

órganos autorizados, la Fiscalía y particulares u organizaciones no gubernamentales africanos acreditados (artículos 15 y 16).

C. Consideraciones estratégicas y prácticas para el enjuiciamiento de los delitos internacionales perpetrados por integrantes de grupos terroristas

Los delitos internacionales y los delitos de terrorismo, especialmente cuando se cometen en el contexto de un conflicto armado o de una violencia generalizada, pueden compartir ciertas características que hacen sumamente complejo investigarlos y enjuiciarlos. Es esencial prestar atención a estos problemas comunes para facilitar el enjuiciamiento de ciertas conductas en calidad de delitos internacionales o de delitos de terrorismo. Esas características son las siguientes:

- Los delitos graves pueden ser cometidos por muchas personas, organizadas en entidades estructuradas, y detrás de los autores directos de los actos de violencia puede haber un aparato de líderes militares o políticos, organizadores, financiadores, reclutadores, ayudantes e instigadores. Una estrategia de investigación y enjuiciamiento que solo lleve ante la justicia a los implicados directamente en determinados atentados no bastará para administrar justicia ni como factor disuasivo.
- La gravedad de los delitos no solo se desprende de los actos determinantes, sino también de los elementos contextuales, como el hecho de formar parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil en el caso de los crímenes de lesa humanidad, el vínculo con el conflicto armado en el caso de los crímenes de guerra, la intención especial de destruir a un grupo en el caso del genocidio, o el propósito de intimidar a una población o de coaccionar a un Gobierno o a una organización internacional en el caso del terrorismo.
- Suele haber un número considerable de víctimas que pueden necesitar asistencia, apoyo y justicia, entre ellas personas especialmente vulnerables como las víctimas de violencia sexual y las víctimas menores de edad.
- Las pruebas de los delitos y de la implicación de determinados autores pueden encontrarse en zonas de conflicto o en jurisdicciones extranjeras, razón por la cual los encargados de la investigación criminal pueden tener dificultades para conseguirlas.
- Las investigaciones y los procesos pueden ser prolongados y costosos, crear inseguridad respecto de la jurisprudencia y exigir conocimientos y recursos especializados.
- Los delitos cometidos pueden estar vinculados a conflictos políticos, étnicos o religiosos intercomunitarios de larga data o a otras condiciones estructurales que favorecen la violencia, todo lo cual exige encontrar soluciones políticas y medios de reconciliación, además de administrar justicia.

A continuación, se examinan varias cuestiones jurídicas y prácticas —vinculadas a esas características comunes de los delitos internacionales y los delitos de terrorismo— que los investigadores, fiscales, jueces y encargados de formular la política de justicia penal deben tener en cuenta para responder a las situaciones en que los delitos cometidos por terroristas también pueden

constituir los principales delitos internacionales. Entre esas cuestiones figuran algunas de las ventajas o desventajas de sopesar diferentes tipos de cargos.

1. Delitos internacionales como “crímenes del sistema”

Los delitos internacionales, en particular el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, se diferencian de muchos delitos ordinarios en que, por lo general, son de tal envergadura que exigen cierto grado de organización o un sistema para perpetrarlos. “Los crímenes del sistema [...] se caracterizan en general por una división del trabajo entre planificadores y ejecutores, así como por unos esquemas en materia de estructura y ejecución que tienden a dificultar la determinación de relaciones entre esos dos niveles. [...] Los crímenes suelen afectar a un gran número de víctimas, con lo que estos aspectos de escala y contexto hacen que las investigaciones sean más difíciles desde el punto de vista logístico”⁷⁵.

En algunos contextos, los delitos realizados por integrantes de grupos terroristas, sobre todo cuando el grupo domina un territorio y a una población, o cuando los delitos se cometen en el contexto de un conflicto armado o como parte de una política institucional encaminada a atacar a determinado grupo, también comparten las características de los “crímenes del sistema”. En esos casos, es importante que los países enfoquen las investigaciones y los procesos aplicando un criterio estratégico en el que se tengan en cuenta las características de esa clase de criminalidad.

En los tratados contra el terrorismo se parte de la base de que la mayoría de los actos de terrorismo no son cometidos por personas a título individual actuando por su propia cuenta, sino por grupos de personas que desempeñan diferentes funciones. Por lo tanto, se exige a los Estados Miembros que garanticen que no solo los autores inmediatos de los actos de terrorismo sean llevados ante la justicia, sino que también lo sea todo aquel que “organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito”, “participe como cómplice” o “contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más delitos [...] por un grupo de personas que actúe con un propósito común”⁷⁶. Además, la financiación del terrorismo es un tipo particular de apoyo preparatorio que está especialmente tipificado como delito, aun cuando no se realice realmente un acto terrorista. Algunos de los tratados más recientes también establecen la responsabilidad de las personas jurídicas (empresas u organizaciones no gubernamentales), además de las personas físicas.

2. Procesos judiciales centrados en los principales responsables y “causales de responsabilidad” respecto de los delitos internacionales

Estrategia de enjuiciamiento

Para responder a la naturaleza de los crímenes del sistema es importante perseguir a los principales responsables, no solo a sus subordinados. Los autores de los delitos internacionales y de actos de terrorismo suelen intentar justificar sus crímenes con argumentos ideológicos. Por lo

⁷⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de enjuiciamiento* (Nueva York y Ginebra, 2006), pág. 13 (<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf>).

⁷⁶ Véase el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, artículo 2, párrafo 3 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2149, núm. 37517).

tanto, podría decirse que los objetivos de perseguir esos delitos deberían ser más amplios que el de castigar a los autores materiales. Los esfuerzos por condenar y prevenir los delitos internacionales serán más efectivos si también se obliga a rendir cuentas a quienes hayan formulado las políticas y estrategias que desembocaron en esos crímenes⁷⁷. Sin embargo, algunas veces puede ser difícil obtener suficientes pruebas para demostrar la responsabilidad de los altos mandos, y hacerlo puede exigir esfuerzos considerables.

Las estrategias de enjuiciamiento de los tribunales nacionales pueden diferir de las aplicadas por los tribunales internacionales. Si bien los primeros pueden tratar de hacer rendir cuentas al mayor número posible de autores, la CPI se concentra en los principales responsables⁷⁸, ya que, como le es imposible perseguir todos los delitos internacionales, es mejor que emplee sus limitados recursos para castigar y disuadir a aquellos en quienes recaiga el mayor grado de responsabilidad.

Causales de responsabilidad

En el derecho penal internacional, las normas relativas a las llamadas “causales de responsabilidad” son un instrumento importante para garantizar que una amplia variedad de personas, más allá de los autores de menor rango, puedan ser responsabilizadas de los delitos internacionales, particularmente aquellas que ocupan posiciones de mando o algún otro cargo superior.

Si bien en ese ámbito del derecho hay diferencias entre la CPI, las cortes y tribunales internacionales especiales y el derecho internacional consuetudinario, conviene ilustrar algunos conceptos fundamentales sobre la base del Estatuto de Roma, en que se reconocen dos causales de responsabilidad penal, a saber, la responsabilidad individual directa y la responsabilidad de los jefes y otros superiores.

Según el artículo 25, párrafo 3 *a*), del Estatuto de la CPI, una persona puede ser considerada directamente responsable como autor principal. Esta forma de responsabilidad puede imputarse no solo a quienes ejecuten materialmente un crimen a título individual, o junto con otra persona, sino también a quienes decidan que ese crimen se cometa y la forma de hacerlo, a pesar de no participar físicamente en el acto.

Puede imputarse responsabilidad accesoria a quienes ordenen o propongan que se cometa un crimen o induzcan a alguien a realizarlo (artículo 25, párrafo 3 *b*)), a quienes faciliten el acto, sean cómplices o encubridores o colaboren de algún modo en la comisión (artículo 25, párrafo 3 *c*)) o a quienes contribuyan intencionalmente de algún otro modo en la comisión de un crimen por un grupo de personas que actúen con una finalidad común (artículo 25, párrafo 3 *d*)).

Los superiores militares o civiles también pueden ser considerados penalmente responsables por no prevenir o no castigar los crímenes cometidos por sus subordinados, aplicando la doctrina de la responsabilidad del jefe o superior. En el artículo 28 del Estatuto de Roma se distingue entre la responsabilidad de: *a*) los jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, y *b*) los titulares de cargos superiores que no estén comprendidos en *a*), que podrían ser líderes civiles. A diferencia de la responsabilidad individual directa, la responsabilidad del jefe o del

⁷⁷ ACNUDH, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de enjuiciamiento* (2006), pág. 8 (www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf).

⁷⁸ CPI, Regulations of the Office of the Prosecutor, artículo 34, párrafo 1 (ICC-BD/05-01-09).

superior se desprende de la que incumbe a todo superior por el hecho de ejercer poderes de control sobre sus subordinados⁷⁹.

La responsabilidad del jefe o superior vincula al líder a los crímenes cometidos por los miembros del grupo sin necesidad de probar la participación directa o personal del líder en los crímenes ni en su planificación⁸⁰. Un jefe militar puede ser penalmente responsable si sabía, o debería haber sabido, que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer delitos internacionales, pero no tomó “todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para impedirlos o reprimirlos”⁸¹. Este criterio es más amplio que el de otras causales de responsabilidad penal, como las aplicables a los delitos de terrorismo en el ámbito interno. También puede constituir un medio para tener en cuenta los diversos grados de culpabilidad dentro de una misma cadena jerárquica o de mando⁸². Los subordinados no suelen verse eximidos de responsabilidad penal por sus propios crímenes, aunque hayan actuado en cumplimiento de órdenes de sus superiores⁸³.

En el caso de los grupos terroristas, para imputar responsabilidad como jefe habrá que basarse en los hechos del caso en cuestión. Dependerá de que el grupo cuente con una cadena de mando a través de la cual sus líderes puedan ejercer el tipo de autoridad necesario sobre sus integrantes⁸⁴. La posibilidad de aplicarla en los procesos judiciales nacionales también dependerá de que se haya incorporado al derecho interno, como han hecho muchos Estados en su legislación penal y sus manuales militares.

3. Reunión estratégica y exhaustiva de pruebas para demostrar todos los elementos de los delitos internacionales

Los investigadores y fiscales que traten de probar esos crímenes deben ser conscientes de la necesidad de reunir pruebas para establecer, fuera de toda duda razonable:

- el acto determinante, por ejemplo, el asesinato, la tortura y la violación;
- los elementos contextuales de un crimen de guerra, de un crimen de lesa humanidad o de un acto de genocidio (indicados en la parte A);
- la causal de responsabilidad;
- los elementos de intencionalidad (incluidos los de premeditación especial).

Con respecto a los sospechosos de más alto nivel, es esencial reunir pruebas que puedan ayudar a establecer la responsabilidad de quienes hayan ordenado o dirigido esos actos, o que hayan tolerado y no hayan impedido los crímenes cometidos por sus subordinados. Esto puede abarcar la obtención de información que indique la existencia de una cadena jerárquica o de mando, de procedimientos de presentación de información o de comunicaciones que indiquen subordinación dentro de un grupo o pruebas del poder que ejerza la persona sospechosa para dar órdenes y hacer que se cumplan.

⁷⁹ Véase CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, párr. 172 (www.icc-cpi.int/car/bemba).

⁸⁰ Mettraux, Guénaël, *The Law of Command Responsibility* (Oxford University Press, 2009), pág. 117.

⁸¹ Estatuto de Roma, artículo 28 a) ii); el criterio aplicable a los superiores civiles es algo menos estricto (Estatuto de Roma, artículo 28 b)).

⁸² Estatuto de Roma, artículo 28 b).

⁸³ *Ibid.*, artículo 33.

⁸⁴ Mettraux, Guénaël, *The Law of Command Responsibility*, págs. 114 y 115.

ACTIVIDAD

El grupo armado X, designado terrorista por el Gobierno del país Azul, está envuelto en un conflicto armado de carácter guerrillero con el ejército de ese país en la región pobre montañosa del sur.

Hace tres meses, elementos del grupo X entraron en una aldea de esa región, capturaron a 30 aldeanos y los sometieron a una ejecución sumaria. Tras esta, el líder del grupo hizo una declaración en las redes sociales en la que afirmaba que los asesinatos eran el castigo merecido por la colaboración de la aldea con el ejército.

Posteriormente, el líder fue capturado en un escondite remoto, donde, al parecer, había estado oculto durante al menos un año.

La jefa de la Fiscalía del país Azul se propone responsabilizar a esa persona del asesinato de los 30 aldeanos y solicita al lector que la asesore acerca de los elementos que necesitaría la fiscalía para probar la responsabilidad del líder del grupo por los asesinatos con arreglo a *a)* el derecho penal internacional, *b)* los instrumentos relativos a los delitos de terrorismo y *c)* el derecho penal general.

Supongamos que el país Azul ha incorporado en su derecho interno los crímenes y las causales de responsabilidad enunciados en el Estatuto de Roma, y que los delitos de terrorismo tipificados en el país Azul y demás leyes penales son los mismos que en el país del lector.

4. Utilización como prueba de la información recogida por las fuerzas armadas

Para poder enjuiciar con éxito los delitos cometidos por integrantes de grupos terroristas, incluidos los de carácter internacional, se hace cada vez más necesario reunir, procesar, preservar y compartir información, de conformidad con las normas pertinentes de derecho nacional e internacional, en entornos difíciles de conflicto o posteriores. En algunos casos poco comunes en que los funcionarios civiles encargados de la aplicación de la ley no pueden investigar los delitos relacionados con el terrorismo por haber un conflicto activo, el personal militar de primera línea, a título excepcional, puede realizar tareas asignadas convencionalmente a las fuerzas del orden, como la obtención de fuentes de información que puedan tener valor probatorio cuando se utilicen más adelante para las investigaciones y los juicios.

La posibilidad de reunir pruebas puede surgir, por ejemplo, cuando el ejército sea el primero en acudir al escenario de un atentado terrorista, ya sea en el curso de una misión militar destinada a recoger inteligencia o de un patrullaje normal. Puede necesitarse personal militar para proteger e investigar un lugar, embolsar y etiquetar material o entrevistar a personas que puedan tener conocimiento del atentado. El hecho de no reunir ni compartir el material y la información debidamente, respetando el estado de derecho y los derechos humanos, puede comprometer las investigaciones y los procesos penales posteriores, ya que el valor probatorio de esos elementos puede resultar contaminado o neutralizado antes de que los funcionarios civiles de justicia penal puedan llegar al lugar de los hechos (si es que lo pueden hacer en algún momento).

En las Directrices para facilitar el uso y la admisibilidad como prueba en los tribunales penales nacionales de la información reunida, tratada, preservada y compartida por los militares para el enjuiciamiento de delitos de terrorismo, se formulan las siguientes recomendaciones:

- El personal militar debe estar autorizado por ley de manera inequívoca a nivel interno para reunir, tratar, preservar y dar a conocer información que posteriormente pueda ser pertinente para la investigación y el juicio.
- El personal militar debe respetar el derecho internacional —lo que abarca el principio de soberanía, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario— al recoger información que pueda utilizarse como prueba en los tribunales.
- La cooperación y la coordinación interinstitucionales entre las fuerzas militares y, por otro lado, las civiles de seguridad y la fiscalía es fundamental para facilitar las tareas de reunir, individualizar, preservar e intercambiar información que pueda utilizarse como prueba admisible en los tribunales.
- Los Estados deberían proporcionar formación práctica al personal militar que se ocupa de reunir, individualizar, procesar, preservar y dar a conocer información, especialmente en lo concerniente a las entrevistas de carácter delicado que se hagan a las víctimas y los testigos, con objeto de mostrar sensibilidad ante la situación especial de las mujeres y de los niños y niñas y evitar que resulten doblemente victimizados.
- La captura y detención de las personas sospechosas deben llevarse a cabo respetando el estado de derecho, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Eso abarca la prohibición de la tortura y demás tratos inhumanos y degradantes (la información obtenida por esos métodos sería, en cualquier caso, inadmisibles en los procesos penales), así como las obligaciones de garantizar unas condiciones de detención adecuadas y el acceso a asesoramiento letrado.
- Es preciso elaborar procedimientos operativos estándar para orientar al personal militar con respecto a todos los procedimientos relacionados con la reunión, la preservación y el intercambio de diferentes tipos de fuentes de información, lo que abarca, entre otras cosas, el material digital y los datos biométricos.
- El personal militar debe determinar, en colaboración con las fuerzas del orden, la mejor manera de respetar los principios de la cadena de custodia en el proceso de reunir, individualizar, procesar, preservar y dar a conocer las fuentes de información que puedan utilizarse posteriormente como pruebas.

5. Enjuiciamiento de los actos de violencia sexual y de género perpetrados por grupos terroristas

Como ha subrayado el Consejo de Seguridad, “los actos de violencia sexual y de género en los conflictos pueden formar parte de los objetivos estratégicos y la ideología de ciertas partes en los conflictos armados, incluidos grupos armados no estatales, designadas como grupos terroristas, y ser empleados como táctica por ellos...”⁸⁵. En varios informes de las Naciones Unidas se ha establecido que este tipo de violencia es perpetrado por grupos terroristas, como el EIIL (Dáesh), Boko Haram, Al-Shabaab, Ansar Dine, Al-Qaida en el Magreb Islámico y el Frente Al-Nusra⁸⁶.

⁸⁵ Resolución 2467 (2019) del Consejo de Seguridad, párr. 28.

⁸⁶ Véanse los informes del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos S/2015/203, S/2016/361/Rev.1, S/2017/249 y S/2018/250.

Las formas más atroces de violencia sexual y de género documentadas abarcan la violación y otras formas de agresión sexual contra mujeres y niñas, y también contra hombres y niños; el matrimonio forzado, incluido el matrimonio infantil forzado; la esclavitud sexual; el embarazo forzado, y el aborto forzado. Las mujeres también han sido víctimas de asesinatos por motivos de género, han sido objeto de violencia por no aceptar los roles de género discriminatorios y han sido coaccionadas para actuar como escudos humanos o para detonar explosivos. En algunos contextos, esta conducta está vinculada a la trata de personas que llevan a cabo algunos grupos terroristas, lo que se examinó en el capítulo V del presente módulo en relación con la delincuencia organizada transnacional⁸⁷.

La violencia sexual y la violencia de género ejercidas por miembros de grupos terroristas pueden constituir crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o actos de genocidio. De hecho, como en la mayoría de las leyes antiterroristas no se tipifican como delitos la violencia sexual ni la violencia de género, para hacer rendir cuentas a los autores tal vez sería mejor perseguir esos delitos como delitos internacionales. En su informe de 2017 sobre las mujeres y la paz y la seguridad, el Secretario General hizo un llamamiento a los sistemas nacionales de justicia para que investigaran y enjuiciaran esos crímenes:

“Además, en el enjuiciamiento de miembros de grupos terroristas y extremistas violentos se debe considerar el componente de género de los delitos y todo el cuerpo del derecho penal, en particular los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, y no se debe limitar solo a los delitos de terrorismo”⁸⁸.

La violencia sexual y de género como genocidio

En la definición de genocidio del artículo II de la Convención sobre el Genocidio se mencionan elementos como imponer medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de un grupo, lo que, según la interpretación del Tribunal Penal Internacional para Rwanda en la causa *Fiscalía contra Akayesu*, engloba la mutilación sexual, la esterilización, el control forzado de la natalidad, la separación de los sexos y la prohibición del matrimonio⁸⁹. En esa ocasión el Tribunal reconoció que la violación y la violencia sexual configuraban actos de genocidio.

Como se indicó en la parte A, la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria concluyó que los delitos sexuales y de género figuraban entre los actos determinantes del genocidio cometido por el EIIL (Dáesh) contra los yazidíes.

La violencia sexual y de género como crimen de guerra

Según el artículo 8 del Estatuto de Roma, los delitos sexuales y de género que constituyen actos determinantes de los crímenes de guerra comprenden la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otras formas de violencia sexual que dan lugar a infracciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

⁸⁷ Véanse las resoluciones del Consejo de Seguridad 2195 (2014), 2331 (2016) y 2388 (2017).

⁸⁸ S/2017/861, párr. 61.

⁸⁹ Véase ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Sala de Primera Instancia, causa núm. ICTR-96-4-T, T. Ch. I., fallo de 2 de septiembre de 1998, párr. 507.

La violencia sexual y de género como crimen de lesa humanidad

Por otra parte, según el Estatuto de Roma, los delitos sexuales y de género que constituyen actos determinantes de los crímenes de lesa humanidad comprenden la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada, así como cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable (artículo 7, párrafo 1 g)). Otras formas de crímenes de lesa humanidad que pueden perpetrarse recurriendo a la violencia sexual o por motivos de género son el asesinato (artículo 7, párrafo 1 a)), la tortura (artículo 7, párrafo 1 f)), la persecución (artículo 7, párrafo 1 h)), otros actos inhumanos (artículo 7, párrafo 1 k)), la esclavitud (artículo 7, párrafo 1 c)) y la encarcelación (artículo 7, párrafo 1 e)). La Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria consideró que los delitos sexuales y de género fueron actos determinantes de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el EIIL (Dáesh) contra los yazidíes (examinados en la parte A.3).

ACTIVIDAD ENJUICIAMIENTO DE DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL Y DE GÉNERO COMETIDOS POR INTEGRANTES DE GRUPOS TERRORISTAS

Según información proporcionada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

“Desde 2009, Boko Haram ha sometido a mujeres y niñas a formas de abuso generalizadas y graves, incluidos la esclavitud y la violencia sexuales, y matrimonios, embarazos y conversiones forzados. El grupo justifica estas prácticas por su concepción de la función de las mujeres y las niñas en la sociedad. En un mensaje de vídeo en el que el grupo se adjudicó el secuestro de las niñas de Chibok [...], Shekau declaró que ‘Dios me indicó que las vendiera, que son su propiedad, y yo voy a llevar a cabo sus instrucciones’. En otro mensaje, calificó a las niñas secuestradas de ‘botín de guerra’”^a.

Análisis:

- *¿De qué delitos se podría acusar a un integrante de Boko Haram implicado en los actos de violencia sexual y de género mencionados anteriormente según la legislación del país del lector (suponiendo que se cumplan los requisitos jurisdiccionales)?*
- *¿Cuáles serían las posibles ventajas y desventajas de encausar a una persona sospechosa acusándola de delitos internacionales, de delitos de terrorismo o de delitos comunes como el secuestro y la violación?*

Nota: estas cuestiones se analizan más exhaustivamente en UNODC, *Manual sobre las dimensiones de género de las respuestas de la justicia penal al terrorismo* (2019).

^a Véase el documento A/HRC/30/67, párr. 38.

6. Determinación de los cargos y acumulación procesal con respecto a los delitos de terrorismo y los delitos internacionales

Cuando se sospecha que una persona ha cometido tanto delitos de terrorismo como delitos internacionales, y estos últimos están tipificados como tales en el derecho interno, el Ministerio Público puede acusarla o bien de delitos de terrorismo, o bien de delitos internacionales, o de ambos, acumulando los cargos.

Para adoptar esa decisión deberá tener en cuenta:

- Las pruebas de que dispone para demostrar los elementos de un delito en particular, es decir, si se pueden probar los elementos contextuales de los delitos internacionales, como la existencia de un conflicto armado, o de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil en el caso de los crímenes de lesa humanidad. Asimismo, los elementos contextuales de ciertos delitos de terrorismo (como la intención concreta de intimidar a una población o de coaccionar a un Gobierno o una organización internacional) pueden plantear sus propios problemas probatorios y jurídicos.
- Las definiciones relativamente claras aceptadas internacionalmente de los delitos internacionales y de los delitos previstos en los instrumentos antiterroristas, así como la claridad de la jurisprudencia correspondiente, en comparación con las definiciones divergentes o ambiguas de otros delitos de terrorismo tipificados en el derecho interno y la posible inseguridad jurídica de su interpretación.
- La importancia de reconocer —tanto de modo simbólico como en la práctica (mediante sanciones más severas)— toda la gravedad de los delitos cometidos y del daño causado a las víctimas. Al respecto, si bien algunos delitos relacionados con el terrorismo, como la pertenencia a un grupo terrorista, el apoyo a uno de esos grupos o los viajes con fines terroristas, pueden ser más fáciles de probar, también pueden carecer de la gravedad de las acusaciones de asesinato o de violación como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad. Y lo que es más importante, en ellos tal vez no se refleje de manera adecuada el daño infligido a las víctimas y a la comunidad nacional e internacional, lo que impediría denunciar y estigmatizar adecuadamente la conducta o reivindicar los derechos de las víctimas.
- El mayor alcance de ciertas “causales de responsabilidad” previstas en el derecho penal internacional (especialmente la doctrina de la responsabilidad de mando y la inadmisibilidad de una defensa basada en la obediencia debida), en el sentido de responsabilizar a los sospechosos de alto nivel de los delitos cometidos por sus subordinados. Al mismo tiempo, los cargos de terrorismo pueden ofrecer sus propias ventajas porque conllevan la posibilidad de imputar una responsabilidad preparatoria más amplia (por ejemplo, respecto de la financiación, los viajes o el apoyo vinculados al terrorismo, o de los diversos delitos relacionados con organizaciones terroristas).
- Los recursos específicos de que pueden disponer las víctimas frente a los delitos internacionales o al terrorismo, entre ellos, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación (incluida la indemnización), así como los objetivos colectivos más amplios de no repetición y reconciliación, los cuales, entre otras cosas, entrañan mecanismos y procesos de justicia de transición.
- Toda ventaja o limitación jurisdiccional que traigan consigo los diferentes delitos, teniendo en cuenta que los internacionales son objeto de jurisdicción universal, en tanto que la jurisdicción puede estar más restringida en el caso de los delitos de terrorismo (ya sea en virtud de los tratados antiterroristas o del derecho interno).
- Las posibles diferencias entre las herramientas de colaboración internacional disponibles en asuntos penales, dependiendo de que se presenten cargos de terrorismo o de delitos internacionales, especialmente en lo que respecta al intercambio de información, la cooperación de las fuerzas del orden, la asistencia recíproca y la extradición.

- El principio de *ne bis in idem*, que limita la posibilidad de que la persona acusada sea juzgada más de una vez por cargos relacionados con los mismos actos, si bien esto por lo general no será óbice para la acumulación procesal, ya que los delitos internacionales y los delitos de terrorismo suelen tener elementos distintos.
- La compatibilidad de los cargos formulados por delitos de terrorismo, según las circunstancias del caso, con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.
- Toda repercusión comparativa entre una y otra opción en lo concerniente a los recursos y la experiencia necesarios para enjuiciar determinados delitos.

En caso de ser posible, la acumulación de cargos de terrorismo y de delitos internacionales puede ofrecer ventajas considerables, como se observó en un estudio relativo al encausamiento de combatientes terroristas extranjeros en algunos países europeos:

“Algunos Estados miembros de la Unión Europea ya han demostrado que se pueden acumular cargos penales y llevar ante la justicia a combatientes terroristas extranjeros acusándolos de ambos conjuntos de actos delictivos: los principales delitos internacionales y los delitos relacionados con el terrorismo. El enjuiciamiento de los delitos de terrorismo en combinación con crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio u otros actos delictivos trae consigo numerosas ventajas y garantiza la plena responsabilidad penal de los autores, más justicia para las víctimas y sanciones más severas. Además, los principales delitos internacionales no prescriben, es decir, sus autores podrían ser considerados responsables de esos crímenes en el futuro durante decenios”⁹⁰.

La causa *Abdelkarim El-B.* (véase el estudio monográfico en la parte A anterior) ilustra las ventajas de la acumulación procesal. En esa causa la fiscalía alemana presentó cargos de un delito relacionado con el terrorismo, un crimen de guerra y un delito relacionado con la posesión ilícita de armas.

Tanto si se opta por la acumulación procesal como si se prefiere una sola categoría de delitos, los Estados Miembros deben establecer mecanismos para asegurar una estrecha colaboración entre los investigadores y fiscales especializados en casos de terrorismo y los especializados en derecho penal internacional.

⁹⁰ Red Europea de Puntos de Contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (EUROJUST), Cumulative prosecution of foreign terrorist fighters for core international crimes and terrorism-related offences (Enjuiciamiento acumulativo de combatientes terroristas extranjeros por delitos graves e infracciones relacionadas con el terrorismo) (2020), pág. 5 (www.eurojust.europa.eu/cumulative-prosecution-foreign-terrorist-fighters-core-international-crimes-and-terrorism-related).

MATERIAL DE CONSULTA

ACNUDH, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de enjuiciamiento* (Nueva York y Ginebra, 2006) (www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf).

Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (DECT), *Guidelines to facilitate the use and admissibility as evidence in national criminal courts of information collected, handled, preserved and shared by the military to prosecute terrorist offences* (“Military Evidence Guidelines”) (Directrices para facilitar el uso y la admisibilidad como prueba en los tribunales penales nacionales de la información reunida, tratada, preservada y compartida por los militares para el enjuiciamiento de delitos de terrorismo) (2019) (www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2020/01/Battlefield_Evidence_Final.pdf).

UNODC, *Manual sobre las dimensiones de género de las respuestas de la justicia penal al terrorismo* (Viena, 2019) (www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/GENDER/19-01531_S_ebook.pdf).

Foro Mundial contra el Terrorismo (FMCT), *Abuja Recommendations on the Collection, Use and Sharing of Evidence for Purposes of Criminal Prosecution of Terrorist Suspects* (www.thegctf.org/Portals/1/Documents/Framework%20Documents/2018/GCTF-Abuja-Recommendations_ENG.pdf?ver=2018-09-21-122246-523&tamp=1580219129062).

International Protocol on the Documentation and Investigation of Sexual Violence in Conflict (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/598335/International_Protocol_2017_2nd_Edition.pdf).

Red Europea de Puntos de Contacto en relación con personas responsables de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (Red sobre el Genocidio) y Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (EUROJUST), *Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-Related Offences* (Enjuiciamiento acumulativo de combatientes terroristas extranjeros por delitos graves e infracciones relacionadas con el terrorismo), mayo de 2020 (www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Partners/Genocide/2020-05_Report-on-cumulative-prosecution-of-FTFs_EN.PDF).

Preguntas de autoevaluación

1. Enumere los dos elementos del delito de genocidio.
2. ¿Cuáles son los elementos del crimen de guerra que consiste en aterrorizar a la población civil? ¿Qué distingue a este delito de los relacionados con el terrorismo?
3. Nombre los elementos de los crímenes de lesa humanidad.
4. Explique la jurisdicción universal establecida en los Convenios de Ginebra de 1949 en relación con los crímenes de guerra.
5. Describa los requisitos necesarios para que la Corte Penal Internacional pueda conocer de los delitos cometidos por integrantes de grupos terroristas.

6. ¿En qué medida el concepto de “crímenes del sistema” es pertinente para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por integrantes de grupos terroristas?
7. Describa la diferencia entre la responsabilidad imputable por ordenar que se cometa un crimen, mencionada en el artículo 25 del Estatuto de Roma de la CPI, y la responsabilidad de los superiores militares o civiles, mencionada en el artículo 28 del Estatuto.
8. Enumere tres recomendaciones relacionadas con el papel del personal militar en lo que concierne a la obtención de pruebas de delitos internacionales y delitos de terrorismo.
9. ¿Por qué es tan importante el derecho penal internacional para poder responsabilizar a los integrantes de los grupos terroristas de delitos de violencia sexual y de género?
10. Indique tres ventajas de la acumulación procesal de cargos de terrorismo y de delitos internacionales.



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org