

EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL FRENTE A LOS ACTOS DE TERROR ACAECIDOS DURANTE UN CONFLICTO ARMADO

Abraham Martínez Alcañiz
Capitán auditor del Cuerpo Jurídico Militar
Doctor en Derecho

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. ANTECEDENTES DE LOS ACTOS DE TERROR EN EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS. 1.1. Comisión de juristas sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de las penas por la violación de las leyes y costumbres de la guerra. 1.2. Las reglas de la guerra aérea de 1923. 1.3. Juicio de Núremberg. 1.4. Procesos penales posteriores al juicio de Núremberg. 2. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS ACTOS DE TERROR. 2.1. El IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. 2.1.1. El artículo 33 del CGIV. 2.1.1.1. Origen de la norma. 2.1.1.2. Prohibición de medidas de terrorismo, ¿a qué nos referimos? 2.1.1.3. Personas protegidas. 2.2. El Protocolo I, de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. 2.3. El Protocolo II, de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. 2.4. Aproximación al concepto de actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil en el seno de los conflictos armados. 3. NATURALEZA COMO CRIMEN INTERNACIONAL DE LOS ACTOS DE TERROR CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL DURANTE UN CONFLICTO ARMADO. 3.1. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. 3.1.1. Violaciones de las leyes y usos de la guerra. 3.1.2. El caso Galic y Milosevic. 3.1.2.1. Naturaleza consuetudinaria del artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII. 3.1.2.2. Criminalización de los actos de violencia cuya finalidad es aterrorizar a la población civil. 3.1.2.3. Elementos del crimen de guerra. 3.1.3. El caso *Prlic' et al.* 3.2. El Tribunal Especial para Sierra Leona. 4. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del derecho penal internacional en los últimos años ha sido innegable. La aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) ha supuesto la consolidación de determinados injustos como crímenes internacionales. Sin embargo, no todos los crímenes internacionales que forman parte del derecho consuetudinario están tipificados en el citado Estatuto. A consecuencia del desacuerdo sobre la definición del delito internacional de terrorismo, que en principio iba a ser uno de los crímenes internacionales sobre los que tendría competencia la CPI, el mismo no se tipificó en su Estatuto, ni tan siquiera como crimen de guerra o como crimen de lesa humanidad. La ausencia de su tipificación no ha sido obstáculo para considerar que los actos de terror llevados a cabo durante un conflicto armado, ora internacional, ora no internacional, sean considerados como un crimen internacional. Si bien es cierto que el Estatuto de la CPI omite todo pronunciamiento sobre los actos de terror, todo lo contrario podemos decir de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y del Tribunal Especial para Sierra Leona, en los que expresamente se tipifican y castigan los actos de terrorismo como violaciones del derecho internacional humanitario (en adelante, DIH)¹. Además, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY) ha sostenido que los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil constituyen una violación de las leyes o usos de la guerra, es decir, un crimen de guerra. Así pues, resulta preciso analizar el tratamiento dado por el derecho penal internacional a los actos de terror en el seno de una contienda armada, a la luz de las sentencias pronunciadas por los tribunales penales internacionales correspondientes, lo que nos conducirá, de manera forzosa, al estudio de las normas del DIH relativas a este tipo de injustos.

1. ANTECEDENTES DE LOS ACTOS DE TERROR EN EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

1.1. COMISIÓN DE JURISTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES DE LA GUERRA Y SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS POR LA VIOLACIÓN DE LAS LEYES Y COSTUMBRES DE LA GUERRA

La primera manifestación jurídica en relación a los actos de terror en un conflicto armado fue llevada a cabo en el año 1919, tras la finalización

¹ Cfr. VAN DER VYVER, J. D., «Prosecuting terrorism in international tribunals», *Emory International Law Review*, vol. 24, 2010, p. 532.

de la Primera Guerra Mundial, por parte de la Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de las penas por la violación de las leyes y costumbres de la guerra. En el informe elaborado por esta Comisión de juristas, un aspecto importante lo ocuparon los referidos actos de terror. En el capítulo II del mencionado informe, el cual tenía por título «Violaciones de las leyes y costumbres de la guerra», se afirmó que a pesar de las normas internacionales establecidas, de la costumbre e incluso de los dictados de la humanidad, el Imperio alemán y sus Aliados acumularon atrocidad tras atrocidad. Las constantes violaciones de los derechos de los combatientes y de los civiles fueron múltiples y diversas, trazándose así la implementación de un sistema de terrorismo cuidadosamente planeado. Este comportamiento tenía por finalidad infundir terror en cada persona con el propósito de reprimir todo atisbo de resistencia². Así pues, la Comisión de juristas consideró que entre los comportamientos que podían haber transgredido el derecho de los conflictos armados tenía que incluirse el «terrorismo sistemático»³, el cual se enumeró junto con los asesinatos y masacres. Ninguna persona fue acusada ni juzgada por tales actos, ni siquiera se definió este delito, limitándose a describir una serie de comportamientos que, en determinadas circunstancias, eran constitutivos de actos de terrorismo, como sucede actualmente con muchos de los tratados internacionales relativos a la prohibición de actos terroristas⁴.

1.2. LAS REGLAS DE LA GUERRA AÉREA DE 1923

No podemos negar la relevancia de las reglas de la guerra aérea, aunque las mismas no fuesen ratificadas por ningún Estado, toda vez que muchos de sus preceptos forman, actualmente, parte del derecho consuetu-

² «Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. 1920», *American Journal of International Law*, vol. 14, n.º 1, p. 113.

³ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario», en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Cuaderno de Estrategia 133 del Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2006, p. 88; cfr. VACAS FERNÁNDEZ, F., *El terrorismo como crimen internacional. Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 214; cfr. RAMÓN CHORNET, C., *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del derecho internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, p. 111; cfr. SAUL, B., *Defining terrorism in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 272; cfr. JODOIN, S., «Terrorism as a war crime», en *International Criminal Law Review* 7, 2007, p. 100.

⁴ LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, p. 31.

dinario⁵. En tales reglas se procedió a definir por primera vez qué es un objetivo militar y se afirmó la prohibición de los ataques indiscriminados. En relación al estudio que nos concierne, estas reglas son capitales, ya que se dispuso en el artículo 22 que estaba «prohibido el bombardeo aéreo para aterrorizar a la población civil». Solamente era legítimo el bombardeo aéreo cuando fuese dirigido contra un objetivo militar, es decir, un objetivo cuya destrucción total o parcial ofreciese una ventaja militar, *ex art.* 24.1 de las citadas reglas. Parece razonable reseñar que los actos de terror cometidos durante un conflicto armado se vincularon con los medios y métodos de combate de la época, en el sentido de que su empleo, con el propósito de causar terror en la población civil, estaba prohibido, aunque todavía no criminalizado *per se*⁶.

1.3. JUICIO DE NÚREMBERG

La relevancia del proceso de Núremberg queda fuera de toda duda, ya que por primera vez se configuró la responsabilidad penal del individuo en el plano internacional por crímenes internacionales⁷. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg tipificó una serie de crímenes internacionales, *inter alia*, los crímenes de guerra, *ex art.* 6.b) del Estatuto⁸. Entre los mismos no se encontraban los actos de terrorismo o de terror; aun así, en la sentencia del juicio de Núremberg se efectuaron diversas referencias a estos⁹. Cuando el Tribunal trató el asunto de los asesinatos, tortura,

⁵ SCHMITT, M. N., «Air law and military operations», en *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 303.

⁶ Paradójicamente, durante la Segunda Guerra Mundial fueron bombardeadas numerosas ciudades con el único fin de minar o destruir la moral de la población, a causa de la denominada guerra total. Estas operaciones militares podrían haber sido criminalizadas, sin embargo ninguna acusación o investigación se formalizó, quedando impunes; *cf.* SAUL, B., *loc. cit.*, pp. 281 y 282.

⁷ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law (vol. I: Foundations and General Part)*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 102.

⁸ El art. 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg establecía que «los siguientes actos, o uno cualesquiera de ellos, son crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual: b) Crímenes de guerra, a saber, las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están a ello limitadas, los asesinatos, el maltrato y las deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; los asesinatos o maltratos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; la ejecución de rehenes; el pillaje de la propiedad pública o privada; la injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas; la devastación no justificada por necesidades militares».

⁹ ARNOLD, R., *The ICC as a new instrument for repressing terrorism*, New York, Transnational Publishers, 2004, pp. 91 y ss.

toma de rehenes y los maltratos a la población civil como crimen de guerra, afirmó que los territorios ocupados por Alemania lo fueron en violación de las leyes de guerra. Las evidencias al respecto eran bastante notorias, pues se implementó un sistema de violencia, brutalidad y terror en los territorios ocupados¹⁰. Un ejemplo del meritado sistema de terror fue el Decreto de 7 de diciembre de 1941 denominado «*Nacht und Nebel Erlass*» (Night and Fog Decree), por el que se establecía que aquellas personas que cometieran algún delito contra el Reich o sus Fuerzas Armadas en los territorios ocupados, serían trasladadas secretamente a Alemania a la espera del correspondiente castigo, en donde no tendrían contacto alguno con sus familiares ni se les comunicaría a estos la situación del detenido. El propósito de esta medida era crear un estado de ansiedad en las mentes de los familiares de la persona detenida¹¹. Igualmente, en la sentencia se indicó que uno de los medios más notorios de causar terror entre la población civil de los territorios ocupados era el uso de los campos de concentración¹². Una muestra de la intención del régimen nazi de crear este estado de terror en los territorios ocupados fue la orden del general Keitel, de 23 de julio de 1941, dirigida al general Jodl¹³.

Efectivamente, en los orígenes del derecho penal internacional ya se tuvo en cuenta el execrable propósito de los actos de terror en los conflictos armados, a saber, causar o infundir un estado de terror entre la población civil. Las conductas reprochables no fueron castigadas como actos de terror, sino que lo fueron como crímenes de guerra de asesinatos, torturas o maltratos a la población civil, e incluso como crímenes contra la humanidad. El fundamento normativo sobre el que se asentaron los susodichos crímenes de guerra no fue otro que el artículo 46 del Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre, el cual establecía que «el honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y el ejercicio de los cultos, deberán ser respetados». Cualquier acto de terror que se tradujese en el asesinato o maltrato a civiles quebrantaría la obligación mencionada, que ya formaba

¹⁰ Cfr. JODOIN, S., *loc. cit.*, p. 101.

¹¹ «Judgment of the International Military Tribunal of Nüremberg», en *American Journal of International Law*, vol. 41, n.º 1, 1947, p. 229.

¹² *Ibidem*, p. 231.

¹³ Dicha orden estipulaba que «a la vista de los vastos territorios ocupados en el Este, las fuerzas disponibles serán suficientes para mantener la seguridad y el orden si todo intento de resistencia es castigado, no por medios legales, sino por la propagación del terror por las fuerzas armadas entre la población civil para acabar con cualquier inclinación de resistencia», cfr. «Judgment International Military Tribunal of Nüremberg, *loc. cit.*, p. 232.

parte del derecho consuetudinario en el año 1946, según afirmó la sentencia del juicio de Núremberg¹⁴.

1.4. PROCESOS PENALES POSTERIORES AL JUICIO DE NÚREMBERG

Ciertamente, en la mayoría de los procesos penales instruidos tras la Segunda Guerra Mundial, no se condenó explícitamente por la comisión de actos de terror o terrorismo sistemático, sino que se acudió a este tecnicismo jurídico para describir la situación o el estado en el que se encontraba la población civil o la finalidad del comportamiento realizado, castigándose estos injustos posteriormente mediante delitos distintos, como por ejemplo asesinatos, maltratos, pillaje, etc.¹⁵. Sin embargo, sí hubo otra serie de procesos penales en donde se llegó a condenar expresamente por la comisión de crímenes de guerra consistentes en actos de terrorismo sistemático. El ejemplo más relevante lo encontramos en el proceso marcial instruido contra Shigeki Motomura *et al.* en el año 1947, a quien se le condenó a la pena de muerte por la comisión de «terrorismo sistemático practicado contra civiles». Este delito estaba castigado en la Netherlands East Indies Law de 1946, mediante el Statute Book Decree núm. 44, en su modalidad de «arrestos en masa indiscriminados con el propósito de aterrorizar a la

¹⁴ KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L., «Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario», Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005, p. 28; «Judgment International Military Tribunal of Nüremberg», *loc. cit.*, p. 218.

¹⁵ Los tribunales militares de los Estados Unidos, instituidos para enjuiciar los crímenes de guerra cometidos tras la Segunda Guerra Mundial, también juzgaron hechos que podían calificarse como crimen de guerra constitutivos de terrorismo sistemático. En la sentencia contra Wilhem List *et al.*, de fecha 19 de febrero de 1948, también denominado «Hostages case», se afirmó que los acusados, además de cometer miles de asesinatos contra la población civil de Grecia, Yugoslavia y Albania, entre otras, también participaron en la instauración de un plan de terrorismo e intimidación completamente injustificado y sin necesidad militar alguna, mediante el asesinato, maltrato y deportación para realizar trabajos forzados de personas civiles y prisioneros de guerra, cfr. sentencia del Tribunal Militar de los Estados Unidos núm. V, de 19 de febrero de 1948, *Prosecutor v. Wilhem List et al.*, en *Trials of War Criminals before the Nürember Military Tribunals under Control Council Law n.º 10*, vol. XI, pp. 1230 y 1234. El plan de terrorismo sistemático fue deducido por el tribunal militar analizando las órdenes y decretos acordados en los territorios ocupados. Así pues, en ejecución de la orden del general Keitel de 23 de julio de 1941, referida anteriormente, se aprobó la orden NOKW-557 de 10 de octubre de 1941, por la que se ordenaba a las fuerzas armadas alemanas ejecutar a 100 rehenes por cada soldado alemán muerto y 50 rehenes por cada soldado alemán herido, a causa de los ataques de los movimientos de resistencia organizado o por las guerrillas que operaban en los territorios ocupados, cfr. sentencia del Tribunal Militar de los Estados Unidos núm. V, de fecha 19 de febrero de 1948, *Prosecutor v. Wilhem List et al.*, p. 1266. Estas medidas, así como el ingreso de la población civil en los campos de concentración, fueron calificadas por el tribunal militar como actos de terrorismo sistemático.

población». Los crímenes de guerra tipificados en la normativa antedicha son una reproducción de los enumerados por la Comisión de juristas creada tras la 1ª Guerra Mundial, añadiéndose uno nuevo por la United Nations War Crimes Commission, a saber, los arrestos en masa indiscriminados con el propósito de aterrorizar a la población¹⁶. Los hechos que se imputaron a Shigeki Motomura y otros militares japoneses consistieron en que durante el periodo comprendido entre marzo de 1942 a agosto de 1945, el imputado, quien pertenecía a una unidad especial de la policía naval japonesa, denominada Tokkeitai, ordenó, encubrió o permitió el arresto de un gran número de habitantes de la localidad de Macassar (Indias Holandesas), así como el maltrato de prisioneros y civiles. El tribunal militar concluyó que los arrestos en masa de civiles eran constitutivos de terrorismo sistemático¹⁷. Igualmente, consta otro proceso marcial contra Yamura Saburoh, en aplicación de la *Netherlands East Indies Law* de 1946, quien fue condenado a pena de muerte mediante sentencia de 19 de diciembre de 1946, por la comisión del crimen de guerra de terrorismo sistemático. Los hechos enjuiciados consistieron en que dicha persona, intérprete del ejército imperial japonés, maltrató de manera sistemática a la población civil y a los prisioneros de guerra que entrevistaba en territorios ocupados, creando un estado de terror entre los mismos por los medios empleados, los cuales llegaron a producir la muerte de algunos civiles¹⁸. Huelga recalcar que la legislación de los Países Bajos no fue la única que tipificó expresamente el terrorismo sistemático como crimen de guerra, también en Australia se castigó este injusto en la Australia's War Crimes Act de 1945¹⁹.

Efectivamente, del análisis de los antecedentes descritos, podemos afirmar que la mayoría de los crímenes de guerra cometidos lo fueron en el seno de lo que, actualmente, denominamos *law enforcement* o derecho coercitivo, cuya finalidad no es otra que el mantenimiento o la restauración del orden, seguridad y ley de aquellos territorios que están bajo la autoridad de un Estado o una organización internacional²⁰. Dicho terrorismo

¹⁶ «Law Reports of Trials of War Criminals. 1949», en *United Nations War Crimes Commission*, vol. XIII, pp. 138 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, p. 143, toda vez que «para nadie, incluso para el más inocente, estaba segura su libertad, y cualquier persona una vez fuese arrestada, incluso si era absolutamente inocente, ya no estaría segura de mantener su salud y vida a salvo».

¹⁸ «Trials and Law Reports Series n.º 26», en *United Nations War Crimes Commissions*.

¹⁹ «Law Reports of Trials of War Criminals. 1949», en *United Nations War Crimes Commission*, vol. V, pp. 94 y ss.

²⁰ MELZER, N., «Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities», en *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 33 y ss.

sistemático fue cometido en ejecución de actividades del mantenimiento del orden público de los territorios ocupados o de las personas que tenían bajo su poder, ya fuesen civiles o prisioneros de guerra, no produciéndose actos de terror en el ejercicio de la conducción de las hostilidades, es decir, mediante el recurso a los medios y métodos de guerra legítimos en un conflicto armado²¹. La finalidad de la conducción de las hostilidades no es otra que debilitar al enemigo, en suma, a quienes participan directamente en las hostilidades²².

2. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS ACTOS DE TERROR

2.1. EL IV CONVENIO DE GINEBRA, DE 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA

A consecuencia de la Segunda Guerra Mundial se aprobaron diversos tratados internacionales cuya finalidad no era otra que ofrecer una mayor protección a la población civil, así como a los heridos, enfermos, náufragos y prisioneros de guerra. Nos referimos a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en concreto, al IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (en adelante, CGIV). Estos tratados internacionales tienen, actualmente, la consideración de derecho consuetudinario, ya que prácticamente la totalidad de los Estados de la comunidad internacional los han ratificado, sin perjuicio de que con anterioridad muchos de sus preceptos ya fueran una manifestación de la costumbre internacional, codificada posteriormente en las meritadas normas convencionales²³.

2.1.1. El artículo 33 del CGIV

El DIH afrontó el reto de regular y prohibir determinados actos de terrorismo durante los conflictos armados, principalmente internacionales, prohibiéndose en todo momento y circunstancias los mismos, sin excep-

²¹ *Ibidem*, p. 37.

²² *Ibidem*, p. 38.

²³ MERON, T., «The Geneva Conventions as customary law», en *American Journal of International Law*, vol. 81, 2, 1987, p. 350; HENCKAERTS, J. M., «The grave breaches regime as customary international law», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 7, 2009, pp. 684 y ss.

ción alguna²⁴. Hasta el momento no existía ningún tratado internacional que prohibiese los actos de terrorismo. En las conferencias internacionales para la unificación del derecho penal, celebradas a partir del año 1930, se intentó definir el terrorismo, teniendo en cuenta los problemas y preocupaciones de aquella época²⁵. Posteriormente, llegó el Convenio de Ginebra de 16 de noviembre de 1937 para la prevención y represión del terrorismo, cuyo fracaso, al ser ratificado únicamente por el Estado de la India en 1941, impidió a la comunidad internacional dotarse de un instrumento internacional susceptible de aclarar aspectos capitales del terrorismo, a saber, qué debíamos entender por terrorismo y los actos que podían ser constitutivos de este delito²⁶. En este orden de cosas se aprueba el Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, aplicable únicamente en conflictos armados internacionales y situaciones de ocupación bélica, en cuyo artículo 33 se dispone que «No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo». Efectivamente, la norma se limita únicamente a prohibir el terrorismo, sin definirlo²⁷. Merece cierta crítica el hecho de que los actos de terrorismo no se considerasen infracciones graves del DIH, toda vez que en el artículo 147 del CGIV, precepto que enumera tales infracciones, no se incluyó este comportamiento prohibido²⁸, incluyéndose otras conductas que suelen abarcar o comprender los actos de terror, como por ejemplo los homicidios, la toma de rehenes, la tortura o las detenciones ilegales, siempre que se cometan en el seno de una contienda armada internacional y contra personas protegidas por el convenio internacional.

²⁴ FLECK, D., «*The handbook of international humanitarian law*», Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 247; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Actos de terrorismo y derecho internacional», en *Revista General de Marina*, vol. 250, 3, 2006, p. 207; PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad jurídica de considerar inculpatos los actos de terror en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, PÉREZ GONZÁLEZ, M. (dir.), CONDE PÉREZ, E. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 59.

²⁵ Cfr. VACAS FERNÁNDEZ, F., *loc. cit.*, pp. 47 y ss.; RAMÓN CHORNET, C., *loc. cit.*, pp. 112 y ss.

²⁶ Cfr. LAMARCA PÉREZ, C., *loc. cit.*, p. 37; la definición de terrorismo elaborada en dicho convenio internacional de 1937 era la siguiente: «todo hecho criminal dirigido contra un Estado y cuyo fin o naturaleza sea provocar el terror en personalidades determinadas, grupos de personas o entre el público», cfr. RAMÓN CHORNET, C., *loc. cit.*, p. 116; cfr. Doc. A/C.6/418, de 2 de noviembre de 1972, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

²⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, M., *loc. cit.*, p. 88; ARNOLD, R., *loc. cit.*, p. 69.

²⁸ ARNOLD, R., *loc. cit.*, p. 70.

2.1.1.1. Origen de la norma

La prohibición de toda medida de terrorismo encuentra sus raíces en la prohibición de las penas colectivas, reguladas en el artículo 50 del Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre²⁹. En mi opinión, el artículo 33 del CGIV tiene como finalidad principal prohibir los actos de terrorismo como medio para mantener o conseguir el orden y la seguridad en los territorios ocupados o en la población que tienen las partes beligerantes en su poder. No creo que el propósito de la prohibición de actos de terrorismo fuese establecer un límite específico en la conducción de las hostilidades³⁰. Esta conclusión se fundamenta en que la prohibición del terrorismo va precedida del reconocimiento del principio de responsabilidad, es decir, nadie será condenado por hechos punibles en los que no participó; a continuación, se prohíben los castigos colectivos, y por último, toda medida de intimidación o terrorismo. Ninguna de las prohibiciones referidas está vinculada con la conducción de las hostilidades. Si la voluntad de la comunidad internacional hubiese sido prohibir los actos de terror en el seno de la conducción de las hostilidades, la hubiese incorporado en el título II del IV Convenio de Ginebra de 1949, que lleva por título «Protección general de las poblaciones contra ciertos efectos de la guerra». Sin embargo, la prohibición estudiada se ubicó en el título III, relativo al «Estatuto y trato de las personas protegidas», en concreto, en la sección primera sobre las «Disposiciones comunes a los territorios de las partes contendientes y a los territorios ocupados». En suma, la prohibición citada se incardinó en las obligaciones que tienen las partes beligerantes en relación con los territorios ocupados, adquiriendo la misma con el paso del tiempo la naturaleza de norma imperativa, es decir, de *ius cogens*³¹.

²⁹ PICTET, J. S., *Commentary to IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1958, p. 225.

³⁰ En sentido contrario, cfr. SWINARSKI, C., «Del terrorismo en el derecho internacional público», en *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* 78, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, pp. 533 y ss., considera el terrorismo como un medio de combate; en mi opinión esta posición podría ser acertada respecto a los Protocolos Adicionales de 1977, pero no en cuanto al CGIV, el cual no trata el terrorismo como medio de combate.

³¹ PAUST, J. J., «Terrorism and the international law of war», en *Military Law Review* 64, 1974, p. 14; cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Terrorismo y derecho internacional humanitario», en *Derecho Internacional Humanitario*, RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 227, sostiene que el terrorismo en el seno de los conflictos armados está prohibido en toda circunstancia, terminantemente y sin excepción.

2.1.1.2. Prohibición de medidas de terrorismo, ¿a qué nos referimos?

El artículo 33 del CGIV no define qué debemos entender por medidas de terrorismo. Este hecho, en mi opinión, no es óbice para justificar la ausencia de definición al respecto. Actualmente, la definición de terrorismo transnacional es posible de determinar, principalmente, en relación con los actos terroristas cometidos en tiempo de paz³²; cuestión distinta será la necesidad o no de elaborar la misma y si esta recoge los principales escollos que suelen estar presentes en este campo, a saber, los actos de los movimientos de liberación nacional que se enfrentan a las fuerzas armadas de los Estados en situaciones de conflicto armado y los actos estatales³³. Los tratados internacionales existentes que prohíben los actos de terrorismo, ciertas resoluciones judiciales de tribunales internacionales, las resoluciones de la Organización de Naciones Unidas³⁴ y la práctica legislativa y judicial de los Estados pueden servirnos de guía para elaborar una definición³⁵. Ahora bien, nos tenemos que preguntar si es aconsejable trasladar el concepto de acto terrorista cometido en tiempo de paz a los comportamientos llevados a cabo en el curso de una contienda armada o de ocupación bélica que pudieran calificarse como terrorismo. Desde mi punto de vista debemos distinguir, en todo momento, entre actos de terrorismo en tiempo de paz y los

³² CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 163.

³³ ABAD CASTELOS, M., «Una historia interminable: a vueltas con la definición de terrorismo, a través del enfoque del derecho internacional», en *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, PÉREZ GONZÁLEZ, M. (dir.), CONDE PÉREZ, E. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 31.

³⁴ Entre las resoluciones que caben destacarse encontramos la Res. 1566 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 8 de octubre de 2004 que indicaba que «los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar»; y la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 7 de noviembre de 2012, Doc. A/C.6/67/L.12, que indicaba que «los actos criminales con fines políticos realizados con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en uno de sus grupos o en determinadas personas son injustificables en toda circunstancia, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de otra índole que se aleguen para justificarlos».

³⁵ Cfr. AMBOS, K., «Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 7, 2012, p. 158.

ocurridos en el seno de un conflicto armado³⁶. El concepto de terrorismo en tiempo de paz podría servir como punto de referencia para abordar una definición de terrorismo en tiempo de conflicto armado, eso sí, con matizaciones³⁷. El DIH es *lex specialis*, por lo que primará sobre la *lex generali* que serán los tratados internacionales correspondientes sobre la materia. Esto conllevará que determinados actos que en tiempo de paz pudieran ser criminales, en tiempo de conflicto armado serán legítimos siempre que se respeten los principios del DIH. En definitiva, los actos de violencia legítima en el curso de una contienda armada u ocupación bélica no podrían calificarse de medidas de terrorismo³⁸. Dicho esto, los actos terroristas son pluridimensionales, al cometerse tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado u ocupación bélica, debiéndose distinguirse los unos de los otros. Esto se debe a que en los tratados internacionales relativos a la lucha contra el terrorismo, solamente en cuatro de ellos se hace referencia al DIH, y dentro de estos últimos, solamente dos podrían aplicarse en situaciones de conflicto armado: nos referimos al convenio internacional contra la toma de rehenes de 1979 y a la convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999³⁹. Así pues, difícilmente podemos afirmar que el concepto de terrorismo sea idéntico en cualquier circunstancia; eso sí, tanto los actos de terrorismo en tiempo de paz como en conflicto armado tendrán unos elementos cardinales semejantes.

La decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, de 16 de febrero de 2011, sostuvo que una definición de

³⁶ Cfr. CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 175, sostiene que es posible que durante una contienda armada puedan aplicarse las normas del DIH relativas al terrorismo y los tratados internacionales particulares que versan sobre la lucha contra el terrorismo, con base en lo establecido en el tratado de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo. En mi opinión, cuando nos encontremos en el seno de una contienda armada, los tratados citados de lucha contra el terrorismo no podrán ser de aplicación, salvo el de represión de la financiación, el cual se refiere a un comportamiento muy tasado, a saber, la financiación del terrorismo, que no comprendería los actos de terror prohibidos por el DIH, al no ser constitutivo de un acto de violencia.

³⁷ Recordemos que el DIH es una rama más del derecho internacional y, normalmente, los tratados internacionales que prohíben los actos de terrorismo pertenecen al *ius gentium*. Por ello, la vinculación existente entre ambas ramas del derecho haría posible trasladar la definición elaborada de un campo a otro, con las puntualizaciones correspondientes; cfr. KALSHOVEN, F., «Guerrilla and terrorism in internal armed conflict», en *The American University Law Review*, vol. 33, 1984, p. 69, defiende la dificultad de trasladar la definición de terrorismo en tiempo de paz al derecho internacional humanitario.

³⁸ GASSER, H. P., «Acts of terror, «terrorism» and international humanitarian law», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 84, 847, 2002, p. 554.

³⁹ ABAD CASTELOS, M., «Terrorismo, derecho internacional humanitario y conflictos armados actuales», en *Curso de Derecho Internacional Público Vitoria Gasteiz*, 2012, pp. 322 y 323.

terrorismo transnacional en tiempo de paz había emergido, requiriéndose los siguientes elementos:

- i. La comisión o amenaza de un acto criminal (*actus reus*).
- ii. La intención de diseminar el miedo entre la población o compeler a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de tomarla (*mens rea*).
- iii. Un elemento transnacional como parte del acto criminal⁴⁰.

Acudiendo al derecho convencional, hemos de significar que el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999, ofrece una posible definición global de terrorismo, al considerarse como acto de financiación de terrorismo en el artículo 2 «(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 civil u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo». Si bien es cierto que la presente definición es a los fines previstos en el tratado en sí, no es menos cierto que la misma podría extenderse al resto de actos terroristas, sobre todo, en lo relativo al propósito del injusto cometido. La mayoría de tratados internacionales enuncian una serie de comportamientos que son constitutivos de terroris-

⁴⁰ Decisión Interlocutoria del Tribunal Especial para el Líbano (Sala de Apelaciones), de 16 de febrero de 2011, STL-11-01/I, párr. 85. Los elementos antedichos fueron incorporados a causa de ciertas resoluciones judiciales nacionales que definían el terrorismo; a saber, la Corte Suprema del Canadá, en el caso Suresh, sostuvo que la definición del tratado internacional de la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999, recogía la esencia de lo que se entendía por terrorismo, cfr. sentencia de la Corte Suprema del Canadá, de 1 de noviembre de 2002, Suresh c. Canada, párrs. 96 a 98; en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en el caso Arancibia Clavel, se afirmó que «el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa, causa un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil. Se trata de un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que, si bien en la comisión de ciertos hechos aislados puede apuntar a un Estado determinado, últimamente se caracteriza por desconocer los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional», cfr. sentencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina, de 24 de agosto de 2004, caso Arancibia Clavel, p. 52; y la Corte Suprema de Casación italiana, en el caso Bouyahia Maher Ben Abdelaziz *et al.*, indicó que la costumbre internacional proporcionaba una definición de terrorismo, con base en los tratados internacionales, concretamente, el de prohibición de actos terroristas con bombas de 1997 y el de prohibición de financiación del terrorismo de 1999, así como por las resoluciones de las Naciones Unidas aprobadas sobre la materia (Asamblea y Consejo de Seguridad), cfr. sentencia de la Corte Suprema de Casación de Italia, de 17 de enero de 2007, párr. 2.1.

mo, pero no abordan cuál es la intención del responsable⁴¹. El convenio referido analizó la *mens rea* del delito de terrorismo transnacional, sosteniéndose que la misma era la intención de intimidar a la población civil o compeler a un Estado u organización internacional a hacer o no hacer algo. Este elemento subjetivo ha sido incorporado en el artículo 2 del borrador del Proyecto de Convención General contra el terrorismo, el cual dispone que «comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause: (...) si el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo»⁴².

Llegados a este punto, parece razonable considerar la posibilidad de que las medidas de terrorismo prohibidas en el artículo 33 del CGIV, las cuales ni se definen ni se enuncian⁴³, sean completadas con base en los elementos antedichos esgrimidos por el Tribunal Especial para el Líbano, respetándose las peculiaridades del DIH. Así pues, habrá que tenerse en cuenta lo siguiente:

- i. El acto criminal debe constituir una conducta expresamente prohibida por el DIH, no basta que el comportamiento sea antijurídico en tiempo de paz, debe tratarse de un injusto en tiempo de conflicto armado u ocupación bélica⁴⁴. Las infracciones graves del DIH podrían servirnos como guía para considerar una conducta como ilícita o prohibida por el DIH, así como otra serie de comportamientos prohibidos, siempre que su comisión lesione o ponga en peligro valores importantes que deban protegerse.
- ii. El elemento subjetivo del injusto debe tener como finalidad principal infundir un estado de terror entre la población civil⁴⁵ o compeler a la otra parte beligerante a hacer o no hacer algo. Si no se demuestra este elemento subjetivo especial estaríamos ante otra serie de injustos que tendrían una calificación jurídica distinta. Asimismo, entiendo que la intención de compeler a la otra parte beligerante a hacer o no hacer algo, también podría formar parte del elemento subjetivo especial requerido por el artículo 33 del CGIV.

⁴¹ Cfr. CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 170.

⁴² Doc. Naciones Unidas A/57/37, Asamblea General (2002), p. 7; VACAS FERNÁNDEZ, F., *loc. cit.*, p. 164.

⁴³ Cfr. ABAD CASTELOS, M., «Terrorismo, derecho internacional...», *loc. cit.*, p. 321.

⁴⁴ Cfr. GASSER, H. P., *loc. cit.*, p. 553, como bien indica este autor, el terrorismo implica violencia contra la población civil, lo que se traduce en un comportamiento criminal.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 553.

Por ejemplo, las fuerzas armadas ocupantes de un territorio dictan una orden consistente en matar a dos civiles cada día para compeler a las fuerzas armadas enemigas a que se retiren de una posición estratégica determinada; aquí puede observarse que el único fin de la conducta es constreñir a la otra parte beligerante a retirarse de una posición. Esto podría calificarse como una medida terrorista.

- iii. Por último, las medidas llevadas a cabo, las cuales siempre deberán ser contrarias al DIH, tienen que causar la muerte o lesiones entre la población civil, daños graves en sus bienes esenciales o perjudicar otra serie de valores importantes protegidos por el DIH. Este requisito nos conduce a considerar que la criminalización a efectuarse debe realizarse tipificándose el crimen de guerra como de resultado, ya que el artículo 85 del Protocolo I, de 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PAI) así lo expresa⁴⁶. En cuanto a los daños graves en los bienes esenciales, entiendo que la destrucción arbitraria de los mismos, con la única finalidad de infundir un estado de angustia o miedo entre la población civil, podría ser calificada como medida terrorista. Si el propósito es otro, nos encontraríamos ante un comportamiento distinto, igualmente reprochable, pero no sería una medida de terrorismo.

En este estado de ideas, desde mi punto de vista, las medidas de terrorismo prohibidas en el artículo 33 del CGIV consistirán⁴⁷ en *aquellos comportamientos prohibidos por el DIH, llevados a cabo por una parte beligerante contra la población civil o aquellas personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades con la finalidad principal de infundir terror entre las mismas o compeler a la otra parte beligerante para que hagan o dejen de hacer algo, causándose la muerte o lesiones de dichas personas, daños graves en sus bienes esenciales o perjudicar otra serie de valores importantes protegidos por el DIH*. Los comportamientos prohibidos deben haberse realizado en el contexto del ejercicio del derecho coercitivo o *law enforcement*, toda vez que si son llevados a cabo en la

⁴⁶ PIGNATELLI y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2003, p. 362.

⁴⁷ PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad...», *loc. cit.*, p. 52, acertadamente establece las características descriptivas esenciales que conforman el terrorismo, como las de constituir un acto destinado a causar la muerte o lesiones graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno u organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

conducción de las hostilidades, estarán prohibidos por lo dispuesto en los Protocolos Adicionales de 1977, que posteriormente analizaremos, integrando, en mi opinión, otro tipo penal distinto.

2.1.1.3. Personas protegidas

La prohibición de los actos de terrorismo es una prohibición específica que debemos relacionarla con la protección general del artículo 27 del CGIV establecida para las personas protegidas, al indicar que «las personas protegidas tienen derecho, en cualquier circunstancia, al respeto de su persona, a su honor, a sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y a sus costumbres. Deberán ser tratadas, en todo momento, con humanidad y especialmente protegidas contra cualquier acto de violencia o intimidación»⁴⁸. Considero que el último inciso del precepto citado es fundamental, toda vez que se prohíbe «especialmente» cualquier acto de violencia. Evidentemente, este acto de violencia debe estar prohibido por el DIH. Dicho esto, el concepto de persona protegida es clave, toda vez que la prohibición estudiada está dirigida a garantizar la protección de las mismas. Una interpretación estricta de persona protegida nos la ofrece el artículo 4 del CGIV, al indicar que quedan protegidas por el convenio aquellas personas que se encontrasen en cualquier momento y de cualquier manera, en caso de conflicto armado u ocupación, en poder de una de las partes contendientes o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas⁴⁹.

El estar en poder de una de las partes beligerantes y la nacionalidad de las personas son los presupuestos en los que se sustentaría el *status* de la persona protegida. Aquellas personas que estuvieran en poder de una parte adversa y fuesen de la misma nacionalidad que esta, en principio, no tendrían la condición de persona protegida en el sentido literal del artículo 4 del CGIV. Empero lo antedicho, la jurisprudencia del TPIY ha consolidado una jurisprudencia que amplía el concepto de persona protegida, al ser indiferente que la víctima de un crimen de guerra tenga la misma nacionalidad que su perpetrador⁵⁰. Esta interpretación del artículo 4 del CGIV sería de

⁴⁸ VACAS FERNÁNDEZ, F., *loc. cit.*, p. 216; SAUL, B., *loc. cit.*, p. 291.

⁴⁹ GREEN, L. C., *The contemporary law of armed conflict*, Manchester, Manchester University Press, 2008, p. 259.

⁵⁰ Sentencia del TPIY (Sala de Apelaciones), de 29 de julio de 2004, *Prosecutor v. Blaskic*, párr. 174; sentencia del TPIY (Sala de Apelaciones), de 17 de diciembre de 2004, *Prosecutor v. Kordic y Cerkez*, párrs. 329 y 330.

aplicación, principalmente, en los conflictos armados interétnicos, en los que la nacionalidad de las víctimas o personas protegidas no debería sustentarse exclusivamente en la ley nacional de un Estado cuya identidad está en cuestión y es el origen del conflicto armado. Habría que acudir a otros criterios, tales como la etnia a la que pertenecen las partes implicadas o las alianzas y fidelidades nuevas adquiridas⁵¹. En los conflictos armados que no tengan dicha consideración étnica, como por ejemplo la última guerra del Golfo entre Irak y una coalición de Estados liderada por los Estados Unidos de Norteamérica, la nacionalidad de las víctimas seguiría ostentando un papel importante para configurar el *status* de persona protegida del artículo 4 del CGIV. El término «estar en poder» de una de las partes beligerantes significa encontrarse en el territorio controlado u ocupado por aquellas⁵². Así, no resultaría preciso que hubiese un control efectivo y permanente de la parte beligerante sobre la persona en concreto, únicamente se requeriría que esta se hallase en el espacio físico que controla la parte beligerante.

Igualmente, cabe preguntarse si es posible que las medidas de terrorismo prohibidas en el artículo 33 del CGIV abarquen los actos cometidos contra miembros de las fuerzas armadas beligerantes. En principio y atendiendo a una interpretación literal de las normas del DIH, no. Hemos de recalcar la idea de que el DIH, al referirse al terrorismo, lo hace expresamente, y casi siempre, en relación con la población civil⁵³. Muchos actos contrarios al DIH, tales como la prohibición del uso de armas, proyectiles, materias y métodos de guerra que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (art. 35.2 del PAI), el ordenar que no haya supervivientes o conducir las hostilidades en función de tal decisión (art. 40 del PAI), pueden dirigirse contra los combatientes, por lo que si fuesen realizados con la finalidad principal de aterrorizarlo, podrían incluirse de *lege ferenda* en la definición propuesta de medidas de terrorismo⁵⁴. Sin embargo, la realidad es que el derecho penal internacional no ha evolucionado en este camino, toda vez que las conductas prohibidas citadas son constitutivas de unos crímenes de guerra concretos, a saber, el artículo 8.2.b) xi) del Estatuto de la CPI castiga el declarar que no

⁵¹ Cfr. PIGNATELLI y MECA, F., «La sanción...», *loc. cit.*, pp. 260 y ss.; JORGE URBINA, J., «La protección de las personas civiles en poder del enemigo y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional», en *Revista Internacional de la Cruz Roja* 156, 2000, pp. 230 y ss.

⁵² Sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 31 de marzo de 2003, Prosecutor v. Naletilic y Martinovic, párr. 208.

⁵³ ABAD CASTELOS, M., «Una historia...», *loc. cit.*, p. 33.

⁵⁴ PÉREZ GONZÁLEZ, M., *loc. cit.*, p. 91; ABAD CASTELOS, M., «Una historia...», *loc. cit.*, p. 34; cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Actos de terrorismo...», *loc. cit.*, p. 208; GASSER, H. P., *loc. cit.*, p. 557, todos estos autores propugnan la posibilidad de que las medidas de terrorismo prohibidas por el DIH se dirijan contra los miembros de las fuerzas armadas.

se dará cuartel y el artículo 8.2.b) xx) castiga el emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que causen daños superfluos o innecesarios o surtan efectos indiscriminados. En síntesis, actualmente no podemos hablar de medidas de terrorismo, en el seno de una contienda armada, contra los miembros de las fuerzas armadas o los combatientes⁵⁵.

Ahora bien, la definición propuesta de medida de terrorismo podría abarcar determinadas conductas contrarias al DIH llevadas a cabo contra aquellas personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades, como son los prisioneros de guerra, heridos o enfermos⁵⁶. Aquellos comportamientos que consistieran en la ejecución de un acto de violencia prohibida por el DIH, por ejemplo, el homicidio de prisioneros de guerra con la finalidad de infundir terror entre los mismos, o incluso con el propósito de compeler a la otra parte beligerante a realizar o abstenerse de realizar algo, podrían calificarse, en términos amplios, de medida de terrorismo, aunque expresamente no venga así impuesta en las normas del DIH. Cuestión distinta es que el derecho penal internacional califique estas conductas como actos de terrorismo, cosa que en algunos casos no ocurrirá, como sucede con el Estatuto de la CPI, en donde no se incriminan expresamente los actos de terrorismo⁵⁷, pero en otros casos sí ocurrirá, como sucede con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda o el del Tribunal Especial para Sierra Leona, en donde el crimen de actos de terrorismo comprende ciertos injustos cometidos contra aquellas personas que ya no participan directamente en las hostilidades⁵⁸.

2.2. EL PROTOCOLO I, DE 8 DE JUNIO DE 1977, ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

La aprobación de los Protocolos Adicionales de 1977 constituye un avance esencial en el desarrollo del derecho de los conflictos arma-

⁵⁵ Cfr. PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad...», *loc. cit.*, p. 60.

⁵⁶ Por ejemplo, el art. 13 del III Convenio de Ginebra de 1949, relativo al trato debido de los prisioneros de guerra, prohíbe todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder; asimismo, dicho precepto obliga a que los prisioneros de guerra sean especialmente protegidos contra todo acto de violencia. De igual manera se pronuncia el art. 12 del I Convenio de Ginebra de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerza armadas en campaña.

⁵⁷ PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad...», *loc. cit.*, p. 49.

⁵⁸ Cfr. CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 172.

dos⁵⁹. Con la aprobación del PAI se procede a configurar y regular los actos de terror desde una perspectiva totalmente distinta a la llevada a cabo en los Convenios de Ginebra de 1949. Así, en el artículo 51.2 del PAI se dispone que «No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil». Las características más relevantes de este precepto son las siguientes:

- i. La prohibición de realizar actos de terror se encuentra ubicada en la sección primera del título IV del PAI, relativo a la protección general contra los efectos de las hostilidades. Por ello, podemos significar que la finalidad de la comunidad internacional fue prohibir los actos de terror en la conducción de las hostilidades, es decir, como medio y método de combate, a fin de proteger a la población civil⁶⁰.
- ii. El ámbito de aplicación del artículo 51.2 del PAI es más amplio que el artículo 33 del CGIV, toda vez que se protege con carácter general a la población civil, a diferencia del artículo 33 del CGIV que protege especialmente a las personas protegidas descritas en el artículo 4 del CGIV⁶¹. El concepto de población civil es más amplio que el de persona protegida, al establecer el artículo 50 del PAI que «es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refiere el artículo 4.A. 1), 2), 3) y 6) del CGIII y el artículo 43 del presente protocolo».
- iii. La prohibición configurada en el artículo 51.2 del PAI es especial, ya que la general es la prohibición de atacar a la población civil *ex art.* 51.1 del PAI, con base en el principio de distinción⁶².
- iv. No todo ataque que cause miedo o temor en la población civil está prohibido, al ser legítimos los ataques contra objetivos militares que puedan causar daños incidentales entre la población, siempre que se respeten las normas de proporcionalidad y precaución. Los ataques prohibidos son aquellos que se dirigen contra la población civil con la finalidad principal de aterrorizarla sin ánimo de obtener ninguna ventaja militar sustancial⁶³.

⁵⁹ KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L., *loc. cit.*, pp. 98 y ss.

⁶⁰ FLECK, D., *loc. cit.*, p. 248; GASSER, H. P., *loc. cit.*, p. 555.

⁶¹ SAUL, B., *loc. cit.*, p. 293.

⁶² JODOIN, S., *loc. cit.*, p. 91; ARNOLD, R., *loc. cit.*, p. 74.

⁶³ GASSER, H. P., *loc. cit.*, p. 554; JODOIN, S., *loc. cit.*, p. 92; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Terrorismo y...», *loc. cit.*, p. 228; PICTET, J., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, párr. 1940; PIGNATELLI y MECA, F., «La posibilidad...», *loc. cit.*, p. 59.

- v. La norma que contiene la prohibición de realizar actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal es aterrorizar a la población civil ha cristalizado en derecho consuetudinario⁶⁴.
- vi. Expresamente no se consideran crimen de guerra, en el Protocolo Adicional I, los actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea causar terror entre la población civil. Sin embargo, los actos de hacer objeto de ataque a la población civil que causen heridos o muertos serán constitutivos de crímenes de guerra *ex art. 85.5 del PAI*, en particular, infracciones graves del DIH, pudiéndose por ello aplicar el principio de justicia universal para juzgar dichos crímenes a fin de cumplir el sistema de eficacia del DIH⁶⁵.

2.3. EL PROTOCOLO II, DE 8 DE JUNIO DE 1977, ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL

El Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, PAII), desarrolla las normas esenciales que deben observarse durante una contienda armada no internacional. Con anterioridad, este tipo de conflicto armado estaba únicamente regulado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, en donde no se prohibían expresamente los actos de terrorismo. Aun así, no es menos cierto que dicho precepto prohíbe en todo tiempo y lugar, respecto de las personas que no participan directamente en las hostilidades, determinados actos, tales como el homicidio, la toma de rehenes, la tortura, etc., que podrían calificarse como actos de terror siempre que concurriese el elemento subjetivo analizado anteriormente⁶⁶. Con la aprobación del PAII la comunidad internacional prohibió *ex art. 4.2.d) del PAII* los actos de terrorismo en todo tiempo y lugar respecto a las personas que no participan directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad. Igualmente, en el artículo 13.2 del PAII se prohíben los actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar

⁶⁴ HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario. vol. I: Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 9; PICTET, J., «Commentary on the Additional Protocols...», *loc. cit.*, párr. 1923; CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 172.

⁶⁵ CASSESE, A., *loc. cit.*, p. 173.

⁶⁶ KALSHOVEN, F., *loc. cit.*, p. 72; PÉREZ GONZÁLEZ, M., *loc. cit.*, p. 94; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Terrorismo y...», *loc. cit.*, p. 229.

a la población civil. Este último precepto tenemos que relacionarlo con las operaciones militares, tal y como indica el artículo 13.1 del PAII, al disponer que la población civil gozará de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Este precepto es específico y puede ofrecernos una definición de lo que serían los actos de terror en el curso de las hostilidades contra la población civil⁶⁷. Como puede observarse, la prohibición de los actos de terror en el seno de los conflictos armados no internacionales es absoluta y completa, al cubrir tanto actos de *law enforcement* como actos llevados a cabo en la conducción de las hostilidades, lo que en mi opinión debería ocasionar la existencia de dos tipos penales distintos⁶⁸. Un aspecto importante del artículo 4.2.d) del PAII es que el mismo protege a aquellas personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades, estén privadas o no de libertad. Es decir, su ámbito de aplicación cubriría a las personas detenidas relacionadas con el conflicto armado no internacional, así como a los heridos o enfermos de las partes beligerantes.

El PAII no se aplica en situaciones de tensiones y disturbios internos, tales como motines y actos esporádicos y aislados de violencia (art. 1.2 del PAII), los cuales quedan al margen del DIH, rigiéndose por la normativa interna del país afectado y por el derecho internacional de los derechos humanos, lo que ocasionará que ciertos actos cometidos durante estas situaciones puedan ser constitutivos de acto de terrorismo en tiempo de paz. Asimismo, muchas de las conductas realizadas por la parte beligerante que está en confrontación armada con el gobierno, serán calificadas como delictivas por el gobierno, incluso como actos de terrorismo. Considero que los ataques legítimos dirigidos contra objetivos militares en el curso de una contienda armada doméstica no pueden ser calificados como terroristas por el derecho internacional. Ahora bien, tampoco es menos cierto que algunos ataques podrían ser contrarios al DIH, lo que conllevaría que fueran ilícitos y, por ende, reprochables penalmente. Pongamos un ejemplo: en un conflicto armado no internacional, una mujer que no tiene ningún rasgo distintivo de pertenecer a las partes beligerantes ni lleva armas abiertamente, es decir, tendría una apariencia de no participar directamente en las hostilidades siendo una persona civil, se acerca a una patrulla militar y cuando está a su lado detona diversos explosivos que llevaba unidos a su cuerpo y ocultos. Esta conducta, según la norma nacional, podría ser calificada como acto terrorista; sin embargo, según el DIH, también podría calificarse

⁶⁷ KALSHOVEN, F., *loc. cit.*, p. 76

⁶⁸ *Ibidem*, p. 73, como bien apunta este autor, el art. 4 del PAII tendrá una aplicación general, mientras que el art. 13.2 del PAII tiene un ámbito de aplicación limitado, al aplicarse en relación con las operaciones militares.

como acto pérfido, *ex art.* 37 del PAI, conducta en todo caso prohibida y constitutiva de un crimen de guerra según el artículo 8.2.e) ix) del Estatuto de la CPI⁶⁹. No cabe la menor duda de que la mujer con apariencia de civil participaba directamente en las hostilidades⁷⁰, hecho que desconocían los militares asesinados, ya que estos, con base en la buena fe, consideraron que tenían que dispensar la protección debida a la referida mujer. Lo anterior es un claro ejemplo de perfidia, comportamiento prohibido por el DIH, al simular la mujer el *status* de persona civil y no combatiente⁷¹.

Complicando la cuestión un poco más, ¿cómo podría calificarse la conducta llevada a cabo por un grupo armado organizado durante un conflicto armado no internacional, consistente en colocar una bomba en un vehículo militar de la parte adversaria causando la muerte de los militares que lo ocupaban y también de diversas personas civiles que deambulaban por los alrededores? Este supuesto podría admitir múltiples respuestas, reuniendo todas ellas un punto de coherencia y lógica; sin embargo, en mi opinión, siempre habrá que atender al supuesto particularmente analizado. Así, primeramente habrá que averiguar cuál era el propósito del grupo armado organizado. Si la finalidad principal del acto era causar terror entre la población civil estaríamos ante un acto terrorista en tiempo de conflicto armado; si la finalidad principal del acto era acabar con la vida de los militares enemigos, no lo sería, pudiendo hallarnos ante un ataque indiscriminado, siempre que los muertos o heridos de la población civil sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista⁷². El término «excesivos» es un

⁶⁹ El art. 8.2.e.ix del Estatuto de la CPI castiga como crimen de guerra el matar o herir a traición a un combatiente adversario.

⁷⁰ Cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Cuestiones suscitadas por la participación directa de personas civiles en la acción hostil, dentro del marco de los conflictos armados», en *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, PÉREZ GONZÁLEZ, M. (dir.), CONDE PÉREZ, E. (coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 133 y ss.

⁷¹ Igualmente, el derecho de los conflictos armados prohíbe esta conducta, toda vez que en el art. 23.b) del Reglamento de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre queda prohibido de manera especial el matar o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o ejército enemigo.

⁷² Los ataques indiscriminados están criminalizados en el Estatuto de la CPI como crímenes de guerra cuando son cometidos en el seno de una contienda armada internacional, pero si ocurren en una contienda armada no internacional no lo están. Sin embargo, según el derecho consuetudinario, los ataques indiscriminados pueden concurrir en todo tipo de conflicto armado, al haber cristalizado las normas que los regulan en costumbre internacional, cfr. HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *loc. cit.*, pp. 43 y ss.; cfr. Decisión del TPIY (Sala de Apelaciones), de 10 de enero de 1995, de 2 de octubre de 1995, *Prosecutor v. Tadic*, párr. 127; cfr. sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 14 de enero de 2000, *Prosecutor v. Kupreskic*, IT-95-16-T, párr. 524; sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, párr. 57. Dependiendo del tribu-

concepto jurídico indeterminado que deberá precisarse caso por caso, atendiendo a las características y naturaleza del hecho concreto⁷³. Igualmente, si el acto está dirigido especialmente contra militares que participan en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles, dicho injusto podría calificarse como un crimen de guerra contra miembros del personal de Naciones Unidas, tipificado en el artículo 8.2.e.iii) del Estatuto de la CPI.

2.4. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACTOS O AMENAZAS DE VIOLENCIA CUYA FINALIDAD SEA ATERRORIZAR A LA POBLACIÓN CIVIL EN EL SENO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

El artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII nos ofrecen un elemento capital a tener en cuenta, a saber, determinados actos o amenazas de violencia están prohibidos si la finalidad de los mismos es aterrorizar a la población civil. En mi opinión, los actos o amenazas de violencia se refieren a los ataques militares, entendiéndolos en un sentido amplio, no exclusivamente dentro de la connotación de las operaciones militares. Esta tesis podría justificarse toda vez que la conducta prohibida por el DIH se ubica dentro de la protección contra las hostilidades, es decir, de los ataques en el seno de una contienda armada; y sobre todo, porque la prohibición va precedida de la prohibición de atacar a la población civil, tanto en el PAI como en el PAII. El artículo 49.1 del PAI define los ataques como los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos⁷⁴. Estos ataques no son más que el uso de la fuerza armada para llevar a cabo una operación militar al principio o durante el curso de una contienda armada⁷⁵. Así pues, el término «ataque» *in strictu sensu* sería una acción de combate, es decir, el empleo de las armas para ejecutar una operación militar⁷⁶; incluso serían una acción hostil, a saber, las acciones bélicas que

nal encargado de enjuiciar los hechos, el mismo injusto podría estar castigado en un caso y en otro no. En cualquier caso, lo recomendable es que los ordenamientos penales nacionales tipifiquen los ataques indiscriminados independientemente del conflicto armado en el que se produzca, así podría darse una solución jurídica adecuada al supuesto planteado, como sucede en el caso español con el art. 611 del Código Penal, cfr. PIGNATELLI y MECA, F., «La sanción...», *loc. cit.*, pp. 355 y ss.

⁷³ Cfr. SOLÍS, G., *The law of armed conflict. International humanitarian law in war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 274; cfr. GREEN, L.C., *loc. cit.*, p. 185; cfr. FLECK, D., *loc. cit.*, pp. 203 y ss.

⁷⁴ PICTET, J., «Commentary on the Additional Protocols...», *loc. cit.*, párrs. 1879 y ss.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 1882.

⁷⁶ PIGNATELLI y MECA, F., «La sanción...», *loc. cit.*, p. 357.

implican el uso de la fuerza y dirigidas contra el adversario⁷⁷. En cualquier caso, la noción de «ataque» denota una fuerza física, por lo que en principio no estarían incluidos los actos de propaganda, actos económicos o psicológicos⁷⁸. Dicho esto, la noción de «ataque», además de englobar las acciones hostiles contra el adversario en el curso de las operaciones militares, también comprendería aquellas conductas que constituyan un uso de la fuerza sobre la población civil o sobre las personas que han dejado de participar en las hostilidades, ejecutadas en el seno de una contienda armada y, particularmente, en el curso de las hostilidades⁷⁹. No se trataría de una medida de *law enforcement* llevada a cabo para mantener el orden o seguridad de los territorios bajo control, sino que se trataría del recurso ilegítimo y prohibido de los medios y métodos de combate, al utilizarse contra la población civil y aquellas personas que ya no participan directamente en las hostilidades⁸⁰.

En suma, los ataques se dirigirán únicamente contra objetivos militares, según preceptúa el artículo 52.2 del PAII⁸¹. Llegados a este punto, podemos asemejar la noción de acto o amenaza de violencia cuya finalidad es aterrorizar a la población civil como *toda conducta que implique el uso o la amenaza de la fuerza sobre la población civil o sobre las personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades, ejecutadas en el seno de una contienda armada, particularmente, en el curso de las hostilidades y que tienen como principal y directa finalidad aterrorizar a las personas antedichas, al no ofrecer ninguna ventaja militar concreta y directa tal acción violenta*.

⁷⁷ FERNÁNDEZ-FLORES y FUNES, J. L., *El derecho de los conflictos armados. De Iure Belli. El derecho de la guerra*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2001, p. 439

⁷⁸ BOTHE, M., PARTSCH, K. J., y SOLF, W. A., *New rules for victims of armed conflicts*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 289; el minar la moral de la población civil no constituye ninguna ventaja militar, cfr. SOLÍS, G., *loc. cit.*, p. 523.

⁷⁹ Cfr. MELZER, N., *loc. cit.*, p. 40.

⁸⁰ Los ataques deben estar dirigidos únicamente contra objetivos militares, toda vez que los ataques contra la población civil están prohibidos, constituyendo los mismos crímenes de guerra, al quebrantarse el principio consuetudinario de distinción, cfr. SOLÍS, G., 2010, *loc. cit.*, p. 252; HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *loc. cit.*, p. 8; Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 19 de julio de 1996, asunto *sobre la legalidad de la amenaza o del empleo de las armas nucleares*, párr. 78.

⁸¹ Es decir, aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción parcial o total ofrezca una ventaja militar definida; igualmente, serán objetivos militares aquellas personas que participen directamente en las hostilidades, cfr. DINSTEIN, Y., *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 89 y ss.; cfr. RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «Cuestiones suscitadas...», *loc. cit.*, pp. 152 y ss.

3. NATURALEZA COMO CRIMEN INTERNACIONAL DE LOS ACTOS DE TERROR CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL DURANTE UN CONFLICTO ARMADO

Los actos de terror durante un conflicto armado no han sido tipificados en el Estatuto de la CPI, pero lo anterior no conlleva que actualmente sean considerados un crimen internacional, concretamente un crimen de guerra. El crimen internacional es aquel comportamiento que viola gravemente una norma de derecho internacional que impone la correspondiente responsabilidad penal, poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos internacionales, los cuales están vinculados con la paz y seguridad internacional y con los derechos humanos en el seno de un conflicto armado. En síntesis, su origen y represión penal se encuentra en el derecho internacional, sin perjuicio de que posteriormente los Estados los hayan tipificado en su legislación penal interna⁸². Los actos de terror durante un conflicto armado pueden dividirse en dos tipos penales distintos, los actos de terrorismo, los cuales traen causa de su tipificación en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *ex art. 4.d*), y en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, *ex art. 3.d*); y los actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla, de origen consuetudinario y con base legal en el artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII. Los actos de terrorismo castigados en el Estatuto del Tribunal *ad hoc* de Ruanda y en el del Tribunal Especial para Sierra Leona, imponen una responsabilidad directa por la comisión de actos de terrorismo, entendida esta como grave violación del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra. Los bienes jurídicos de los susodichos tipos penales pertenecen al orden internacional, es decir, son supraindividuales, ya que se protege la paz y seguridad internacional⁸³. La tipificación de los actos de terrorismo en los Estatutos anteriormente citados tiene su origen en lo establecido en el artículo 4 del PAII, norma de naturaleza consuetudinaria⁸⁴.

⁸² Cfr. GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 51 y ss.; cfr. CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., y WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 5; cfr. EINARSEN, 2012, *The concept of universal crimes in international law*, Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, p. 248; CASSESE, A., *loc. cit.*, pp. 12 y ss.

⁸³ GIL GIL, A., *loc. cit.*, p. 179.

⁸⁴ Se ha sostenido por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda que el art. 4 del PAII, que lleva por título «garantías fundamentales», complementa al art. 3 común de los Convenios de Ginebra, el cual forma parte del derecho consuetudinario, por lo que aquel también ha cristalizado en derecho consuetudinario, entrañando la violación de los susodichos preceptos responsabilidad penal, cfr. sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Sala de Primera Instancia), de 2 de septiembre de 1998, *Prosecutor v. Aka-*

3.1. EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

3.1.1. Violaciones de las leyes y usos de la guerra

La sentencia del TPIY, de 5 de diciembre de 2003, contra el general Galic, posteriormente ratificada por la Sala de Apelaciones, mediante sentencia de 30 de noviembre de 2006, supuso el reconocimiento internacional del injusto consistente en realizar actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla como crimen internacional, particularmente, como un crimen de guerra. Los presupuestos requeridos por el TPIY para que ciertas conductas fuesen constitutivas de violaciones de las leyes y usos de la guerra fueron los siguientes:

- i. La conducta debe contravenir una norma de DIH.
- ii. La norma debe ser consuetudinaria en su naturaleza o, si pertenece al derecho convencional, debe ser conocida por el responsable.
- iii. La conducta debe entrañar una violación grave, es decir, debe constituir una infracción de las reglas que protegen valores importantes y debe implicar graves consecuencias para la víctima.
- iv. La violación de la norma debe entrañar, bien por el derecho consuetudinario, bien por el derecho convencional, responsabilidad penal individual⁸⁵.

Si un determinado injusto reúne los presupuestos antedichos, el tribunal *ad hoc* podría calificarlo como una violación de las leyes y usos de la guerra, aunque no venga expresamente tipificado. Evidentemente, esta postura mantenida por el tribunal ha tenido muchos detractores, ya que consideraban que se ponía en peligro el principio de legalidad, al no venir tipificada la conducta en el Estatuto del TPIY, utilizándose como posible criterio de criminalización que la misma fuese contraria al derecho convencional⁸⁶. La Sala de Apelaciones del TPIY ha ratificado esta tesis, llegando a sostener que un determinado acto puede ser juzgado aunque el mismo no forme parte del derecho consuetudinario, siempre que conven-

yesu, ICTR-96-4-T, párrs. 610 a 616; sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 2 de marzo de 2009, *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao*, SCSL-04-15-T, párr. 62.

⁸⁵ Decisión Interlocutoria del TPIY, de 2 de octubre de 1995, caso Tadic, párrs. 94 y ss.

⁸⁶ ZAHAR, A., y SLUITER, G., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 90; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 440 y 441.

cionalmente obligue al responsable; en síntesis, el derecho convencional puede constituir base penal suficiente para configurar un tipo penal en el ámbito de jurisdicción de este tribunal *ad hoc*⁸⁷. Asimismo, el injusto deberá reunir las características propias de todo crimen de guerra. A modo de síntesis, y sin ánimo exhaustivo de centrarnos en los mismos, los presupuestos de los crímenes de guerra son que se lleven a cabo en el seno de un conflicto armado, ora internacional, ora no internacional; que guarden una conexión con el contexto armado, es decir, con la contienda armada existente, incluyendo las situaciones de ocupación bélica; que sean cometidos, con carácter general, con dolo, a saber, con voluntad y conocimiento del injusto, ya que existen ciertos crímenes de guerra que podrían ser realizados imprudentemente; y que reúnan cierta gravedad, toda vez que no toda contravención del DIH podría ser calificada como un crimen de guerra⁸⁸.

3.1.2. El caso Galic y Milosevic

El proceso penal seguido al general Stanislav Galic, comandante del Ejército Serbio-Bosnio, se debe a que dicho oficial general, durante el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 1992 y el 10 de agosto de 1994, condujo una campaña militar prolongada contra la ciudad de Sarajevo consistente en el bombardeo y el uso de francotiradores contra la población civil. Estos hechos fueron calificados como actos de violencia con el fin de aterrorizar a la población civil, es decir, como una violación de las leyes y usos de la guerra. La base normativa sobre la que se asentó la acusación y, por ende, el tipo penal aplicado fue el artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII⁸⁹. Igualmente, Dragomir Milosevic fue enjuiciado por el sitio de Sarajevo, durante el tiempo comprendido entre agosto de 1994 y noviembre de 1995, principalmente, a causa de los medios empleados en el mismo, que fueron planeados y ordenados por el acusado. Estos procesos constituyen un claro ejemplo de la prohibición de llevar a cabo determinados actos de violencia contra la población civil con el fin de aterrorizarla,

⁸⁷ Sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 26 de febrero de 2001, *Prosecutor v. Kordic y Cerkez*, párrs. 41 y ss.

⁸⁸ Sobre este aspecto, resulta oportuno criticar la redacción del art. 614 del Código Penal, el cual castiga penalmente cualquier contravención o acto contrario del DIH. En mi opinión, no toda contravención del DIH es merecedora de ser castigada penalmente, ya que el derecho disciplinario militar podría servir como herramienta para corregir determinados comportamientos que no sean graves, admitiendo esta posibilidad el art. 87.3 del PAI.

⁸⁹ Sentencia del TPIY (Sala de Apelaciones), de 30 de noviembre de 2006, *Prosecutor v. Galic*, párr. 87 (en adelante, caso Galic [Sala de Apelaciones]).

todo ello, como un método de combate, ya que la finalidad de los acusados era obtener la plaza de Sarajevo, que fue tratada como un objetivo militar, siéndoles indiferente los medios de combate empleados para ello.

3.1.2.1. Naturaleza consuetudinaria del artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII

Si bien es cierto que la base penal de la acusación se sustentó en el quebrantamiento de normas convencionales, obligatorias para las partes beligerantes en el momento de la comisión de los hechos, no es menos cierto que la Sala de Apelaciones fundamentó que dicho crimen de guerra pertenecía ya al derecho consuetudinario⁹⁰, siendo las normas que lo regulan de naturaleza *ius cogens*⁹¹.

3.1.2.2. Criminalización de los actos de violencia cuya finalidad es aterrorizar a la población civil

También de Primera Instancia consideró que este injusto conllevaba responsabilidad penal, principalmente, con base en el derecho convencional⁹².

⁹⁰ Caso Galic (Sala de Apelaciones), párr. 86. Igualmente, conviene tener en cuenta el voto particular del juez SCHOMBURG'S, quien entendió que el crimen analizado no pertenecía al derecho consuetudinario, cfr. BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford, Hart Publishers, 2011, pp. 223 y 224; VAN DER VYVER, J. D., *loc. cit.*, pp. 541 y ss.; conviene reseñar que el TPIY castigó en procesos anteriores otros comportamientos que causaron terror entre la población civil, aunque no se llegó a condenar expresamente por actos de terror, cfr. sentencias del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, caso Blaskic (IT-95-14-T), de 3 de mayo de 2000, y Kristic (IT-98-33-T), de 2 de agosto de 2001. La Sala de Primera Instancia evitó pronunciarse sobre si el art. 51.2 del PAI y el art. 13.2 del PAII formaban parte del derecho consuetudinario, simplemente se limitaron a decir que la norma convencional vinculaba al responsable, en virtud del Acuerdo de 22 de mayo de 1992 suscrito entre las partes beligerantes y que la prohibición específica de aterrorizar a la población civil era una norma de *ius cogens*, al proteger los mismos valores que la prohibición general de atacar a la población civil, cfr. sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, párr. 98 (en adelante, caso Galic [Sala de Primera Instancia]); ello se debió a que tanto el art. 51.2 del PAI como el art. 13.2 del PAII son preceptos especiales radicados dentro de un principio general fundamental del DIH, a saber, el principio de distinción y la prohibición de atacar a civiles, cfr. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 8 de julio de 1996, asunto de la legalidad de las amenazas de armas nucleares, párrs. 226 y 257; DINSTEIN, Y., *loc. cit.*, p. 8; SOLÍS, G., *loc. cit.*, p. 256.

⁹¹ Cfr. HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *loc. cit.*, pp. 10 y ss.

⁹² Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párr. 127; la Sala de Primera instancia acudió al informe de la Comisión de Juristas de 1919; al proceso marcial seguido contra Shigeki Motomura *et al.* en el año 1947, anteriormente analizado; a la criminalización de los

También entendió que los actos de terror eran de la misma naturaleza que la prohibición general de atacar a la población civil, la cual había sido «criminalizada» en el artículo 85.3 del PAI, como una infracción grave del DIH. La Sala consideró que los actos de terror ocasionaron la muerte y lesiones de la población civil y, sobre todo, ostentaban un plus de intención, consistente en aterrorizarla, por lo que podían ser equiparados a una infracción grave del DIH, siendo actos criminales que conllevaban responsabilidad penal⁹³, en concreto, crímenes de guerra, *ex art.* 85.5 del PAI⁹⁴. En cualquier caso, tenemos que recalcar que los actos de terror contra la población civil no son una infracción grave del DIH *in strictu sensu*.

3.1.2.3. Elementos del crimen de guerra

*Actos de violencia dirigidos contra la población civil o personas civiles que no participan directamente en las hostilidades*⁹⁵: La Sala de Primera Instancia consideró que los actos de violencia no incluían los ataques legítimos, sino que lo prohibido eran los ataques ilegítimos contra la población civil. Aquellos actos de violencia cometidos en el curso de las hostilidades que contravengan las normas del DIH podrán conformar el *actus reus* del tipo penal. Por ejemplo, los ataques contra obras o ins-

actos de terrorismo sistemático en la Australia's War Crimes Act de 1945; a la prohibición del art. 33 del CGIV; a la prohibición del art. 51.2 del PAI y art. 13.2 del PAII; a la criminalización de los actos de terror contra la población civil en conflictos armados contenida en la legislación penal del antiguo Estado de la República Federal de Yugoslavia; al acuerdo de 22 de mayo de 1992; y a la condena dictada por un tribunal croata, con fecha 26 de mayo de 1997, contra Rajko Radulovic, por la comisión de llevar a cabo un plan de terror y maltrato de la población civil.

⁹³ Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párrs. 127 y 128.

⁹⁴ La Sala de Apelaciones confirmó lo sostenido por la Sala de Primera Instancia, añadiendo antecedentes de legislaciones penales domésticas que criminalizaban los actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla, como por ejemplo la Geneva Conventions Act of Ireland de 1962, el Código Penal Militar de Noruega de 1902 y el Código Penal de 2005, el Código Penal de la República Checa, de Etiopía y de Costa de Marfil, *cfr.* Caso Galic (Sala de Apelaciones), párrs. 94 y ss. También tenemos que reseñar que la Fiscalía refirió como antecedente de criminalización de la conducta estudiada el art. 611.1.º del Código Penal español; *cfr.* G. WERLE, 2005, *loc. cit.*, p. 530; *cfr.* ZAHAR, A., y SLUITER, G., *loc. cit.*, p. 143.

⁹⁵ Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párrs. 133 y ss.; el Tribunal *ad hoc* consideró que no era necesario demostrar la existencia de un estado de terror entre la población civil, toda vez que no sería un elemento del tipo penal referido, por lo que no tenía que acreditarse relación de causalidad alguna entre los actos de violencia y la producción del citado estado de terror. El aterrorizar a la población civil entraría dentro de la *mens rea* del responsable.

talaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 56 del PAI), los ataques indiscriminados (arts. 51.4 y 51.5 del PAI⁹⁶) y los ataques contra la población civil (art. 51.2 del PAI) podrían constituir el *actus reus* del tipo. Un aspecto destacable del caso Milosevic es que se consideraron como *actus reus* los ataques indiscriminados llevados a cabo por medio de bombas aéreas modificadas, las cuales eran muy imprecisas, siendo este aspecto conocido por el acusado⁹⁷.

El tipo penal fue configurado como un delito de resultado, al exigirse la muerte o lesiones graves entre la población civil. Ahora bien, posteriormente la Sala de Apelaciones en el caso Milosevic consideró que no era imprescindible que concurrieran muertes o lesiones entre la población civil, siendo suficiente que las víctimas sufran graves consecuencias por los actos de violencia realizados⁹⁸. Esta tipificación difiere de la estipulada en el artículo 8.2.b.i) del Estatuto de la CPI, que castiga los ataques contra la población civil de modo genérico, ya que no se exige resultado alguno, tratándose por ello de un delito de mera actividad y de peligro, lo que da lugar a una mayor protección sobre las personas protegidas por el DIH⁹⁹. El tribunal no consideró que los daños morales o psíquicos pudieran estar incluidos en el crimen analizado¹⁰⁰. Por último, el sujeto pasivo del tipo sería, únicamente, la población civil y las personas que no participan directamente en las hostilidades, por lo que podrían estar incluidos en algunos casos los prisioneros de guerra, heridos, enfermos y naufragos; los combatientes no, ya que estos participan en las hostilidades y tienen como carga ser un objetivo militar legítimo.

Hacer intencionadamente a la población civil o a las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades objeto de tales actos de violencia: Este elemento nos introduce de pleno en la *mens rea* de responsable, es decir, la voluntad de cometer el delito y el conocimiento de su antijuricidad. El tribunal *ad hoc* pasó de largo sobre este elemento subjetivo,

⁹⁶ Caso Galic (Sala de Apelaciones), párr. 102.

⁹⁷ Sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 12 de diciembre de 2007, ICTY-98-29/1-T, Prosecutor v. Milosevic, párr. 912 (en adelante, caso Milosevic [Sala de Primera Instancia]).

⁹⁸ Sentencia del TPIY (Sala de Apelaciones), de 12 de noviembre de 2009, Prosecutor v. Dragar Milosevic, IT-98-29/1-A, párr. 33 (en adelante, caso Milosevic [Sala de Apelaciones]).

⁹⁹ OLÁSALO ALONSO, H., *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 264 y ss.

¹⁰⁰ Este aspecto fue posteriormente propuesto en el voto particular del juez LIU DAQUIN en el caso Milosevic (Sala de Primera Instancia), voto particular, párrs. 25 y ss.

centrándose exclusivamente en el tercer elemento, la intención de aterrorizar a la población civil¹⁰¹. El injusto de atacar a la población, con carácter general, puede cometerse dolosamente, incluyendo el *dolus eventualis*¹⁰², por lo menos en el ámbito del TPIY, ya que la CPI no reconoce el dolo eventual. Igualmente, nos tenemos que preguntar sobre la posibilidad de que el ataque contra la población civil pueda cometerse imprudentemente. Según la *praxis* de la CPI esto no es posible, al no incluirse en los tipos penales del Estatuto ni en los elementos de los crímenes de guerra elemento subjetivo alguno que propicie la inclusión de la imprudencia, por lo menos en lo relativo a los ataques contra la población civil. Empero lo anterior, la *praxis* de los tribunales *ad hoc* es bien distinta. Así, el Tribunal Especial para Sierra Leona afirmó en relación a los ataques contra la población civil que los mismos podían cometerse mediante *recklessness*, es decir, por imprudencia consciente¹⁰³, quedando excluida la mera negligencia¹⁰⁴. De igual manera se pronunció el TPIY en el caso Galic, en donde sostuvo que el término *wilfully* comprendía el concepto de *recklessness*, excluyéndose la simple negligencia¹⁰⁵.

Los actos de violencia deben haberse cometido con el propósito principal de aterrorizar a la población civil: Este es el elemento nuclear del tipo, a saber, los actos de violencia deben tener como finalidad principal aterrorizar a la población civil o a las personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades. Nos encontraríamos ante el denominado *dolus specialis*, no siendo suficiente un dolo genérico o eventual, aunque

¹⁰¹ En realidad se trató en el crimen de guerra de atacar a la población civil por el que también se acusó a Galic, pero en ningún caso se remitieron a lo expuesto en la acusación anterior.

¹⁰² Si un miembro de la parte beligerante decide lanzar un proyectil con su mortero contra la población civil, a fin de atacarla, nos encontraríamos ante un dolo en primer grado; si lanza el proyectil con su mortero con la finalidad de destruir un vehículo militar, pero es consciente de que a su vez matará a muchos niños que se encuentran jugando al lado del vehículo, nos encontraríamos ante un dolo en segundo grado; y si lanza el proyectil contra el vehículo militar siendo consciente de la probabilidad de que matará a muchos niños que están jugando al lado del vehículo, aceptando dicho riesgo, nos encontraríamos ante un dolo eventual; cualquiera de estas conductas estaría prohibida por el DIH, salvo que pueda entrar en juego la proporcionalidad del ataque, aspecto muy discutible en el supuesto planteado, ya que la muerte o lesiones graves que se pueden causar a los niños serían excesivos respecto de la ventaja militar que pudiera ofrecer el destruir un vehículo militar y a sus ocupantes (art. 57.2.a.iii) del PAI); cfr. OLÁSOLO ALONSO, H., *loc. cit.*, p. 266.

¹⁰³ Cfr. BADAR, M. E., *The concept of mens rea in international criminal law*, London, Hart Publishing, 2012, pp. 112 y ss.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 2 de marzo de 2009, *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao*, SCSL-04-15-T, párr. 118.

¹⁰⁵ Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párr. 54.

se admite que puedan concurrir otros propósitos alternativos, pero en cualquier caso, el principal debe ser aterrorizar a las personas antedichas¹⁰⁶. La acreditación de este dolo especial puede inferirse de un análisis de la naturaleza y contexto de los actos de violencia. En el caso Galic se dedujo porque los ataques contra la población civil eran numerosos, no tenían como finalidad obtener una ventaja militar, ocurrían tanto de día como de noche, no había objetivos militares próximos y las víctimas no llevaban uniforme alguno que pudiera confundirlas con combatientes, ni siquiera llevaban armas abiertamente¹⁰⁷. En el caso Milosevic se sostuvo que los ataques hechos de día contra civiles que se encuentran en mercados, en plazas públicas, en transportes públicos o en puntos de distribución de agua eran claros indicios de que la finalidad no era otra que aterrorizar a la población civil¹⁰⁸. Lo anterior conlleva que este crimen sea un tipo agravado respecto del crimen de guerra genérico de atacar a la población civil¹⁰⁹. Por aterrorizar a la población civil se entiende causar miedo extremo¹¹⁰, y por terror podría entenderse la sensación de no estar seguro en ningún momento y en ninguna parte de la ciudad, en síntesis, sería la intención de arrebatarse cualquier sensación de seguridad¹¹¹.

3.1.3. El caso *Prilc'et al.*

La reciente Sentencia del TPIY, dictada el día 29 de mayo de 2013, en el caso *Prilc'et al.*, ha vuelto a tratar el asunto de los actos de terror en el contexto de un conflicto armado, concretamente, se ha analizado el sitio de Mostar y los ataques que se dirigieron contra dicha plaza a fin de obtener su control y lograr expulsar a la población civil de la misma. En la referida resolución judicial se analiza el uso indiscriminado de determinados ataques contra la población civil, principalmente, el uso de francotiradores y los bombardeos de artillería. Con relación a los ataques de artillería se entendió que los mismos tenían la finalidad de aterrorizar a la población civil, toda vez que fueron ininterrumpidos durante un período de tiempo de

¹⁰⁶ Caso Galic (Sala de Apelaciones), párr. 104.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrs. 107 y 108.

¹⁰⁸ Caso Milosevic (Sala de Primera Instancia), párr. 881.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párr. 882.

¹¹⁰ Caso Galic (Sala de Primera Instancia), párr. 75.

¹¹¹ Caso Milosevic (Sala de Primera Instancia), párr. 885, este grado de inseguridad se alcanza no solo por la cercanía de los combates, aspecto que no sería reprochable penalmente, sino que se obtiene cuando la inseguridad creada como método de guerra tiene por finalidad desmoralizar a la población civil que no participa en las hostilidades.

9 meses, no se limitaron a objetivos específicos y fueron lanzados en áreas en donde la población civil era numerosa y muy densa, causando por ello cuantiosos daños en las personas y sus propiedades que eran desproporcionados con la ventaja militar que se pretendía obtener¹¹². Sobre los ataques de los francotiradores contra la población civil, huelga significar que los mismos iban dirigidos contra niños, mujeres y otra serie de personas que no eran combatientes, eran efectuados durante todo el día y en espacios y lugares de vital importancia para la población civil, como supermercados, fuentes de agua, etc.

Sea como fuere, lo más importante de esta resolución judicial y, a la vez, lo más criticable, es la extensión que se ha efectuado sobre el *actus reus* que conforma el tipo penal estudiado. El Tribunal consideró que la destrucción deliberada de diez mezquitas por parte del Ejército del HVO, sin ningún valor militar, así como la destrucción del viejo puente de Mostar, tenía como finalidad minar la moral de la población civil, de mayoría musulmana, siendo el HVO consciente de esta circunstancia, al tratarse de bienes civiles con un elevado valor simbólico, cultural e histórico¹¹³. Igualmente, la Sala de Primera Instancia manifestó que la situación de aislamiento que se pretendía llevar a cabo en la ciudad de Mostar, mediante los bloqueos efectuados por el HVO, los ataques contra personal de Naciones Unidas, así como el entorpecimiento de suministros de naturaleza humanitaria para la población civil, tenían como finalidad aterrorizar a la población civil¹¹⁴. Realmente, entiendo que el Tribunal ha interpretado extensivamente la acción tipificada en el crimen de guerra analizado, ya que los hechos anteriormente referidos no son actos directa o indirectamente dirigidos contra la población civil. Si bien es cierto que los ataques contra la propiedad de la población civil podrían tener acogida en el tipo penal, aquellos que se realizasen contra otra serie de bienes civiles que no tuvieran un impacto negativo directo e inmediato en la población civil, como son los lugares de culto, no deberían incluirse dentro del delito estudiado, perteneciendo a otra clase de crímenes de guerra igualmente tipificados y castigados. En mi opinión, la finalidad principal de los crímenes referidos no era otra que desplazar a la población civil, por lo que lo esencial era eliminar todo rastro de identidad de esta población en la ciudad de Mostar, bien de culto o de relevancia cultural (puente viejo). La destrucción de lugares de culto y bienes civiles ajenos

¹¹² Sentencia del TPIY (Sala de Primera Instancia), de 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T, caso *Prlic 'et al*, párr. 1689.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 1690.

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 1691.

a la propiedad privada de la población civil y que, prima facie, no serían de vital importancia para esta, no causarían un miedo extremo ni una sensación de inseguridad constante, al tratarse de unos hechos aislados y puntuales, totalmente distintos de los ataques directos contra la población civil mediante piezas de artillería y francotiradores, los cuales se hacían en cualquier momento, en cualquier lugar y contra cualquier persona, obteniéndose la sensación de inseguridad requerida; estos ataques sí tenían la finalidad principal de aterrorizarla.

3.2. EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA

Las sentencias que procederemos a analizar tienen un punto en común todas ellas, muchos de los hechos enjuiciados no ocurrieron en el curso de las hostilidades, sino que tuvieron lugar como represalia o castigo contra la población civil por no apoyar a los grupos armados organizados del territorio o por apoyar al gobierno del país, todo ello mientras estos grupos armados organizados controlaban parte del territorio en donde acontecieron los hechos criminales. Esto, desde mi punto de vista, conllevaría que nos encontrásemos ante un tipo penal distinto que el analizado anteriormente; estaríamos ante el crimen de guerra de actos de terrorismo en el seno de un conflicto armado. En el caso Brima, Kamara y Kanu los imputados llevaron a cabo una campaña de terror y castigo contra la población civil, bien por haber ayudado al gobierno o bien por no haber ayudado al grupo armado organizado AFRC o los que le eran afines. Múltiples actos de violencia fueron realizados para hacer ver a la población lo que les esperaba si no colaboraban con ellos. Entre los mismos encontramos la abducción de niñas y mujeres para convertirlas en esclavas sexuales y realizar trabajos forzados, la abducción de niños para trabajos forzados o para formar parte del grupo armado organizado, asesinatos ilícitos, violencia física y sexual y destrucción de bienes¹¹⁵. En cuanto al uso de niños soldados el tribunal consideró que estos no tenían como finalidad principal aterrorizar a la población civil, sino que fue para fines militares o relacionados con el mismo¹¹⁶. Con respecto a la abducción de niñas y mujeres como esclavas sexuales, tampoco el tribunal apreció que la finalidad de tales actos estuviese dirigida a aterrorizar a la población civil, siendo el propósito de los mismos tratarlas como

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 20 de junio de 2007, *Prosecutor v. Brima, Kamara y Kanu*, SCSL-04-16-T, párrs. 1431 y 1432.

¹¹⁶ *Ibidem*, párrs. 1447 a 1450.

botín de guerra¹¹⁷. Ahora bien, la violencia física llevada a cabo contra la población civil, consistente en múltiples asesinatos (quemar a las personas, apuñalamientos, etc.), agresiones graves a la integridad física (mutilaciones de manos, brazos, pies y otras partes del cuerpo) y la destrucción de bienes esenciales para la supervivencia, fue considerada como actos de terrorismo, ya que su finalidad no era otra que aterrorizar a la población civil¹¹⁸.

El tipo penal aplicable son los actos de terrorismo, que es una reproducción literal de la prohibición contenida en el artículo 4.2.d) del PAII; eso sí, el tribunal lo interpretó conjuntamente con el artículo 13.2 del PAII, lo que amplía considerablemente el tipo¹¹⁹. Los elementos del tipo difieren de los establecidos en el caso Galic, ahora se exigen los siguientes:

- i. Actos de violencia o amenazas dirigidos contra las personas o su propiedad.
- ii. La intención de hacer a las personas o a su propiedad objeto de tales actos de violencia o amenaza.
- iii. Los actos de violencia o amenazas deben ser cometidos con la intención principal de aterrorizar a las personas¹²⁰.

El presente crimen ya no es de resultado, al no exigirse la muerte o lesiones en las personas o daños en los bienes, lo que nos conduce a considerarlo como un crimen de guerra de mera actividad y peligro¹²¹. La protección dispensada ahora se extiende, además de a las personas y su dignidad, a su propiedad. En mi opinión, el tribunal debería haber concretado qué tipo de bienes son objeto de protección penal. Ciertamente, en algún pasaje de la sentencia se refieren a las viviendas de las personas¹²². A mi juicio, los únicos bienes que deberían protegerse en este tipo penal deberían ser aquellos que fueran esenciales, como la vivienda personal y los víveres fundamentales para la supervivencia.

En el caso Fofana y Kondewa no se pudo probar más allá de toda duda razonable que los imputados realizaran los actos imputados con la finalidad

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 1459, la duración de los ataques o actos de violencia realizados, la naturaleza de los mismos y la brutal manera en la que fueron llevados a cabo determinaron al tribunal que su finalidad no era otra que aterrorizar a la población civil, cfr *Ibidem*, párrs. 1461 y ss.

¹¹⁸ *Ibidem*, párr. 1475.

¹¹⁹ BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, p. 229; caso Brima, Kamara y Kanu (Sala de Primera Instancia), párr. 661.

¹²⁰ Caso Brima, Kamara y Kanu (Sala de Primera Instancia), párr. 667.

¹²¹ Cfr. BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, p. 230.

¹²² Caso Brima, Kamara y Kanu (Sala de Primera Instancia), párr. 670.

de aterrorizar a la población civil, por lo que fueron absueltos de los cargos de actos de terrorismo¹²³. La Sala de Primera Instancia consideró que los actos de terrorismo tipificados en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal traían causa del artículo 4.2.d) del PAII y del artículo 33 del CGIV¹²⁴. Consideró que los actos de terrorismo comprendían los actos prohibidos en los artículos 4.2.d) y 13.2 del PAII, siendo este último precepto una prohibición específica del primero. Así, la comisión de los actos prohibidos por el artículo 13.2 del PAII también serían constitutivos de actos de terrorismo¹²⁵, aspecto que en mi opinión es discutible, al ser un tipo penal distinto, surgido del derecho consuetudinario para un ámbito concreto, las operaciones militares desarrolladas en el curso de las hostilidades. La Sala de Apelaciones también cambió los elementos configurados anteriormente del tipo penal, llegando a indicar que la intención (*wilfully*) de dirigir los actos de violencia contra la población civil podía realizarse también mediante la *recklessness*¹²⁶.

Lo más significativo del caso Sessay, Kallon y Gbao¹²⁷ es que algunos episodios de violencia sexual fueron considerados como actos de terrorismo. La manera en que fueron llevados a cabo (en presencia de los hijos o esposos, introducción de objetos desgarradores, violación de mujeres embarazadas, etc.) y la naturaleza de los mismos determinaron en el tribunal que su finalidad no era satisfacer un ánimo libidinoso o personal, sino que era infundir el terror entre la población civil¹²⁸. El constante estado de inseguridad entre las mujeres era evidente, ya que conocían la manera de proceder de la guerrilla del RUF¹²⁹. El conjunto de amputaciones realizadas entre la población civil, los asesinatos, la destrucción de bienes y las violaciones constantes de las mujeres y niñas formaban parte de una política denominada *gori-gori* (en la región de Freetown)¹³⁰. Lo antedicho justificaría el hecho de que no se trataba de una operación militar *in strictu sensu*, consistiendo tales actos en otra serie de medidas distintas de las militares, al no tener como finalidad obtener una ventaja militar concreta. Simplemente se limitaban los comportamientos a aterrorizar a la población civil¹³¹.

¹²³ BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, p. 235.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 2 de agosto de 2007, *Prosecutor v. Fofana y Kondewa*, SCSL-0414-T, párr. 168.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Apelaciones), de 28 de mayo de 2008, SCSL-04-14-A, *Prosecutor v. Fofana y Kondewa*, párr. 348.

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 355.

¹²⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 2 de marzo de 2009, *Prosecutor v. Sessay, Kallon y Gbao*, SCSL-04-15-T, párrs. 110 y ss.

¹²⁸ *Ibidem*, párrs. 1347 y 1348.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 1350.

¹³⁰ *Ibidem*, párr. 1596.

¹³¹ BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, pp. 237 y ss.

El caso Charles Taylor constituye el último proceso instruido en este tribunal por la comisión de actos de terrorismo; pero, además, es el más relevante, ya que se enjuició a un presidente de Estado, siendo el mismo condenado como cómplice e inductor de dichos crímenes¹³². El aspecto más reseñable de la sentencia lo encontramos en la alegación de la defensa de que en los elementos del crimen no están todos los requisitos enumerados por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, en relación al crimen de actos de terrorismo¹³³. Como puede apreciarse, por primera vez se intenta aproximar el concepto de terrorismo en tiempo de paz a la definición de actos de terrorismo en conflictos armados, regulada en el artículo 33 del CGIV y en el artículo 4.2.d) del PAII. El tribunal, a fin de solventar la alegación interpuesta por la defensa, indicó que el crimen de guerra de actos de terrorismo es distinto del delito de actos de terrorismo en tiempo de paz, albergando unos elementos distintos cada delito¹³⁴. La decisión del tribunal me parece acertada. Sin embargo, no deberíamos excluir por completo la posibilidad de interpretar el crimen de guerra de actos de terrorismo con base en el delito internacional de terrorismo en tiempo de paz, con las matizaciones oportunas, como se indicó anteriormente. El tribunal lo que ha hecho en relación a este crimen de guerra es interpretarlo conjuntamente con el crimen de guerra de actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla, delito, en mi opinión, distinto de los actos de terrorismo en un conflicto armado¹³⁵.

Dicho esto, al igual que en los casos anteriores, los actos de terrorismo por los que se acusó a Charles Taylor fueron los mismos que en los procesos que le precedían. Sin embargo, con respecto a los asesinatos y actos de violencia sexual y física, sí consideró el tribunal que eran actos de terrorismo¹³⁶. Básicamente, la manera en que fueron cometidos los asesinatos y violencia física/amputaciones (en presencia de la familia, en público, daños notorios y permanentes¹³⁷, etc.), su magnitud y el motivo de los mismos, que no era otro que castigar a la población por ayudar al gobierno o por no ayudar al RUF o al AFRC, determinaron en el tribunal que el propósito principal de los mismos era aterrorizar a la población civil. Como pue-

¹³² Cfr. KEITH, K. M. F., «Deconstructing terrorism as a war crime», en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 813 y ss.

¹³³ Sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona (Sala de Primera Instancia), de 18 de mayo de 2012, *Prosecutor v. Charles Taylor*, SCSL-03-01-T, párr. 408.

¹³⁴ *Ibidem*, párr. 409.

¹³⁵ Cfr. BIANCHI, A., y NAQVI, Y., *loc. cit.*, p. 242.

¹³⁶ KEITH, K. M. F., *loc. cit.*, p. 822.

¹³⁷ Caso Charles Taylor (Sala de Primera Instancia), párr. 2043.

de observarse, la *mens rea* de los actos de terrorismo puede ser múltiple, pero en cualquier caso, la finalidad esencial del injusto debe ser aterrorizar a la población. Muchos de los comportamientos punibles fueron llevados a cabo en el seno de la operación «*no living thing*»¹³⁸, como la destrucción de propiedades, pero otros muchos lo fueron en actos aislados, sin que constituyesen operación militar alguna, principalmente porque las localidades objeto de los actos de violencia estaban bajo el control del grupo armado organizado RUF o AFRC. En cuanto a la violencia sexual, al igual que en el caso Sessay, Kallon y Gbao, la misma fue considerada como un acto de terrorismo, toda vez que su finalidad era aterrorizar a las personas. El acervo probatorio en el que se sustentó esta decisión fueron diversos informes obrantes en la causa, en los que se infería que la violencia sexual era un método de guerra para aterrorizar a la población y mandar un mensaje al enemigo, así como por la naturaleza de cómo se llevaron a cabo tales injustos (en presencia de esposos, hijos, con introducción de objetos desgarradores, etc.)¹³⁹. Por último, la destrucción de bienes de la población también fue considerado como un acto de terror, ya que su finalidad no era otra que infundir el miedo entre la población. Las viviendas eran quemadas con sus propietarios, incluso familias enteras, y algunas ciudades fueron arrasadas¹⁴⁰. La finalidad de tales actos tenía un componente militar, empero lo dicho, el propósito esencial era consolidar un área de terror, lo que llevó al tribunal a considerar tales injustos como actos de terrorismo¹⁴¹.

4. CONCLUSIONES

Los actos de terror en el DIH están prohibidos en todo momento y circunstancia, independientemente de que el conflicto armado sea internacional o no internacional, aunque en el Estatuto de Roma no se han criminalizado los actos de terror acaecidos en un conflicto armado. Esta prohibición ha conllevado que se criminalicen los mismos, configurándose como un crimen internacional, concretamente, como un crimen de guerra. El TPIY sostuvo que los actos de terror consistentes en actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarla, era un crimen de guerra que formaba parte del derecho consuetudinario, cuyo fundamento

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 1995.

¹³⁹ KEITH, K. M. F., *loc. cit.*, p. 823; caso Charles Taylor (Sala de Primera Instancia), párr. 2034.

¹⁴⁰ Caso Charles Taylor (Sala de Primera Instancia), párr. 2027.

¹⁴¹ *Ibidem*, párr. 2006.

se encontraba en el artículo 51.2 del PAI y el artículo 13.2 del PAII. Posteriormente, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y en el del Tribunal Especial para Sierra Leona se tipificó como crimen internacional un injusto distinto, a saber, los actos de terrorismo, con base en el artículo 4.2.d) del PAII. La jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona ha interpretado este delito conjuntamente con el artículo 13.2 del PAII, llegando a incluir nuevos elementos en el tipo que los propuestos por el Tribunal *ad hoc* para Yugoslavia. En cualquier caso, tenemos que diferenciar los actos de terror cometidos en tiempo de paz, de los llevados a cabo en el seno de un conflicto armado, al tratarse de injustos diferentes con motivaciones, en principio, distintas, aunque ambos tienen un nexo común, que no es otro que el causar un estado de terror entre la población civil. Aun así, no podemos ser ajenos a la definición de terrorismo establecida por el Tribunal Especial para el Líbano, la cual puede orientarnos sobre lo que constituyen las medidas o actos de terrorismo prohibidas en el DIH, todo ello con las matizaciones oportunas, ya que ciertos comportamientos prohibidos en tiempo de paz puede que no lo sean en tiempo de guerra o conflicto armado. En cualquier caso, los actos de terror prohibidos en el DIH serán aquellos que infrinjan una norma sustantiva del DIH.

En mi opinión, los actos de terror en el seno de los conflictos armados comprenden dos tipos penales distintos. El primero serían *los actos de violencia contra la población civil realizados con la finalidad de aterrorizarlos*, que trae causa del artículo 51.2 del PAI y artículo 13.2 del PAII. Este delito en un principio fue configurado como de resultado, pero, posteriormente, el Tribunal Especial para Sierra Leona lo calificó de peligro y mera actividad, extendiéndose así su ámbito de aplicación; constituye un límite a la conducción de las hostilidades, su ámbito de aplicación es amplio, al proteger a cualquier persona civil, y es una prohibición específica del DIH. El segundo serían *los actos de terrorismo*, que derivan del artículo 33 del CGIV y del artículo 4.2.d) del PAII, siendo este delito de resultado, constituyendo un límite a las acciones de *law enforcement* (mantenimiento del orden público) y siendo su ámbito de aplicación restringido, al proteger a las personas protegidas por el DIH. Los tipos antedichos pueden tener elementos coincidentes, como el *actus reus*, pero la *mens rea* de los actos de terrorismo es distinta de la de los actos de violencia contra la población civil con la finalidad de aterrorizarlos, toda vez que en los actos de terrorismo puede incluirse el compeler a la parte enemiga a hacer algo o no hacerlo, aproximándose, de esta manera, el presente delito al concepto de terrorismo aplicable en tiempo de paz, con las particularidades correspondientes.