

Los combatientes extranjeros terroristas y la expansión de la legislación terrorista en el terreno del Derecho internacional humanitario

*Prof. Dr. John A. E. Vervaele**

Resumen: Los combatientes extranjeros no son los típicos participantes en lo que consideramos conflictos armados tradicionales, ya se han convertido en terroristas. Además, su estatus, privilegios y la responsabilidad penal varían conforme a la aplicación de la legislación, tanto así que los tribunales llamados a aplicar el Derecho penal internacional en los ámbitos mundial y local empiezan a buscar soluciones para subsumir estos hechos en las categorías recogidas en el Derecho internacional humanitario y en el mismo Derecho penal internacional.

Palabras claves: Combatientes extranjeros, conflicto armado, terrorismo, legislación.

Abstract: Foreign fighters are not the typical participants in what we consider traditional armed conflicts, they have already become terrorists. In addition, their status, privileges and criminal responsibility vary according to the application of legislation, so much so that courts called to apply international criminal law in the world and local areas begin to seek solutions to subsume these facts in the categories included in international humanitarian law and international criminal law itself.

Keywords: Foreign fighters, armed conflict, terrorism, legislation.

* Traducción de Miriam Ruiz Arias, Becaria de la Universidad de Salamanca; una versión preliminar fue publicada en A. Pérez Cepeda, *El Terrorismo en la Actualidad: Un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, 2018. El autor es Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho de Utrecht (Países Bajos) y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, París. Correo: J.A.E.Vervaele@uu.nl.

Análisis del problema

El término de combatientes extranjeros se emplea con cada vez más frecuencia para hacer referencia a personas con nacionalidad extranjera que combaten en conflictos de todo tipo (De Guttry, Capone, & Paulussen, 2016). La participación de estas personas en conflictos armados puede tomar diferentes formas, desde mercenarios que buscan su beneficio personal, combatientes que luchan por la libertad —como las Brigadas Internacionales que lucharon contra Franco en la Guerra Civil Española en los años 30 del siglo pasado— hasta milicias religiosas cuyo último objetivo es contribuir a la creación de un califato o unirse a la yihad (Engelhardt, 2014). Ser un combatiente extranjero como tal no constituye un delito de acuerdo al marco legal existente. No es un término específico del Derecho Penal Internacional y tampoco se incluye en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ni en ninguna de las normas que regulan otros tribunales penales internacionales (Heinsch, 2016, pp. 161-186). Participar en un conflicto extranjero no está prohibido como tal bajo el Derecho Internacional Humanitario (DIH) (Sommaro, 2016, pp. 141-160); sin embargo, cuando esas personas participan como mercenarios no quedan amparados bajo el DIH con la condición o el estatus de combatientes o prisioneros de guerra en un conflicto armado internacional. Estas personas, en cambio, pueden ser responsables penalmente bajo el Derecho Penal del país al que pertenecen por su participación en un conflicto armado en el extranjero. Hasta hace poco «combatientes extranjeros» no era tampoco un término propio de la ley contra el terrorismo.

La calificación legal de su estatus depende en gran medida de su conducta y no de sus opiniones o creencias. Esto último significa que es fundamental señalar las diferencias entre combatientes reconocidos bajo el DIH que han luchado en un conflicto armado y aquellos que únicamente están aterrorizando a la población civil o sembrando el terror mediante violaciones, esclavización y prostitución obligada o aquellos que están destruyendo de manera ilegal el patrimonio cultural. No obstante, en el primer caso referido es necesario realizar una distinción entre aquellos que se adhieren al *ius in bellum* y

aquellos otros que emplean armas de una forma extremadamente inhumana y brutal, de modo que violan el DIH cometiendo crímenes de guerra además de crímenes contra la humanidad e incluso el crimen de genocidio. Por último, también se puede diferenciar entre el estatus de dichos combatientes tomando en cuenta si el conflicto armado es internacional o no lo es. En los actuales conflictos en Siria e Irak ha quedado claro que los combatientes extranjeros pueden cometer crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad e incluso el crimen de genocidio, pero también pueden cometer delitos de terrorismo y, por tanto, convertirse en combatientes terroristas extranjeros. Se plantean mayores dificultades, en cambio, cuando a estos combatientes se les considera como combatientes legales y deben ser excluidos de cualquier proceso penal o cuando se les considera penalmente responsables y es necesario averiguar bajo qué delitos se les debe juzgar (crímenes internacionales o terrorismo) y bajo qué jurisdicción pueden ser juzgados.

Tradicionalmente, la especialidad del Derecho Internacional que regía en un conflicto armado (*ius ad bellum*, Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 sobre el comportamiento en la lucha armada) y el DIH (*ius in bellum*, recuérdense los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 referentes a la Protección de Persona Civiles en tiempos de Guerra cuando expresamente disponen, en su Artículo 33, que todas las acciones terroristas están prohibidas; de forma similar, se pueden observar los Protocolos Adicionales I y II a las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y referentes a la Protección de Víctimas de Conflictos Armados Internacionales y No Internacionales de 8 de junio de 1977), el Derecho Internacional Penal (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y agresión) y los Convenios Internacionales que se empleaban para luchar contra el terrorismo eran relativamente autónomos. Existía una clara diferenciación entre una actuación en tiempos de paz y en tiempos de Guerra además de una clara separación entre un conflicto armado entre Estados y la ejecución de acciones violentas por actores no estatales. Las jurisdicciones nacionales no se encontraban con ninguna dificultad para determinar la jurisdicción y la ley aplicable cuando se daba una guerra legal, crímenes de guerra o delincuencia común como

los delitos de homicidio o terrorismo. En cualquier caso, la legislación sobre lucha contra el terrorismo tenía que regirse por los estándares constitucionales nacionales y por la normativa internacional y regional de derechos humanos. En tiempos de guerra la legislación para luchar contra el terrorismo se tuvo que aplicar en conformidad con el *ius ad bellum* y el *ius in bellum*. Como los conceptos de legislación para luchar contra el terrorismo y el conflicto armado nunca se consideraron excluyentes, los Convenios Internacionales también se ocuparon de recoger cualquier solapamiento entre los mismos, por ejemplo, la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (1979) contiene en su artículo 12 la exclusión total de su aplicación en supuestos de conflicto armado:

Siempre que los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra o los Protocolos adicionales a esos Convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los Estados Partes en la presente Convención estén obligados en virtud de esos convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes, la presente Convención no se aplicará a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados tal como están definidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos, en particular los conflictos armados mencionados en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I de 1977, en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

En las últimas décadas los elementos que permitían diferenciar entre la aplicación del DIH y la de la legislación de lucha contra el terrorismo se han difuminado por múltiples razones, dando lugar tanto a conflictos de jurisdicción a nivel nacional además de entre los tribunales penales internacionales y los tribunales nacionales, como al solapamiento de la legislación aplicable. Esto puede conducir a una mayor criminalización o a la impunidad (Paulussen, 2012a; Paulussen, 2012b). Además, existen diversas razones para este mayor solapamiento y para los conflictos entre el DIH y la legislación de lucha contra el terrorismo que están relacionadas tanto con las dinámicas propias del

ámbito propio del conflicto armado y el DIH como con la dinámica perteneciente a la legislación antiterrorista.

Análisis del mayor solapamiento y del conflicto de la ley y la jurisdicción

Las dinámicas en el ámbito del conflicto armado y el DIH. En primer lugar, la definición de conflicto armado que históricamente se ha dado en el Derecho Internacional Público se ha ampliado más allá de los conflictos armados internacionales (Fleck, 1995) entre Estados hasta entenderse, hoy en día, como conflictos armados no internacionales entre actores que también incluyen actores no estatales tales como rebeldes y la oposición militar. El Artículo 2, que es común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I amplían la definición de conflicto armado internacional para incluir aquellos conflictos armados en los que los pueblos luchan contra el dominio colonial, ocupación externa o regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación como pueblo (guerras de liberación nacional).

El último tipo de conflicto armado referido está prolongando los enfrentamientos armados entre las fuerzas armadas gubernamentales y los efectivos de uno o más grupos armados o bien entre los grupos armados que se forman en el territorio de un Estado que logran alcanzar un nivel mínimo de intensidad y en el cual las partes envueltas en el conflicto muestran un mínimo de organización. A lo largo del planeta podemos observar un aumento profundo de los conflictos en los que entidades no estatales están involucradas en una «función de combate continua». En ese tipo de situación pueden ser cometidos crímenes de guerra además de crímenes internacionales fundamentales. El hecho de que los civiles puedan ser un objetivo directo de una fuerza militar se puede considerar como un crimen internacional que cualquiera debe sancionar. Esto significa que las «fuerzas armadas» como actores pueden quedar comprendidas por entidades no estatales que podrían ser definidas también como organizaciones terroristas, como por ejemplo ISIS o Al Qaeda. En la

actualidad tanto el DIH como el Derecho Penal Internacional regulan los actos de terrorismo llevados a cabo durante un conflicto armado (Cassese, 2006, p. 943).

En segundo lugar, la importancia de la existencia de un conflicto armado en el territorio de uno de los Estados Parte ha perdido su relevancia debido a que las cuatro Convenciones de Ginebra han sido ratificadas universalmente y cualquier conflicto armado entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados o entre tales grupos no puede darse en el territorio de uno de los Estados Parte de la Convención. *A sensu contrario*, la actividad beligerante de las fuerzas armadas solamente se reconoce como conflicto armado ante el Derecho Internacional cuando existe un cierto grado de intensidad en las hostilidades (esto depende del número de acciones llevadas a cabo, el número de participantes y el número de víctimas) en una determinada área de un territorio controlado y cuando las partes tienen cierto grado de organización. Esto significa que el ámbito territorial del conflicto ya no es tan relevante para accionar la jurisdicción, sino que para establecer si se puede aplicar la definición de conflicto armado y para evaluar qué actuaciones están conectadas con ello y cuáles no. En el caso Kunarac la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia destacó que: «El estado de conflicto armado no está limitado a las áreas donde se están produciendo operaciones militares de combate, sino que existe a lo largo de todo el territorio bajo el control de las partes beligerantes» (Prosecutor v. Kunarac et al, 12 de junio de 2002; Prosecutor v. Blaskić, 3 de marzo de 2000).

En tercer lugar, el concepto de conflicto armado está por sí mismo sufriendo un gran cambio (Henckaerts & Doswald-Beck, 2010; Pictet, 1987; Pictet, 1994), por ejemplo, los grupos armados emplean medios digitales como la piratería informática y el debilitamiento de la ciberseguridad como herramienta militar. Como las fuerzas armadas gubernamentales intervienen en los conflictos armados locales, tal y como ocurre en Siria, los actores no estatales también trasladan su actividad beligerante al territorio de las fuerzas aliadas de su enemigo. Al mismo tiempo, ellos entrenan y emplean a los ciudadanos de las fuerzas aliadas de sus enemigos para cometer ataques violentos

en los territorios de aquellas fuerzas aliadas y/o emplean a estos ciudadanos como combatientes extranjeros en el lugar del conflicto. Esto implica que el vínculo entre el conflicto armado y la dirección por las fuerzas armadas puede ser trasladado con mayor frecuencia de lo que ocurría anteriormente y que un conflicto armado interno puede tener una conexión mundial.

Las dinámicas en la legislación de lucha contra el terrorismo. Tal y como se ha señalado anteriormente, las dinámicas no están limitadas al DIH y al Derecho penal internacional, también hay un número de razones referidas a las dinámicas propias de la lucha contra el terrorismo. En primer lugar, tanto en Derecho internacional público como en el sistema penal nacional la legislación de lucha contra el terrorismo ha aumentado de manera sustantiva. La narrativa de lucha antiterrorista ha cambiado completamente en referencia a las personas y organizaciones que simulan actuar en nombre del Islam y/o son de origen árabe y que aluden a su deber de luchar contra sus enemigos como parte de su yihad (el término yihad hace referencia al deber de los musulmanes de mantener y expandir el Islam como creencia; esto, por supuesto, se ha de distinguir de la conocida como Yihad violenta). Después de la Primavera Árabe, el crecimiento de los conflictos violentos en Irak, Afganistán, Siria y Yemen y, especialmente, el éxodo de árabes jóvenes y conversos a zonas de conflicto ha provocado que la comunidad internacional este cada vez más centrada en las políticas antiterroristas. Las amenazas creadas por los talibanes, el ISIS, el Frente Al Nusra y otros agentes han justificado una respuesta penal más amplia. Los ataques violentos en nombre de la Yihad indudablemente no solo se han llevado a cabo en territorios de conflicto como Siria, Irak, Yemen, Libia y Afganistán, sino que también a escala global e internacional. Organizaciones como el ISIS han convertido como su seña de identidad la internacionalización, globalización y digitalización de su guerra santa. Es más, ellos lo han unido con la creación de su propio territorio y de una estructura estatal (el califato del ISIS); los ataques terroristas en Francia, Bélgica, Alemania y Turquía son las formas más recientes y visibles de esta divulgación. Con el objetivo de combatir el terrorismo e investigar además de sancionar a los responsables, la comunidad internacional y los legisladores nacionales

han aumentado considerablemente sus actuaciones legislativas y operativas. A pesar de la falta de unanimidad en la comunidad internacional sobre el rol del Derecho penal en combatir el terrorismo, no hay lugar a dudas sobre la clara expansión del Derecho penal en todas y cada una de las 19 Convenciones Internacionales de NN.UU. y en las Resoluciones del Consejo de Seguridad. Todos estos textos legales no solamente obligan a la criminalización de conductas violentas y peligrosas sino que también, cada vez más, obligan a la criminalización de actos preparatorios y anticipatorios que suponen un peligro abstracto o concreto, como por ejemplo ciertos actos de enaltecimiento o financiación del terrorismo; la Convención Internacional para la supresión de la financiación del Terrorismo, de 1999, es un buen ejemplo.

En segundo lugar, dada la globalización y digitalización de la actividad terrorista y de la interacción entre las zonas de conflicto y el terrorismo, la legislación terrorista ha aumentado hasta recoger actuaciones que se cometen en los territorios donde ocurren conflictos armados. El resultado de este cambio legislativo es un cada vez mayor solapamiento entre tipos de legislaciones, lo cual significa que la misma conducta, como por ejemplo, la propagación del terror entre la población civil en los conflictos armados, puede subsumirse en diferentes ramas del ordenamiento internacional, como por ejemplo, el Derecho de guerra, en los principales crímenes internacionales (crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad) y en el delito de terrorismo. La Resolución 2178, que fue aprobada por unanimidad por el Consejo de Seguridad de NN.UU. en 2014, basada en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas es un buen ejemplo de esto último indicado, dado que se relaciona de manera explícita con el terror creado por los combatientes terroristas extranjeros (ECTC, 2 diciembre de 2016), principalmente, con aquellos que viajan a un Estado diferente al de su nacionalidad o residencia legal con la finalidad de cometer, planear, preparar actos terroristas o participar en los mismos o facilitar o recibir entrenamiento con la finalidad de cometer delitos de terrorismo en conexión con conflictos armados. El fenómeno de combatientes que viajan al extranjero para luchar junto con un grupo armado no estatal en el territorio de otro Estado es un perfecto ejemplo que ilustra el solapamiento entre la

legislación de lucha contra el terrorismo y la normas de conflicto armado/DIH. Si ellos participan en el conflicto armado tanto el DIH como la ley de lucha contra el terrorismo se pueden aplicar. Esta aplicación, sin embargo, no está exenta de dificultades dado que los principios básicos son diferentes como lo son las normas jurisdiccionales, los elementos principales de la conducta ilegal, las penas, las normas procedimentales y las excepcionales inmunidades. En un conflicto armado matar puede ser legal y los combatientes pueden ser protegidos bajo la inmunidad de no ser perseguidos ni ser responsables penalmente. Debido a este privilegio, el asesinato se convierte en una matanza legal bajo el *ius in bellum*. Lo que claramente es un acto terrorista en tiempos de paz puede ser legal en tiempos de Guerra o ser un crimen de guerra o una violación penal del DIH en tiempos de guerra. Para implementar la Resolución 2178 en Europa, la respuesta fue doble. Por un lado, en 2015 el Consejo de Europa adoptó el Protocolo Adicional de Riga de la Convención de Varsovia de 2005 (STCE n° 217, aunque el Protocolo este firmado por numerosos Estados todavía no ha entrado en vigor por la falta de suficientes ratificaciones) añadiendo nuevos delitos, especialmente los relacionados con los combatientes terroristas extranjeros y su entrenamiento pasivo, sus viajes a lugares de conflicto y la financiación y apoyo logístico para estos viajes.

La segunda iniciativa europea es incluso más reciente y proviene de la UE y es reflejo de la ola de crueles ataques en Francia y Bélgica. Se trata de la Directiva 2017/541 que sustituye a la Decisión Marco 2002 y su enmienda de 2008. En el considerando sexto de esta Propuesta de Directiva se hace referencia a que los delitos vinculados al terrorismo son extremadamente graves pues conducen a la comisión de delitos de terrorismo y permiten a los terroristas además de a los grupos terroristas continuar efectuando sus actividades criminales, lo que justifica la criminalización de tales conductas. El fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros se ha convertido en el tema central de regulación de la nueva intervención penal puesto que no solamente se trata de viajes con fines terroristas (incluyendo la finalidad de recibir entrenamiento) sino que también se recogen otros comportamientos como la financiación, organización y el asesoramiento para dicho viaje, incluyendo el apoyo

logístico y material, el alojamiento, medios de transporte, servicios, bienes y mercadería. Algunos Estados miembros incluso quieren superar estos límites y tipificar penalmente el mero hecho de viajar a lugares de conflicto.

En tercer lugar, las remisiones en el DIH y en la legislación de lucha contra el terrorismo son bastante limitadas y no abordan el creciente solapamiento y el desdibujamiento de las diferencias conceptuales. En realidad, la legislación contra el terrorismo toma la iniciativa e intenta superar las limitaciones impuestas por el DIH. El actual texto de la Directiva únicamente contiene, por ejemplo, una declaración en los considerandos que no es posteriormente desarrollada:

La presente Directiva no debe suponer la modificación de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados miembros en virtud del Derecho internacional y, más concretamente, del Derecho internacional humanitario. La presente Directiva no rige las actividades de las fuerzas armadas en períodos de conflicto armado, en el sentido dado a estas expresiones por el Derecho internacional humanitario, que se rijan por dicho Derecho, y las actividades del Ejército de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales, cuando se rijan por otras normas de Derecho internacional.

Como resultado en la legislación nacional y en la práctica judicial existe un claro problema de solapamiento en la jurisdicción y en la ley aplicables, por lo que también existe un problema de seguridad y certeza jurídicas. El terrorismo hoy en día no solamente es un delito recogido en Convenios Internacionales (bajo Convenios de NN.UU. y regionales) sino que, además, se puede calificar bajo estrictas condiciones como crimen de Guerra (bajo las jurisdicciones penales nacionales e internacionales), lo cual significa que es cometido por fuerzas armadas en un conflicto armado, pero que también se comete como crimen contra la humanidad que no siempre se tiene por qué llevar a cabo en un conflicto armado. El terrorismo puede, por tanto, ser directamente punible bajo el Derecho Penal Internacional. El terrorismo también se puede considerar como delito bajo el Derecho Internacional consuetudinario, pero no hay acuerdo unánime en la *opinio juris* (Cassese, 2016, p. 945) sobre este punto.

Respecto al terrorismo en tiempos de Guerra el Derecho internacional público toma una postura clara. El artículo 33(1) de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949 prohíbe todas las medidas terroristas dirigidas contra los civiles. Los dos Protocolos Adicionales también especifican la prohibición general de la comisión del delito de terrorismo (Artículo 51(2) del Protocolo I y Artículo 13(2) del Protocolo II). A pesar de estas prohibiciones, no es ofrecida una clara diferenciación entre el Derecho penal internacional y el terrorismo. Así, por ejemplo, la financiación de combatientes terroristas extranjeros puede ser enjuiciada como delito de terrorismo si está dirigida a financiar actos terroristas que se han llevado a cabo o que se han planeado en un país extranjero donde se está produciendo un conflicto armado, si estas actuaciones terroristas van dirigidas contra personas que no participan activamente en enfrentamientos armados. *A contrario sensu*, la financiación de grupos con la única finalidad de atacar a las fuerzas armadas enemigas en el país extranjero involucrado podría ser legal. Con este último ejemplo se puede deducir la complejidad a la que tiene que hacer frente cualquier jurisdicción nacional para decidir sobre el nexo entre la financiación y los concretos actos en un conflicto armado. Cada una de las jurisdicciones emplea sus propios criterios y la falta de un planteamiento homogéneo también pone en riesgo el fundamento del DIH y las inmunidades relacionadas, como la inmunidad del combatiente, lo cual es una medida disociatoria que excluye el enjuiciamiento penal de los crímenes de guerra o los delitos de terrorismo si se considera a los combatientes como fuerzas armadas en un conflicto armado tal y como vienen definidas en el Derecho Internacional Público. Para poder alegar estar al amparo de esta inmunidad que es equivalente a la de las fuerzas armadas, los actores no estatales deben tener una clara cadena de mando y una organización y estructura, ellos deben estar involucrados en una continua función de combatir y deben ser capaces de aplicar el *ius in bellum* y sancionar las infracciones. Asimismo, ellos deben participar en un conflicto armado de cierta hostilidad en el cual las partes están organizadas y estructuradas además de tener como objetivo la obtención del control militar sobre cierto territorio. Si los combatientes extranjeros pertenecen a grupos organizados y a unidades que están bajo un mando específico que es finalmente el responsable de la

conducta de sus subordinados y sus grupos participan en el conflicto armado en el campo de batalla, la cuestión que surge al respecto es si los combatientes extranjeros terroristas, como miembros de las fuerzas armadas que participan en un conflicto armado, pueden ampararse en su inmunidad como combatientes (Mallison & Mallison, 1978, p. 10) para evitar el enjuiciamiento penal por el delito de terrorismo y si no deben ser enjuiciados en caso de guerra ilegal o si ellos deben ser enjuiciados por crímenes de guerra en casos de guerra ilegal o violaciones del DIH (Werle, 2005; Cassese, 2003; Cassese & Gaeta, 2013).

El terror que se infringe a la población civil en un conflicto armado es un caso especial que muestra una excepción al hecho de que el terrorismo como tal no está definido y no constituye un delito bajo el Derecho de los tratados internacionales. Como los actos de terror quedan regulados por el DIH, la mayoría de convenios internacionales contra el terrorismo no se pueden supuestamente aplicar en tiempos de conflicto armado, aunque el planteamiento sea irregular y continúe siendo controvertido (Duffy, 2015, p. 43). El borrador del Convenio General sobre Terrorismo de NN.UU. (negociaciones comenzaron en el año 2000 y se paralizaron en 2015) únicamente excluye de su ámbito de aplicación aquellas actuaciones llevadas a cabo por las fuerzas armadas de un Estado durante el conflicto dejando, de ese modo, únicamente como sujetos perseguibles por terrorismo a aquellas partes no estatales cuyas actuaciones pueden respetar el DIH. *A sensu contrario*, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de NN.UU., que data de 1999, tipifica las actuaciones en conflictos armados como delitos de terrorismo y otorga la definición más nítida de terrorismo de NN.UU. para lograr dicha finalidad en el artículo 2(1):

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:
 - a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Sin embargo, el Convenio no hace referencia a la inmunidad de los «luchadores por la libertad» o la inmunidad del combatiente y tampoco la formula en relación con el DI, por lo que resulta en una confusión mayor en cuanto al conflicto de las normas (Duffy, 2015, p. 44). Después del análisis de los motivos para el surgimiento de un creciente conflicto normativo y de la superposición entre el Derecho penal internacional y la legislación de lucha contra el terrorismo, es momento de observar la práctica judicial y de evaluar cómo afronta este problema y cuáles son las soluciones propuestas.

La jurisprudencia y una muestra de la cuestión en estudio

Los Tigres de Liberación del Eelam Tamil (LTTE). El grupo de Los Tigres de Liberación del Eelam Tamil (LTTE por sus siglas en inglés) se vio implicado en un «conflicto armado interno» en Sri Lanka dentro del marco del Derecho internacional. El objetivo del LTTE era la independencia parcial o total del grupo étnico de los tamiles; del mismo modo, el LTTE tenía su propia área y población sobre los cuales ejercía un control efectivo además de tener sus propias tropas y un sistema judicial y fiscal. De hecho, posee todos los atributos de un Estado independiente, sujeto al reconocimiento internacional pertinente. Este grupo desde territorio holandés, estaba involucrado en la financiación y el reclutamiento para llevar a cabo actividad armada en el conflicto ya señalado. Los dirigentes y colaboradores del LTTE fueron procesados en los Países Bajos por vulnerar tanto el derecho penal internacional (crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad tal y como venían tipificados en la Ley de Delitos Internacionales holandesa), por cargos de terrorismo bajo la Ley contra el Terrorismo holandesa, como por vulnerar la Ley de Sanciones holandesa (esta norma enumera el listado de organizaciones terroristas bajo el

Reglamento europeo 2580/2001). En particular, ellos fueron acusados de llamar a empuñar las armas y/o de participar en el servicio militar y/o el empleo de menores de edad, en concreto, menores de 15 años, para participar activamente en enfrentamientos durante el conflicto armado no internacional que se dio en el territorio de Sri Lanka. El tribunal en primera instancia declaró (ECLI:NL:RBSGR:2011:BT88290) que para aquellas conductas relativas a un conflicto armado no internacional no podría plantearse ninguna cuestión sobre la participación en una organización cuyo objetivo fuese cometer delitos de terrorismo. Perseguir a estos sujetos para establecer su responsabilidad penal podría conducir a negar sus derechos bajo las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Segundo. Para aquellas actuaciones cometidas fuera de un conflicto armado, como por ejemplo, el reclutamiento de niños soldado, que es un crimen contra la humanidad, sin embargo, no existe ninguna incompatibilidad con el DIH, por lo que un enjuiciamiento penal es legal y viable.

El LTTE también pretendió derogar el Reglamento europeo que constituyó el origen de dichas medidas. En su sentencia de 16 de octubre de 2014 (*Liberation Tigers of Tamil Eelam vs. Consejo de la Unión Europea*) el Tribunal General de la Unión Europea tuvo que evaluar la compatibilidad de la inclusión en listas negras como organización terrorista en la UE del LTTE bajo el Reglamento 2580/2001 en referencia al DIH. La defensa del LTTE argumentó que el Reglamento no es aplicable a situaciones de conflicto armado pues dichos conflictos, por tanto los actos cometidos durante los mismos, solo pueden estar regulados por el DIH. Para el LTTE, el figurar en una lista de organizaciones terroristas y el correspondiente embargo de sus cuentas constituyó una interferencia por una tercera parte en un conflicto armado, lo cual es contrario al principio de no interferencia bajo el DIH. En un sentido contrario a lo afirmado por el LTTE, la aplicabilidad del DIH en una situación de conflicto armado y en referencia a actos cometidos en dicho contexto no supone que la legislación contra el terrorismo no se aplique en dichos casos. Esto es cierto tanto en las disposiciones de Derecho Europeo aplicadas en este caso, en concreto la Posición Común 2001/931 y el Reglamento 2580/2001, como en la legislación internacional invocada por el LTTE. El tribunal su-

brayó que el Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra expresamente recoge, en su artículo 33, que todas las acciones de terrorismo quedan prohibidas. De modo similar, los Protocolos Adicionales I y II al Convenio de Ginebra, que buscan asegurar una mayor protección a este tipo de víctimas civiles, señalan que los actos de terrorismo quedan prohibidos en todo momento y en cualquier lugar (Artículo 4(2) del Protocolo Adicional II) y que aquellos actos o amenazas de violencia cuyo objetivo principal sea propagar el terror entre la población civil también quedan prohibidos (Artículo 51(2) del Protocolo Adicional I y Artículo 13(2) del Protocolo Adicional II). Según el parecer del tribunal, de acuerdo a las consideraciones precedentes, la comisión de actos terroristas por los participantes en un conflicto armado queda expresamente recogida y sancionada por el DIH. Es más, la existencia de un conflicto armado en el marco del DIH no parece excluir, en caso de que se cometa un atentado terrorista bajo el pretexto de dicho conflicto, la aplicación de las disposiciones de dicho Derecho humanitario por las violaciones del Derecho de guerra ni la aplicación de las disposiciones del Derecho internacional referidas al terrorismo. Por último, el Tribunal hace referencia *expressis verbis* al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo que expresamente regula la comisión de atentados terroristas en la situación de conflicto armado en el marco del Derecho Internacional. Al respecto, el artículo 2(1)(b) considera delito «cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo». Este convenio internacional confirma el hecho de que, incluso en un conflicto armado en el marco del DIH, pueden cometerse ataques terroristas que deben dar lugar a responsabilidad penal por delitos de terrorismo y no solamente como crímenes de guerra. Aquellos ataques incluyen todo aquel atentado dirigido a causar la muerte o lesiones corporales graves.

El tribunal de apelaciones (ECLI:NL:GHDHA:2015:1082) en los procesos holandeses argumentó motivos similares a los del Tribunal de Justicia de la UE y también, refiriéndose al arbitraje de la decisión Galić del órgano de apelación del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (véase el análisis contenido en el apartado cuarto), revocó la sentencia de primera instancia. El tribunal de apelaciones consideró que esta finalidad terrorista era ilegal en el conflicto armado que se analizaba porque no existía una conexión directa con operaciones militares y también debido a que las acciones no se dirigían a otros combatientes. Igualmente, los atentados terroristas que se dirigían contra la población civil eran contrarios al DIH, por tanto, eran sancionables bajo el derecho nacional.

El caso Sharia4Belgium. En Bélgica, 45 personas sospechosas fueron enjuiciadas por participar en o dirigir una organización terrorista, por enaltecimiento del terrorismo o por amenazar con la comisión de actos terroristas. La mayoría de estos sujetos también se desplazaron hasta Siria para unirse a Jabhat Al-Nusra y a Majlis Shura Al-Mujahidin. En la primera instancia del procedimiento penal celebrado en Amberes en febrero del 2015, los acusados alegaron que no podían ser enjuiciados y condenados por delitos de terrorismo porque el artículo 141 bis del Código Penal belga explícitamente excluye estas acciones de su ámbito de aplicación. El artículo 141bis indica que los delitos de terrorismo no se aplican a las actuaciones llevadas a cabo por las fuerzas armadas durante un conflicto armado tal y como viene definido y regulado en el DIH y tampoco se aplican a las actuaciones realizadas por las fuerzas armadas de un Estado en el cumplimiento de sus obligaciones oficiales en la medida en que están reguladas por otras disposiciones del DIH (Venet, 2010, pp. 169-172). El texto oficial en francés exactamente señala:

Le présent titre ne s'applique pas aux activités des forces armées en période de conflit armé, STLs que définis et régis par le droit international humanitaire, ni aux activités menées par les forces armées d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles, pour autant qu'elles soient régies par d'autres règles de droit international.

A la vista de lo indicado, se puede plantear si los acusados que se habían unido a asociaciones como Jabhat Al-Nusra y Majlis Shura Al-Mujahidin en Siria debían ser considerados como miembros de las fuerzas armadas bajo el DIH. Las respuestas deben fundamentarse en el DIH aplicable, especialmente los cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1949 y 1977, tomando en consideración que el Primer Protocolo únicamente es aplicable a los conflictos armados internacionales y que el Segundo Protocolo únicamente rige a los conflictos armados internos. Sin embargo, Siria no es un Estado parte del Segundo Protocolo.

Algunos de los sospechosos alegaron que su actuación en Bélgica estaba estrechamente ligada con su actuación en Siria y que ella formaba parte de un conflicto armado interno en el sentido en que se entiende en el DIH. Todas estas razones debían impedir la aplicación del artículo 141 bis del Código Penal belga. Es más, ellos continuaron aduciendo que con motivo de la imposible aplicación del Segundo Protocolo, determinada conducta podía ser considerada como crimen de guerra para el cual el tribunal penal de Bélgica no era competente. El tribunal destacó que las partes aceptaron la existencia de un conflicto armado interno en Siria y siguió argumentando que, en cambio, grupos como Jabhat Al Nusra y Majlis Shura Al Mujahadin son movimientos externos de Al-Queda que se han activado en Siria y están compuestos por combatientes extranjeros y no por internos. El Tribunal prosiguió señalando que en Bélgica no existe ningún conflicto armado interno. De acuerdo al artículo 3, que es común a todos los Convenios de Ginebra de 1949, también se puede aplicar el concepto de conflicto interno a aquellas situaciones en las que dos o más grupos contendientes luchan entre ellos. Para que un conflicto se califique como «conflicto armado» es necesaria la aplicación de determinados criterios, por ejemplo, que exista una estructura de control y organización, considerar la intensidad del conflicto y también la duración del mismo. Los grupos beligerantes deben actuar como milicias privadas bajo control militar de modo que tengan la capacidad y estén preparadas para aplicar el DIH. Además, estas milicias deben ser reconocidas como tal por la disponibilidad de su armamento y por sus símbolos además de tener que respetar la ley de la guerra.

El tribunal, en primer lugar, cuestionó que los combatientes relacionados con *Jahbat Al-Nusra* y *Majlis Shura Al Mujahadin* pudieran ser considerados sujetos beligerantes en el sentido del DIH. Finalmente, estableció que los sospechosos en el caso de terrorismo que fueron enjuiciados de acuerdo al artículo 141bis del Código Penal belga no podían invocar la exclusión de este artículo por encontrarse en situación de sujetos beligerantes bajo el DIH porque ellos no pertenecían a grupos que tuviesen una estructura de organización y control evidente. En segundo lugar, el tribunal señaló que los grupos *Jahbat Al-Nusra* y *Majlis Shura Al Mujahadin* además de los miembros que los componían no podían ni tenían la intención de cumplir el DIH, por lo que, no podían alegar estar bajo su aplicación.

En la apelación, los abogados que se encargaban de la defensa legal de F. Belkacem y M. El Youssef de nuevo fundamentaron sus alegaciones en la cláusula de exclusión del artículo 141 bis. El tribunal rechazó el motivo en virtud del cual las actuaciones llevadas a cabo por los miembros de *Sharia-4Belgium* en Bélgica entraban dentro del ámbito de aplicación del DIH porque Bélgica es un país en el que no hay conflicto armado. Para las actuaciones que se llevaron a cabo en Siria, el tribunal evaluó el concepto de conflicto armado bajo el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 así como la interpretación relevante llevada a cabo sobre el mismo. Para ello, el tribunal se refirió a los casos *Tadi* y *Haradinaj* del Tribunal Penal Internacional de la Antigua Yugoslavia y al artículo 8(2) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, además de considerar la duración e intensidad del conflicto junto con la estructura de control de los sujetos beligerantes. Una estructura de mando se entiende como una cadena de mando, la existencia de procedimientos disciplinarios, oficinas centrales, control central sobre el territorio y sobre las armas y materiales, así como, la capacidad de comunicarse como una organización. El tribunal tampoco estaba convencido de que grupos como *Majlis Shura Al Mujahidin* y *Jahbat Al-Nusra* pudieran ser calificados como beligerantes/grupos militares organizados durante un conflicto armado con el significado que se recoge en el DIH. El tribunal después de realizar un análisis detallado de los hechos concluyó que esos grupos carecían de una estructura

organizativa suficiente. En su argumentación reconocían que los grupos no tenían una estructura reconocible; además, los grupos tampoco eran capaces de controlar su territorio o de elaborar y ejecutar una estrategia militar. De hecho, de acuerdo a lo señalado por el tribunal, sus principales actividades fueron el saqueo, el bandolerismo, los secuestros y los fusilamientos. La mayoría de estas actividades fueron llevadas a cabo por grupos locales sin mando. Finalmente, los grupos también carecían de una estructura de mando por la cual pudieran imponer y hacer cumplir, mediante procedimientos disciplinarios, el DIH. En todo el área tenían una red clandestina basada en numerosas células que estaban activas en diferentes regiones con un nivel de organización limitado, pero con el objetivo común de combatir mediante actuaciones violentas contra los ateos, la democracia, los derechos humanos y el DIH.

Hay que poner de relieve que el tribunal establece una clara distinción entre lo que se entiende por un grupo organizado de acuerdo al DIH y lo que se entiende bajo la legislación de lucha contra el terrorismo nacional. El hecho de que no se los considere como fuerzas armadas organizadas bajo el DIH no implica que no puedan ser calificados como grupos terroristas en aplicación de la legislación antiterrorista nacional debido a que los criterios son completamente diferentes.

Por último, el Tribunal Supremo de Bélgica (Cour de Cassation) tuvo que abordar este caso. El Tribunal en su sentencia no concordaba con el análisis conceptual realizado por el tribunal de primera instancia y con el tribunal de apelación. El Tribunal Supremo considero que el que estos grupos vulnerasen el DIH no suponía que este derecho no les fuese aplicado y que, por tanto, no existiese ninguna cuestión de conflicto armado interno. Los miembros no mostraban abiertamente estar en posesión de armas o no vestían un uniforme que los identificase como cuerpo militar reconocible y también no quedaba determinado si podían ser considerados como cuerpo militar bajo el DIH. En tercer lugar, el Tribunal Supremo también hizo referencia a la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Tadić, insistiendo en que al menos una de las partes en un conflicto armado no internacional tiene que pertenecer a un grupo armado organizado

y que el nivel de organización no está vinculado a criterios estrictos, sino que a un número de criterios indicativos. El Tribunal Supremo, considerando los trabajos preparatorios de las Convenciones de Ginebra, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y la doctrina jurídica, señaló que la resolución formal ignoró una evaluación flexible del nivel de organización basado en un criterio no exhaustivo. Pese a lo indicado, el Tribunal Supremo llegó a la misma conclusión que el tribunal de primera instancia y el de apelación: la conducta realizada en este caso en Bélgica no se consideró como conflicto armado y respecto del comportamiento que llevaron a cabo los sujetos beligerantes en Siria, a ellos tampoco se les consideró como un grupo armado organizado.

Así las cosas, a partir del análisis realizado por los tribunales de Bélgica queda claro que la legislación nacional contra el terrorismo puede aplicarse tanto en conflictos armados internacionales como internos. En consecuencia, los tribunales de Bélgica continuaron con la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Apelación de Bruselas en el caso llamado «*filières irakiennes*» (Bruselas, 26 de junio). Sorprendente, sin embargo, es el alcance que el tribunal y el tribunal de apelación le dan a los objetivos de los sujetos beligerantes. El hecho de que estén luchando contra la democracia y el Estado de Derecho además de querer establecer una teocracia o califato no los excluye de la aplicación del DIH.

R. v. Mohammed Gul (Reino Unido). M. Gul subió vídeos a internet que incluían escenas que mostraban ataques realizados por insurgentes sobre los soldados de las fuerzas de coalición que se encontraban en Irak y Afganistán. Los videos estaban acompañados de *nasheeds*, elogiando la valentía de aquellos que cometían los ataques y su martirio además de fomentar tales ataques. A M. Gul se le imputaron seis cargos por difundir publicaciones sobre terrorismo contrarias a la sección segunda de la Ley contra el Terrorismo de 2006. En este caso, el jurado planteó una serie de cuestiones sobre la relación entre la inmunidad del combatiente bajo el DIH y la legislación de lucha contra el terrorismo nacional. Estas cuestiones fueron resueltas por el juez ante el

Tribunal de Crown y esto condujo a este recurso fundamentado en el modo en que el juez había dirigido al jurado respecto a la definición de Terrorismo. Las alegaciones del recurrente M. Gul podrían ser resumidas de la siguiente manera: La inmunidad del combatiente se extendía a la inmunidad de aquellas personas que participaban en actos en contra del ejército en un conflicto armado. El efecto de esta afirmación fue que los sujetos que poseyeran dicho estatus eran inmunes a la aplicación de derecho penal nacional siempre y cuando no cometiesen crímenes ajenos al conflicto armado y crímenes de guerra. Decidir si existía tal situación de conflicto armado dando lugar a la inmunidad del combatiente era una cuestión relevante para el jurado. El juez actuó dando lugar al equívoco del jurado respecto de la cuestión que era relevante, haciendo entender al jurado que la Ley de lucha contra el terrorismo del 2000 no definía como ataque terrorista aquellos ataques sobre las fuerzas armadas durante un conflicto armado no internacional.

La sección penal del tribunal de apelación de Inglaterra y Gales (EWCA, 22 de febrero de 2012) destacó, en primer lugar, que la inmunidad en cuanto al enjuiciamiento por ser combatiente no es alegable en los conflictos armados que no son internacionales. En segundo lugar, el tribunal consideró que sí existe una interpretación homogénea en cuanto a que el hecho de encontrarse en tiempos de paz excluye el concepto de conflicto armado, por lo que no se plantea ningún conflicto el aplicar el crimen internacional de Terrorismo. El tribunal se refirió a la sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano: Sentencia Interlocutoria sobre el Derecho Aplicable: Terrorismo, Homicidios, Conspiración, Perpetración, Cargos Cumulativos de 16 febrero de 2011 llevada a cabo por el juez Cassese. En el parágrafo 107 de la sentencias, el juez Cassese mostraba el parecer de la Sala de Apelaciones, de la siguiente manera:

Mientras el Derecho consuetudinario del delito internacional de terrorismo que ha evolucionado tanto solamente se extiende a actuaciones terroristas en *tiempos de paz*, puede estar surgiendo una norma más amplia que declare ilegal los actos terroristas *mientras se produce un conflicto armado*. Como el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Especial para Sierra Leona ya han declarado los actos de terrorismo pueden constituir crímenes de guerra, pero los Estados mantie-

nen discrepancias sobre si un delito tan inconfundible como el de terrorismo debe ser aplicado mientras se produce un conflicto armado.

Incluso si la sección penal estuviese convencida de que no hay, hasta el momento, tal desarrollo en el Derecho internacional con la finalidad de declarar con suficiente certeza que un crimen internacional de terrorismo puede ser aplicado durante un conflicto armado, acaba concluyendo que:

una inmensa mayoría de Estados actualmente consideran que los actos de terrorismo pueden ser sancionados incluso mientras se produce un conflicto armado en la medida en que tales actos tengan como objetivo a la población civil que no ha participado de forma activa en las hostilidades armadas; estos actos, además, también podrían ser calificados como crímenes de guerra (mientras que los mismos actos, si están dirigidos contra combatientes o la población civil que participa en hostilidades no pueden ser calificados como actos terroristas o crímenes de guerra a menos que cumplan los requisitos exigidos para que los hechos se puedan subsumir en el tipo del crimen de guerra).

La Sección Penal también concluyó que, aunque el Derecho internacional pudiese desarrollar a través de la *opinio juris* (Cassese, 2006, pp. 933-958) una norma restringiendo el alcance del delito de terrorismo —de modo que pudiera excluir de la definición de terrorismo a algunos sujetos insurgentes que atacasen a las fuerzas armadas del Gobierno—, la necesaria generalización y el estado general de la práctica o la necesaria *opinio juris* para lograrlo no ha sido todavía establecida. Por consiguiente, de acuerdo a la Sección Penal no existe nada en el Derecho internacional que obligue o disuada a las personas para entender los términos de la Ley de Terrorismo del año 2000 de tal modo que exima a los sospechosos de la definición que se encuentra en ella.

Los combatientes (terroristas) extranjeros

Las NN.UU. han intentado solventar el fenómeno del terrorismo de una manera comprensiva e integrada. Como consecuencia de esta actuación se elaboró la Estrategia Global de Lucha contra el Terrorismo y el Plan de Acción

de 2006 de NN.UU. Después de la primavera árabe del crecimiento de los conflictos violentos en Irak, Afganistán, Siria y Yemen y, principalmente, del éxodo de los jóvenes árabes y conversos a las zonas de conflicto, especialmente a Irak y Siria, la comunidad internacional ha aumentado su implicación en la lucha contra el terrorismo. La amenaza y los recientes ataques terroristas violentos que han efectuado los talibanes, el ISIS, el Frente Al Nusra, entre otros, fuera de las zonas de conflicto han justificado una mayor responsabilidad penal. El Consejo de Seguridad de NN.UU. aprobó por unanimidad, en base al Capítulo VII de la Carta de Seguridad, las Resoluciones 2170 y 2178 en 2014. La última Resolución, desde su preámbulo en el párrafo 8, se centra en la amenaza que suponen los combatientes terroristas extranjeros y los define como personas que viajan a un estado diferente a su estado nacional o de residencia con el objetivo de cometer, planear o preparar o participar en ataques terroristas, o para recibir entrenamiento para cometer actos terroristas con inclusión de los supuestos que estén en relación con conflictos armados. La Resolución 2178, que es vinculante para todos los Estados pertenecientes a las NN.UU., establece el nuevo significado de la expresión «combatientes terroristas extranjeros» de la siguiente manera:

5. Decide que los Estados Miembros deberán, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, y la financiación de sus viajes y actividades;

6. Recuerda su decisión contenida en la resolución 1373 (2001) de que todos los Estados Miembros 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 decide que todos los Estados se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito:

a) A sus nacionales que viajen o intenten viajar a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, y demás personas que viajen o intenten viajar desde sus territorios a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo; b) La provisión o recau-

dación intencionales de fondos, por cualquier medio, directa o indirectamente, por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para financiar los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo; y, c) La organización u otro tipo de facilitación deliberadas, incluidos actos de reclutamiento, por sus nacionales o en sus territorios, de los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo.

Como se puede observar la Resolución impone obligaciones de gran alcance para lograr la criminalización de la conducta de los combatientes terroristas extranjeros (CTE) en las legislaciones nacionales, pero sin poder resolver la interdicción y la superposición con las normas de derechos humanos y el DIH (De Guttry, 2016; De Guttry, Capone, & Paulussen, 2016, pp. 259-281). Como los combatientes extranjeros son identificados como CTE, incluyendo aquellos casos de conflicto armado, las actuaciones regidas por el DIH pueden considerarse como terroristas, incluso cuando estos actos no son ilegales de acuerdo al DIH. Así el mero hecho de que una persona se una a un grupo terrorista involucrado en diferentes conflictos armados o que le facilite material o soporte financiero, conduce, según lo indicado por la Resolución, a la tipificación en el Código Penal del país correspondiente. Sin embargo, la Resolución no impone obligaciones relacionadas con los crímenes que recoge el Estatuto de Roma. *A sensu contrario*, está claro que infringir las disposiciones del Convenio de la Haya y de los Convenios de Ginebra (*ius ad bellum-ius in bellum*) puede conducir a que las conductas se califiquen como crímenes internacionales. En todas aquellas guerras en las que se llevan a cabo ataques directos e intencionados contra la población civil o contra los edificios dedicados al culto de cualquier religión o educativos o relacionados con la salud de las personas además de ataques que empleen de manera sistemática la esclavitud, agresiones y abusos sexuales, todos estos ataques pueden ser tipificados como crímenes de guerra bajo las Convenciones de la Haya. Los homicidios dolosos, la tortura y el trato inhumano, la toma de rehenes y la

gran destrucción o la apropiación de la propiedad pueden ser tipificadas como crímenes de guerra bajo la Convención de Ginebra. Muchas de estas conductas también se pueden subsumir en los supuestos de los crímenes de Guerra que se recogen en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pero recordando que la voluntad y el conocimiento para realizar dichas actuaciones son elementos fundamentales de dichos crímenes. Algunas de las conductas, como los homicidios, el exterminio, la deportación o la tortura también pueden ser tipificadas como crímenes contra la humanidad bajo el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional si se cometen mediante ataques sistemáticos contra la población civil. Los CTE como actores no estatales pueden cometer estos delitos si ellos tienen la intención y el conocimiento sobre estos ataques. Por último, algunas acciones por los CTE podrían incluso tipificarse como crimen de genocidio según lo indicado en el artículo 6 del Estatuto de Roma siempre que exista un específico plan y una intención directa (*dolus directus*) de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. En el caso de Siria, podrían citarse como minorías a los alawitas, cristianos, kurdos y yazidies. Sin embargo, la imprudencia y el *dolus eventualis* no son suficientes en este caso.

Se puede hacer referencia a una categoría específica como es «la propagación del terror contra la población civil» pues esta forma parte de las múltiples conductas que se entienden como una actuación con «finalidad terrorista». En todo caso, es evidente que ningún tribunal internacional tiene una competencia explícita y directa sobre cualquier actuación terrorista o sobre los actos de propagación del terror sobre la población civil durante un conflicto armado. En cambio, estas actuaciones pueden tipificarse como crímenes de guerra (y puede que también como crímenes contra la humanidad) y violaciones del artículo 3 común a todos los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II. En el artículo 4º del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y en el artículo 3º del Estatuto del Tribunal para Sierra Leona, estas actuaciones se tipifican como actuaciones que violan el Protocolo Adicional II del Convenio de Ginebra. En los Estatutos de otros tribunales penales internacionales

estas actuaciones se han introducido a través de los Convenios de Ginebra y/o mediante el Derecho internacional consuetudinario.

Muchos CTE están implicados en estas prácticas ilegales. Ellos no participan de forma directa en las hostilidades, pero propagan el terror a través de decapitaciones, agresiones sexuales, explotación sexual, trata de mujeres y la destrucción dolosa del patrimonio cultural e histórico. Múltiples cuestiones se han planteado ante la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y sus normas de interpretación han servido de guía respecto a la ley aplicable, los elementos del delito y la jurisdicción. En la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Galić*, el mismo argumentó, de acuerdo a su séptimo motivo, que la Sala de Primera Instancia violó el principio penal de *nullum crimen sine lege* cuando le condenó a él bajo el motivo primero. En el presente caso, él fue imputado y condenado por cometer el delito de amenazas o ejercicio de la violencia cuyo principal objetivo fue propagar el terror entre la población civil, de acuerdo a la interpretación del artículo 3 del Estatuto sobre la base del artículo 51(2) del Protocolo Adicional I y el artículo 13(2) del Protocolo Adicional II, los cuales señalan: «No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil».

Él también alegó que el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia no tenía jurisdicción sobre el crimen de actuaciones o amenazas de ejercer la violencia cuyo principal objetivo es propagar el terror entre la población civil porque «no existía un crimen internacional de terror». Sostuvo que la Sala de Primera Instancia erró al considerar que el Derecho contenido en los Tratados era suficiente para declarar la jurisdicción del Tribunal, el cual únicamente tiene la jurisdicción sobre los crímenes cometidos al albur del Derecho internacional consuetudinario. La acusación, en primer lugar, presentó varios cargos. De acuerdo al primero alegó que el General Galić, como comandante del Cuerpo Romanija de Sarajevo (SRK por sus siglas en serbio), «organizó una campaña prolongada en el tiempo de bombardeos y ataques sobre zonas civiles y la población civil de Sarajevo, infringiendo una

sensación de terror y sufrimiento psicológico sobre la población». A la vista de la acusación el crimen de terror supone una violación dolosa de las leyes y la costumbre del derecho que se aplica en las guerras. De este modo, se entiende que hay intención de propagar el terror cuando se comete por los combatientes durante un conflicto armado. La acusación mantuvo el argumento de que la prohibición de aterrorizar a la población civil pertenece a una norma de Derecho Internacional consuetudinario que se puede aplicar en todos los conflictos armados. La acusación señaló que los siguientes elementos integran el crimen de terror: 1. Las actuaciones o amenazas ilegales de violencia; 2. Cuyo objetivo es propagar el terror entre la población civil; y, 3. Las actuaciones o amenazas de violencia que se llevan a cabo con el objetivo principal de lograr propagar el terror entre la población civil.

Es más, según los alegatos de la acusación, debía existir un nexo entre los actos o amenazas de violencia y el conflicto armado máxime si el acusado tenía que asumir la responsabilidad por los actos o amenazas bajo el artículo 7º del Estatuto. El requerimiento de «una especial intención» (tercer elemento), considerando lo señalado por la acusación, es el factor distintivo del crimen de terror. La acusación entendió como «objetivo primario» «el tener como objetivo predominante de los actos o amenazas de violencia el querer someter a la población civil» a una situación de terror. No es necesario probar, entonces, que la amplia campaña llevada a cabo sobre el teatro de Sarajevo tuvo como único objetivo propagar el terror sobre la población civil. Donde la especial intención o *mens rea*, no puede ser directamente probada debe inferirse de la naturaleza, modo, tiempo, frecuencia y duración del ataque y el bombardeo sobre los civiles.

Para la mayoría de jueces de la Sala de Apelaciones del Tribunal la cuestión central era resolver cuándo una vulneración grave de la prohibición de aterrorizar a la población civil suponía, bajo el Derecho internacional consuetudinario o el de los tratados, la responsabilidad penal individual de la persona física que vulneraba la norma jurídica. El tribunal analizó primero la naturaleza legal de la prohibición de aterrorizar a la población civil en el Derecho internacional consuetudinario. La Sala de Apelaciones afirmó que la decisión

del tribunal de primera instancia sobre la prohibición de generar terror, tal y como se contenía en la segunda frase tanto del artículo 51.2 del Protocolo Adicional I como del artículo 13.2 del Protocolo Adicional II, supone «una específica prohibición que se encuentra inmersa en la prohibición general, fundamentada en Derecho Internacional Consuetudinario, de atacar a civiles» que constituye en su totalidad una afirmación del Derecho internacional consuetudinario existente en el momento de su adopción.

En segundo lugar, con la finalidad de unir la prohibición con la criminalización y la responsabilidad penal, el tribunal reiteró que las condiciones que debían cumplirse para subsumir el hecho en el artículo 3º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, eran las cuatro llamadas condiciones *Tadić*: (i) la vulneración debía serlo respecto de una norma del Derecho Internacional Humanitario; (ii) la norma debía ser consuetudinaria en origen o si pertenecía a algún Convenio Internacional, los requisitos que se exigiesen por dicho Convenio debían ser cumplidos; (iii) la vulneración debía ser grave, es decir, debía suponer el incumplimiento de una norma que protegía valores relevantes y dicha vulneración debía traer aparejadas graves consecuencias para la víctima; y, (iv) la vulneración de la norma debía suponer, bajo el Derecho Internacional Consuetudinario o según las normas de un Convenio Internacional, la responsabilidad penal individual de la persona que vulneró la norma.

Repárese, en fin, en que para que una infracción se convierta en una vulneración del DIH, el tribunal necesitaba acreditar que cada uno de los actos alegados estaba estrechamente unido a las hostilidades. Para cumplir las cuatro condiciones *Tadić*, entre ellas la naturaleza de Derecho internacional consuetudinario de la prohibición de ejercer terror contra la población civil en situación de conflicto armado, la Sala de Apelaciones hizo referencia a la práctica estatal; obsérvese:

«Numerosos Estados criminalizan dentro de sus respectivas jurisdicciones la vulneración del Derecho Internacional Humanitario comprendiendo los delitos que tipifican las actuaciones o amenazas de violencia cuyo principal objetivo es propagar el terror entre la población civil»¹⁶ y «esos *numerosos* Estados han incorporado disposiciones

legales para criminalizar el método de guerra que consiste en ejercer terror sobre la población civil con el empleo de palabras similares a las utilizadas en los Protocolos Adicionales».

El tribunal de apelación también hizo referencia a argumentos históricos basados en el Informe 1919 de la Comisión de Responsabilidades y el Informe 1948 elaborado por la Comisión de Crímenes de Guerra de NN.UU., en ellos se señala que el terrorismo sistemático era un crimen de guerra.

Como no se cumplían los cuatro requisitos del caso *Tadić*, la mayoría de miembros del Tribunal indicó que las vulneraciones graves del segundo párrafo del artículo 51.2 y, específicamente, las alegadas en el caso, en referencia a las lesiones y muertes ocasionadas, daban lugar a la responsabilidad penal individual en 1992. Esta misma mayoría de miembros del tribunal no indicó nada respecto a si el tribunal también tenía jurisdicción sobre el enjuiciamiento de otras formas de vulnerar la norma, tales como aquellas conductas que únicamente consistían en amenazas de ejercer la violencia o aquellas que comprendían actuaciones violentas que no causasen lesiones o la muerte. En conclusión, el crimen de terror contra la población civil tal y como se reflejó en el escrito de acusación recogía elementos comunes a las vulneraciones que contiene el artículo 3º del Estatuto, además de los siguientes elementos específicos:

1. Actuaciones violentas dirigidas contra la población civil o contra algunos sujetos de la población civil que no tomaban partido en las hostilidades y que ocasionaban la muerte o graves lesiones físicas o psíquicas en la población civil;
2. El infractor de forma intencionada tenía como objetivo de dicha violencia a la población civil o a varios de los sujetos pertenecientes a la misma y que no participaban directamente en las hostilidades; y,
3. La infracción indicada se cometía con el principal objetivo de propagar el terror entre la población civil.

Con respecto a los «actos de violencia», estos no incluyen ataques legítimos contra los combatientes, sino que solo ataques ilegales contra la población civil. La mayoría de los miembros del tribunal consideró que los «actos de violencia» incluyen una infracción que supone el ejercicio de violencia intencionada que está directamente dirigida contra la población civil o miem-

bros individuales de la misma, causando muerte o lesiones físicas graves con el objetivo primordial de propagar el terror entre la población civil —a saber, el crimen de terror como vulneración de las normas o costumbres de la guerra— y que esto formaba parte de la norma a la que el acusado y sus subordinados estaban sujetos durante el período de la acusación. Los acusados sabían o debieron haber sabido que esto era así tal y como lo indicaba el artículo 142 del Código Penal de 1964 de Yugoslavia, que criminalizaba dicha conducta:

Cualquiera que, vulnerando las normas del Derecho Internacional durante una Guerra, un conflicto armado o una ocupación, ordenara ejecutar medidas contra la población civil dirigidas a generar miedo y terror o cualquiera que cometa uno de estos actos, debe ser sancionado con una pena de prisión no inferior a 5 años o con pena de muerte.

El terrorismo como crimen comprendido en el DIH se hizo efectivo en este caso por el derecho contenido en los convenios internacionales; y el tribunal, por tanto, tuvo jurisdicción, *ratione materiae* por medio del artículo 3° del Estatuto para enjuiciar esta actuación terrorista como crimen de guerra. Es más, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia concluyó que el ejercicio de terror contra la población civil —como violación del DIH— consagrado en el artículo 51.2 del Protocolo Adicional I y en el artículo 13.2 del Protocolo Adicional II pertenecían, sin lugar a dudas, al Derecho internacional consuetudinario como mínimo desde su inclusión en dichos tratados y que tenía jurisdicción *ratione materiae* para conocer por medio del artículo 3° del Estatuto por lo que, además, podía atribuir responsabilidad penal individual en contra de esas personas por propagar el terror en contra de la población civil.

El juez Schomburg emitió un voto particular fundamentado en múltiples razones. En primer lugar, reflejó sus dudas respecto a si hubo práctica de los Estados durante el tiempo que fuera relevante para la acusación de Galić respecto de los actos cometidos entre 1992 y 1994. Además, también planteó sus dudas sobre los argumentos históricos. El juez Schomburg aceptó que la Comisión de los Crímenes de Guerra mencionó la expresión «terrorismo sistemático» en su lista recomendada de los crímenes de guerra que se podían haber cometido. Sin embargo, desde su punto de vista no se dió por cierto

lo que la Comisión denominaba como «terrorismo sistemático» y también se cuestionaba si su idea del concepto correspondía al artículo 51.2 del Protocolo Adicional I y al artículo 13.2 del Protocolo Adicional II. Es más, la sentencia claramente establecía que los escasos juicios en Leipzig no profundizaron en el concepto de «terrorismo sistemático». El juez también resaltó que no se había tipificado como delito el aterrorizar a la población civil ni en la Carta de Nuremberg ni en la de Tokyo. Además, destacó que el Estatuto de Roma no contiene ninguna disposición sobre aterrorizar a la población civil. Si este crimen se hubiera considerado sin ningún tipo de duda como integrante del Derecho internacional consuetudinario en 1998, los Estados lo habrían incluido sin atisbo de dudas en las disposiciones relevantes del Estatuto o en la legislación nacional que transponía dicho Estatuto.

Finalmente, es de interés destacar la Sentencia Interlocutoria de la ley aplicable (terrorismo, homicidio, comisión, acusaciones acumuladas) adoptada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano (STL por sus siglas en inglés) de 16 de febrero de 2011, sin olvidar que también la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona tuvo que establecer cuál era la ley aplicable en relación con la propagación de terror sobre la población civil (Prosecutor v. Brima, Tamba et al. 2007; Prosecutor v. Charles, 2013). El juez de instrucción del STL planteó múltiples cuestiones a la Sala de Apelaciones, entre las cuales se deben destacar tres que se referían al delito de terrorismo: (1) ¿Debía el tribunal tomar en consideración las concepciones internacionales existentes sobre terrorismo incluso aunque el artículo 2 del Estatuto solo hiciera referencia al Código Penal libanés (LCC por sus siglas en inglés)? (2) De ser afirmativa la respuesta, ¿Existe una definición internacional de terrorismo y cómo debería aplicarse? (3) De ser negativa la respuesta, ¿Cómo es la definición libanesa de terrorismo que debe interpretar el tribunal?

La Sala de Apelaciones tomó como primer fundamento de su razonamiento que el STL aplicó la ley del Líbano, pero que ella debía ser interpretada de acuerdo al Derecho internacional consuetudinario y al recogido en los convenios internacionales que tenían efectos vinculatorios en Líbano como, por ejemplo, la Convención árabe en contra del Terrorismo, que fue ratifica-

da por Líbano, y el Derecho internacional consuetudinario sobre terrorismo aplicable en tiempos de paz. Tomando en consideración la noción de costumbre internacional indicada en la Corte Internacional de Justicia en el caso *Continental Shelf*, el tribunal manifestó que existía una práctica determinada en referencia a la tipificación de los actos de terrorismo tal y como están comúnmente definidos, cuando, por lo menos, se han cometido en tiempos de paz. Además, esta práctica se evidencia en la creencia de los Estados de que la tipificación del terrorismo como delito responde a una necesidad social (*opinio necessitatis*), de ahí que se haga necesaria una norma exigiendo esta tipificación (*opinio juris*). Es más, el Derecho consuetudinario, de acuerdo al Tribunal, se plasma en términos de derechos y obligaciones internacionales, pudiendo mantenerse esta interpretación también: (i) para imponer a cualquier Estado (así como en otros sujetos internacionales como rebeldes y otros entes no estatales participando en asuntos internacionales) la obligación de abstenerse de cometer a través de sus oficiales y agentes actos de terrorismo, tal y como se definen en la norma; (ii), para imponer a cualquier Estado (y a otros sujetos y entidades internacionales equipadas con las necesarias estructuras y estructuras judiciales) la obligación de evitar y sancionar el terrorismo, además de procesar y juzgar a las personas que están supuestamente implicadas en delitos de terrorismo tal y como viene definido en la norma en su territorio o en territorio bajo su control. Y, (iii) para otorgar a cualquier Estado (además de a otros sujetos internacionales dotados de las necesarias estructuras y mecanismos judiciales) el derecho de procesar y juzgar el delito de terrorismo que se ha cometido en su territorio o en un territorio bajo su control por nacionales de su país o por extranjeros, tal y como viene definido en la norma o establecer una obligación en cualquier otro Estado de abstenerse de llevar a cabo una oposición u objeción a tal procesamiento y enjuiciamiento en contra de sus propios nacionales (a menos que ellos sean autoridades de alto nivel que disfruten de inmunidades personales bajo el Derecho Internacional).

En segundo lugar, la Sala de Apelaciones reconoció que la existencia de una norma consuetudinaria prohibiendo los delitos de terrorismo no suponía automáticamente que el terrorismo fuera un crimen de acuerdo al Dere-

cho internacional. Según los parámetros jurídicos señalados por la Sala de Apelación del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Tadić* acerca de los crímenes de guerra para originar la responsabilidad penal individual a nivel internacional, es necesario que la vulneración de la norma suponga la responsabilidad penal individual de la persona que la vulnera. En el caso del delito de terrorismo, en opinión del tribunal, cuando se demuestra la práctica del requisito, esto es, la *opini3n juris* y la *opinio necessitates*; es decir, el saber jurídico necesario, y de hecho obligatorio para enjuiciar y sancionar a los autores de actos terroristas, es relativamente sencillo cumplimentar los criterios necesarios porque el proceso de formaci3n de la criminalizaci3n internacional del terrorismo es similar al de los crímenes de guerra.

En tercer lugar, la Sala de Apelaciones consider3 que mientras la norma consuetudinaria de un delito internacional de terrorismo que ha evolucionado muy lejos únicamente es aplicable a actos terroristas cometidos en tiempos de paz, una norma m3s amplia que declara ilegales los actos terroristas en tiempos de conflicto armado puede estar tambi3n surgiendo. Sin embargo, el tribunal fue plenamente consciente del hecho de que tanto en el Comit3 de Redacci3n de la Convenci3n Amplia sobre terrorismo y en sus reservas a la Convenci3n de Naciones Unidas de la Supresi3n de la Financiaci3n del Terrorismo, algunos miembros de la Conferencia Isl3mica habían expresado un firme desacuerdo con el hecho de considerar a los actos llevados a cabo por los «combatientes de la libertad», en tiempos de conflicto armado (incluyendo la ocupaci3n beligerante y el conflicto armado interno) que est3n dirigidos contra la poblaci3n civil inocente, como actos terroristas. Ellos insistieron tanto en la necesidad de salvaguardar el derecho de los pueblos a la autodeterminaci3n como en la urgencia de sancionar el terrorismo estatal.

La Sala de Apelaciones termin3 por concluir que con base a los Tratados, las Resoluciones de NN.UU., la jurisprudencia y la pr3ctica jur3dica de los Estados, existe una evidencia convincente de que una norma consuetudinaria de Derecho internacional ha evolucionado hasta permitir la tipificaci3n de un delito del terrorismo cometido en tiempos de paz, siempre que se exijan los siguientes elementos: (i) el dolo (*dolus*) para cometer el delito subyacente; (ii),

el dolo especial (*dolus specialis*) de propagar el miedo o coaccionar a la autoridad; (iii) la comisión de un delito; y, (iv) que el acto de terrorismo debe ser transnacional. En consecuencia, se acepta que la noción de terrorismo tiene sus raíces en el Derecho internacional consuetudinario.

Las conclusiones de la Sala de Apelaciones no fueron compartidas por todos los miembros del tribunal en la *opinio juris* y pueden ser categorizadas como controvertidas en la doctrina. En un Memorial del Amicus Curiae sobre el delito de terrorismo aplicable, con un peculiar enfoque sobre la intención «especial» y/o el «especial» motivo como requisitos subjetivos adicionales, Kai Ambos (2011) razonó que bajo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se podía establecer que no era uno de los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma (Arnold, 2004) y que, en consecuencia, a la luz de la ley internacional sobre terrorismo aplicable, a lo sumo es un delito transnacional grave recogido en algún Convenio internacional siendo cercano a un verdadero crimen internacional, pero sin haber podido alcanzar todavía dicho estatus. No obstante, los elementos generales de este delito pueden ser inferidos de las fuentes relevantes del Derecho Internacional.

Conclusiones

Los combatientes extranjeros no son los típicos participantes en lo que consideramos conflictos armados tradicionales y el fenómeno no está explícitamente recogido en ninguno de los textos legislativos del Derecho penal internacional. Su estatus, privilegios y la responsabilidad penal del Derecho penal internacional de acuerdo al *ius ad bellum* y el *ius in bellum*, por tanto, depende de los específicos actos (*actus reus*) que estas personas han cometido y en su verdadera intención (*mens rea*). Los Tribunales que aplican el Derecho penal internacional a nivel internacional y nacional han empezado a buscar soluciones para subsumir estos hechos en las categorías recogidas en el DIH y el Derecho penal internacional. El razonamiento no siempre es convincente,

como se ha podido observar, y requiere de interpretaciones amplias para cumplir con el principio penal *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Una segunda cuestión que se plantea es que su estatus, obligaciones y privilegios, son diferentes en tanto se trate de conflictos armados internacionales o de conflictos armados no internacionales. Esta histórica diferenciación ya no tiene ningún sentido y también los tribunales de Derecho penal internacional han llegado más allá de su propio significado. También podría cuestionarse si el esquema empleado por el DIH es todavía adecuado para hacer frente a los retos que plantean los conflictos armados transnacionales con la participación de grupos como Al Qaida o ISIS. Por consiguiente, es necesaria una reforma legislativa en esta materia del Derecho internacional público. Por desgracia, hasta ahora no parece que los Estados lleguen a un consenso sobre los estándares comunes que se deben aplicar para renovar el DIH.

Además, los combatientes extranjeros se han convertido rápidamente en terroristas. Esto supone que sus acciones pueden ser categorizadas, a la luz de los convenios internacionales en materia de la lucha contra el terrorismo o los convenios regionales europeos y en el Derecho de la UE como actos terroristas. El crecimiento de la legislación antiterrorista y su adelantamiento de las barreras penales para recoger conductas que se llevan a cabo durante el *iter criminis*, ha llevado a que los combatientes extranjeros se hayan convertido en terroristas desde el momento en que comienzan a recaudar dinero para organizar su viajes a una zona de conflicto o enaltecen a aquellos sujetos que ya han salido en las redes sociales. La distinción entre actos terroristas en tiempos de paz y los crímenes de guerra u otros crímenes del Derecho internacional que se producen durante un conflicto armado se ha distorsionado completamente (Scharf, 2001). Es más, en tiempos de conflicto armado, se puede observar el aumento del uso de todo tipo de herramientas para propagar el terror contra la población civil que también puede ser categorizado como crimen de guerra, crimen contra la humanidad y terrorismo (estatal).

Esto, en la práctica, supone que los tribunales penales nacionales y los tribunales que aplican el Derecho penal internacional están teniendo difi-

cultades para enfrentarse con la diferencia entre la legislación aplicable y las cuestiones jurisdiccionales. Desde el punto de vista del DIH, una buena parte de esta cuestión depende del tipo de conflicto, del ámbito geográfico de las hostilidades, de la clásica estructura organizativa de los sujetos beligerantes, de las herramientas que emplean, de su inmunidad de combatientes en conflictos armados no internacionales, entre otros muchos factores. Si lo analizamos desde el punto de vista de la ley antiterrorista, estos criterios (que pretenden lograr una guerra legal y la protección de los civiles inocentes) son de relativa importancia. Mediante la amplia criminalización de los combatientes extranjeros tanto cuando se encuentran en fase preparatoria, como cuando ejecutan sus acciones y en su eventual regreso, el principal objetivo es enjuiciarles y sancionarles por su supuesto comportamiento criminal. Si este comportamiento forma parte de un conflicto internacional o nacional carece de relevancia.

Únicamente el pequeño círculo de aquellos sujetos que participan activamente en la producción de hostilidades armadas en un conflicto internacional armado podría considerarse excluido del enjuiciamiento siempre que a los combatientes terroristas extranjeros se les considere como sujetos de la inmunidad del combatiente bajo el DIH. Este es un campo de protección bastante reducido que no siempre está claramente definido. ¿Qué puede ocurrir si actores no estatales lanzan ataques proporcionados sobre objetivos militares en un conflicto armado interno, como en Siria o Irak? Estos actos no están prohibidos por el DIH, pero, en cambio, pueden ser criminalizados y enjuiciados como delitos de terrorismo. Además, es cuestionable si esto no vulnera el fundamento principal del DIH. En general para muchos actos los combatientes extranjeros pueden ser perseguidos por crímenes propios del Derecho penal internacional y/o delitos de terrorismo al mismo tiempo. Esto supone que, definir la acción conjunta con el DIH y considerar la previsibilidad respecto de la ley aplicable y la jurisdicción, puedan considerarse como hechos beneficiosos para los legisladores que crean los tratados de lucha contra el terrorismo.

Así mismo, se considera que el terrorismo se puede calificar como un delito transnacional particularmente grave basado en un convenio internacional que se encuentra a las puertas de convertirse en un verdadero crimen internacional. Sin embargo, debido a la falta de precisión en lo atinente a los elementos constituyentes de su definición todavía no se puede considerar como un crimen internacional ni siquiera a la luz del Derecho internacional consuetudinario; algunos autores, en cambio, abogan por una interpretación extensiva del actual Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional (para una perspectiva general ver Roksandić, 2015; Cohen, 2012, pp. 2011-2012).

Así las cosas, como hemos visto, los tribunales que aplican el Derecho penal internacional pueden, sin embargo, jugar un rol importante en tanto que se enfrentan a los delitos de terrorismo en la medida en que lo califican como un crimen de Derecho penal internacional. En cambio, es complejo para ellos establecer una clara línea divisoria entre los crímenes de Derecho penal internacional y los enjuiciamientos nacionales por la comisión de delitos de terrorismo. Una posible solución podría ser que se le otorgase al Tribunal Penal Internacional la competencia para dirimir el concurso de leyes que se dé entre la ley aplicable a los crímenes propios del Derecho penal internacional y la legislación de lucha contra el terrorismo (Olásolo & Pérez, 2008). De acuerdo a este procedimiento de decisión prejudicial, el susodicho Tribunal podría elaborar un marco multilateral y equivalente en el que el Derecho internacional público y el DIH se opongan a la expansión de la legislación contra el terrorismo, que califica cualquier oposición armada como enemiga a la luz del Derecho penal de excepción.

Referencias

- Ambos, K. (2011). Amicus Curiae Brief on the Question of the Applicable Terrorism Offence with a Particular Focus on a «Special» Special Intent and/or a Special Motive as Additional Subjective Requirements. *Criminal Law Forum*, 22, 389-408. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972174.
- Arnold, R. (2004). *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*. Nueva York: Transnational Publishers.

- Cassese, A. (2003), *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cassese, A. (2006). The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law. *Journal of Criminal Justice*, 4, 933-958.
- Cassese, A. & Gaeta, P. (Eds.). (2013). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Centro Europeo de lucha contra el Terrorismo (ECTC) (2 diciembre de 2016). *Changes in Modus Operandi of Islamic State (IS) revisited*. Recuperado de: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/islamic-state-changing-terror-tactics-to-maintain-threat-in-europe>.
- Cohen, A. (2012) Prosecuting Terrorist at the ICC: Reevaluating an unused Legal Tool to Combat Terrorism. *Michigan State University Int'Law Rev*, 20, 219-255.
- Convención Internacional para la supresión de la financiación del Terrorismo. (1999). Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf.
- Convenciones de la Haya (1899). *Sobre el comportamiento en la lucha armada*. Recuperado de: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/II_convenio_de_la_haya_de_1899.pdf/960c50ec-3f1f-45f0-898d-333790694de9.
- Convenios de Ginebra (12 de agosto de 1949). *Referentes a la Protección de Personas Civiles en tiempos de Guerra*. Recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>.
- De Guttry, A. (2016). The Role Played by the UN in Countering the Phenomenon of Foreign Terrorist Fighters. En A. De Guttry, T. Capone & C. Paulussen (Eds.). *Foreign Fighters under International Law and Beyond* (pp. 259-281) La Haya: Springer-Asser Press.
- De Guttry, A., Capone, T. & Paulussen, C. (Eds.) (2016). *Foreign Fighters under International Law and Beyond*. La Haya: Springer-Asser Press.
- Directiva 2017/541. Parlamento Europeo y del Consejo. *Relativa a la lucha contra el terrorismo*. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32017L0541>.
- Duffy, H. (2015). *The «War on Terror» and the Framework of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ECLI:NL:GHDHA:2015:1082, Gerechtshof Den Haag, 30-04-2015. Recuperado de: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2015:1082>.
- ECLI:NL:RBSGR:2011:BT8829, Rechtbank's - Gravenhage, 21-10-2011. Recuperado de: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBSGR:2011:BT8829>.

- Engelhardt, M. (2014). *Heiliger Krieg, heiliger Profit: Afrika als neues Schlachtfeld des internationalen Terrorismus*. Berlin: Urheberrechtlich Geschütztes Material.
- Fleck, D. (1995). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press.
- Heinsch, R. (2016). Foreign Fighters and International Criminal Law. En A. De Guttry, T. Capone & C. Paulussen (Eds.). *Foreign Fighters under International Law and Beyond* (pp. 161-186) La Haya: Springer-Asser Press.
- Henckaerts, J. & Doswald-Beck, L. (2010). *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Liberation Tigers of Tamil Eelam vs. Consejo de la Unión Europea. (16 octubre 2014). En donde se solicita la anulación parcial del Reglamento de Ejecución (UE) no 83/2011 del Consejo. (T-208/11-T-508/11). Recuperado de: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011TJ0208&lang1=es&type=TXT&ancre=&https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.347.01.0039.01.ENG.
- Mallison, W. & Mallison, S. (1978). The Juridical Status of Privileged Combatants under the Geneva Protocol of 1977 concerning International Conflicts. *Law and Contemporary Problems*, 2, 1-34.
- NN. UU. (2015). *Draft comprehensive convention against international terrorism*, recuperado de <https://www.ilsa.org/jessup/jessup08/basicmats/unterrorism.pdf>.
- Olásolo, H. & Pérez, A. (2008). *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Paulussen, C. (2012). Testing the Adequacy of International Legal Framework in Countering Terrorism: the War Paradigm. *ICCT Research Paper*. Recuperado de: <http://www.icct.nl/download/file/ICCT-Paulussen-Legal-Framework-for-Counter-Terrorism-August-2012.pdf>.
- Paulussen, C. (2012a). Impunity for International Terrorists? Key Legal Questions and Practical Considerations. *ICCT Research Paper*. Recuperado de: <http://www.icct.nl/download/file/ICCT-Paulussen-Impunity-April-2012.pdf>.
- Pictet, J. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Pictet, J. (Eds.) (1994). *Commentary Geneva Conventions I-IV*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Prosecutor v. Blaskić. (3 marzo 2000). Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Juicio de primera instancia*. IT-95-14-T.
- Prosecutor v. Brima, Tamba et al. (20 junio de 2007). La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona. SCSL-03-01-T.

- Prosecutor v. Charles T. (26 septiembre de 2013) La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona. SCSL-03-01-A.
- Prosecutor v. Kunarac *et al.* (12 junio 2002). Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Sentencia de la Sala de Apelación*. IT 98-23&23/1-A.
- Prosecutor vs Tadić. (2 octubre 1995) Decisión sobre la petición de defensa de apelación interlocutoria sobre Jurisdicción, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. *Sentencia de la Sala de Apelación*. IT0-94-1.
- Protocolo Adicional II (1977). *A las Convenciones de Ginebra de 12 de Agosto de 1949*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>.
- Protocolos Adicionales I (1977). *A las Convenciones de Ginebra de 12 de Agosto de 1949*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>.
- Roksandić Vidlička, S. (2015). *Criminal Responsibility for Severe Economic Crimes Committed in a Transitional Period*. Zagreb: Law School.
- Scharf, M. (2001). Defining Terrorism as the Peace Time Equivalent of War Crimes: A Case of Too Much Convergence Between International Humanitarian Law and International Criminal Law? *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 7, 391-398.
- Sommario, E. (2016). The Status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law. En A. De Guttry, T. Capone & C. Paulussen (Eds.). *Foreign Fighters under International Law and Beyond* (pp. 141-160). La Haya: Springer-Asser Press.
- Tribunal de Apelación (División Penal) De Apelación Del Tribunal Penal Central (EWCA) (22 de febrero de 2012). Case No: 2011/01697/C5. Recuperado de: file:///C:/Users/kevin.giraldo/Downloads/UK_court_appeal_judgement_Silber_Parker_2012.pdf.
- Tribunal de Apelación de Amberes, caso - 2015/FP/1 - FD 35.9847-12, 27-01-2016.
- Tribunal de Primera Instancia de Amberes (2015), nota número FD35.98.47-12 - AN35. F1.1809-12 —zaak I—, 11-02-2015.
- Venet, O. (2010). Infractions terroristes et droit humanitaire: l'article 141bis du Code Pénal. *Journal des Tribunaux*, 6387, 169-172.
- Werle, G. (2005). *Principles of International Criminal Law*. La Haya: Cambridge University Press.