

La calificación del conflicto armado interno y el postulado de la prohibición del terrorismo en el derecho internacional humanitario

LA SALA PENAL NACIONAL Y SU INNOVADORA APROXIMACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

ELIZABETH SALMÓN*

El 13 de octubre de 2006, la Sala Penal Nacional dictó una de las sentencias más relevantes de la no muy exitosa ni productiva historia de la jurisprudencia peruana. En efecto, la acusación dirigida contra Abimael Guzmán Reynoso y otros 22 miembros de la cúpula senderista¹ no solo convoca interés particular por la magnitud de los crímenes cometidos ni por el carácter dirigencial de los encausados, sino también por el despliegue de categorías y argumentaciones jurídicas que abordan temas sensibles y actuales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. No pretendo soslayar el hecho de que la Sala emite una resolución que es ciertamente de carácter penal, es decir, busca determinar la responsabilidad penal individual de las personas comprendidas en el proceso, sino enfatizar la posición abierta que la hizo comprender en su análisis elementos que no son estrictamente penales, sino internacionales, al punto de constituir una de las sentencias que más y mejor ha utilizado las normas escritas y consuetudinarias del derecho internacional humanitario. En las líneas que siguen pretendo centrarme en dos aspectos particularmente interesantes: la calificación de conflicto armado no internacional y el postulado de la prohibición de terrorismo contenida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

1. La relevancia de la calificación del conflicto armado y sus repercusiones jurídicas

La Sala Penal Nacional debía establecer la responsabilidad penal de los acusados en delitos de terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista en agravio del Estado, y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio calificado (caso *Lucanamarca*)—. ² Frente a estas graves acusaciones, que en nuestro

* Con mi agradecimiento a Luis López Zamora por su valioso apoyo en la elaboración de este artículo.

¹ Los otros imputados en el mencionado proceso fueron: Elena Albertina Yparraguirre Revoredo, Óscar Alberto Ramírez Durand, Margi Eveling Clavo Peralta, María Guadalupe Pantoja Sánchez, Laura Eugenia Zambrano Padilla, Osmán Roberto Morote Barrionuevo, Margot Lourdes Liendo Gil, Victoria Obdulia Trujillo Agurto, Martha Isabel Huatay Ruíz, Víctor Zavala Cataño, Angélica Salas de la Cruz, Rómulo Misaico Evanan, Carlos Espinoza Ríos, Gerardo Saenz Román, Judith Ramos Cuadros, Ostap Arturo u Ostaff Morote Barrionuevo, Juana Teresa Durand Araujo, Hildebrando Pérez Huarancca, Víctor Quispe Palomino o Glicerio Alberto Aucapoma Sánchez, Gilber Curitomay Allauca, Raúl Allcahuaman Arones y Félix Quichua Echejaya.

² Concretamente, la Acusación Fiscal imputaba a a) Abimael Guzmán Reynoso, por los delitos de terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista en agravio del Estado, y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio calificado (caso *Lucanamarca*)— y a b) Elena Yparraguirre, Óscar Alberto Ramírez Durand, Margi Clavo Peralta, Osmán Morote Barrionuevo, Margot Liendo Gil, Victoria Trujillo Agurto, Martha Huatay y Angélica Salas de la Cruz, por los delitos de terrorismo, terrorismo agravado y afiliación a organización terrorista en agravio del Estado. El Ministerio Público imputó a los procesados ser integrantes de la agrupación terrorista autodenominada Partido

ordenamiento merecen las sanciones más severas,³ la defensa ensayó un argumento vinculado a la naturaleza de las acciones armadas y a que era: «[...] atípica una conducta que lesione un bien jurídico protegido por la ley cuando se trata de una acción militar».⁴

Se trataba, en consecuencia, de vincular los delitos imputados con actos propios de una guerra —o conflicto armado— y que, como tales, no podrían ser alcanzados por el derecho penal peruano. Es decir, se recurría a las normas del derecho internacional que regulan los conflictos armados vinculantes para el Perú y que conforman el derecho internacional humanitario. El análisis de validez de esta argumentación llevó a la Sala Penal Nacional a plantear el cuerpo normativo relevante, la calificación jurídica de la situación de violencia que sacudió nuestro país así como a los efectos que se generan en cuanto a la aplicación de las normas penales nacionales que concurren con los hechos del caso.

a) El derecho aplicable

En el marco del derecho internacional humanitario se admite la existencia de conflictos armados internacionales (es decir, el enfrentamiento entre entidades estatales y el caso de los pueblos que luchan contra la dominación colonial, racista o extranjera) y los conflictos armados no internacionales llevados a cabo entre un grupo armado organizado y fuerzas estatales así como los conflictos armados entre esos grupos. Las normas que regulan los conflictos armados de carácter no internacional o conflictos armados internos son el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra y por el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1977. En estos cuerpos normativos no se establece una figura similar ni a la del prisionero de guerra ni a la del combatiente que, por la inmunidad que garantizan, son propias y exclusivas del conflicto armado internacional. De esta forma, en el marco de un conflicto armado interno el Estado ostenta el derecho de procesar en sus tribunales a las personas que se hubiesen levantado en armas contra el Estado incluso si estos no hubiesen violado las reglas de la guerra. En otros términos, quienes se enfrentan a las fuerzas gubernamentales no se encuentran exentos de comprometer su responsabilidad penal de acuerdo con el derecho interno del Estado concernido o incluso del propio derecho

Comunista del Perú «Sendero Luminoso», la que para cumplir sus fines delictivos se encontraba estructurada en un Comité Central, un Comité Permanente y el Buró Político a nivel nacional, y de la que dependían los Aparatos Centrales siguientes: Departamento de Logística, Grupo de Trabajo Especial, Departamento de Propaganda, Grupo de Apoyo Partidario, Departamento de Apoyo Organizativo, Grupo de Traducciones o Grupo Intelectual Popular, Grupo de Trabajo Especial en Cárceles, Grupo de Trabajo Internacional, el Comité Fundamental Socorro Popular del Perú (SOPO), y el Departamento de Seguridad (en su estado incipiente).

³ Según el decreto ley 25475, las penas van desde la cadena perpetua para el delito de terrorismo agravado (artículo 3.a), hasta la pena privativa de la libertad no menor de veinticinco años para el caso de membresía a una organización terrorista (artículo 3.b). Igualmente, la afiliación y colaboración con un grupo terrorista se encuentra sancionado con pena privativa de la libertad de no menor de veinte años (artículo 4 y 5). Por su parte, el delito contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio calificado—, se encuentra sancionado según el Código Penal Peruano de 1991, con penas privativas de la libertad no menor de quince años.

⁴ *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Sala Penal Nacional, expediente acumulado 560-03. Fundamento 8vo.

internacional humanitario si, según la visión contemporánea, se cometieran actos calificados como crímenes de guerra.⁵

b) El conflicto armado peruano

La Sala Penal Nacional hace suyo el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación al afirmar (y *judicializar* con ello) que la violencia vivida en nuestro país configuró un conflicto armado de carácter no internacional. Al respecto declara:

La Comisión de la Verdad y Reconciliación ha señalado que la violencia por la que atravesó el Perú en la década de los ochenta y noventa constituye un conflicto armado interno, al que se le aplica el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve. En este sentido afirma que: [...] los hechos examinados —decenas de miles de personas muertas en un contexto de violencia armada y varios otros miles de heridos o mutilados— no pueden explicarse sino por la existencia de un conflicto armado interno regido sin duda por el artículo 3 común precitado. Partiendo de las conclusiones de la CVR, *no será de aplicación al tipo de conflicto armado desarrollado en el país el Protocolo II Adicional [sic] a los Convenios de Ginebra, dado que no concurren todos sus presupuestos; entre ellos, la existencia de un mando responsable en Sendero Luminoso capaz de hacer cumplir el Derecho Internacional Humanitario, antes bien los integrantes de su cúpula asumieron la estrategia de no conducirse conforme al mismo y violar sistemáticamente el artículo 3.*⁶

Este constituye uno de los aportes más importantes realizados por la Sala Penal porque, en primer lugar, reconoce judicialmente la existencia del conflicto armado no internacional que ya había postulado la Comisión de la Verdad y Reconciliación y, en segundo lugar, reafirma que el derecho aplicable al conflicto peruano estaba constituido, por un lado, por una norma imperativa o de *ius cogens* como es el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y; por otro, por «[...] algunas disposiciones (del Protocolo Adicional II) que han alcanzado el carácter de normas consuetudinarias o reflejan principios de alcance universal, que deben aplicarse a cualquier situación de conflicto armado más allá de su característica jurídica».⁷ Lo primero reviste importancia también extrajudicial porque convalida en sede judicial lo dicho por una comisión que, si bien fue creada oficialmente, no tenía funciones orientadas a establecer proposiciones jurídicas. Lo segundo es importante porque reconoce la relevancia del artículo 3 común como estándar exigible a las partes enfrentadas pero también, y esto resulta particularmente excepcional en el marco de la jurisprudencia nacional, afirma la aplicabilidad de normas consuetudinarias internacionales; es decir, normas que resultan de la práctica estatal y no de tratados que adquieren, por esta vía, carácter obligatorio incluso para aquellos que no sean partes de ellos.

Otro punto relevante de la posición de la Sala Penal Nacional en este caso es que ingresa con valentía a un concepto complicado del derecho internacional humanitario: la definición de conflicto armado. Como se sabe, el supuesto de hecho de aplicación de esta rama del derecho es la existencia de un conflicto armado pero, al mismo tiempo, el

⁵ Un mayor desarrollo del tema, puede verse en mi libro *Introducción al derecho internacional humanitario*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 142 y ss.

⁶ *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Sala Penal Nacional, expediente acumulado 560-03. Fundamento 8vo. Las cursivas son nuestras.

⁷ *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Sala Penal Nacional, expediente acumulado 560-03. Fundamento 8vo.

derecho internacional humanitario no proporciona una definición de esta situación. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ejemplifica adecuadamente este vacío, pues no establece concepto alguno de la noción de conflicto armado interno y, por el contrario, opta por señalar que su régimen será de aplicación «[...] [e]n caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes».

Esta situación de indeterminación presenta una evidente desventaja al momento de analizar un caso en concreto y determinar si le es aplicable el régimen del conflicto armado de carácter no internacional.⁸ Ahora bien, y no obstante esta falta de definición jurídica, puede coincidir en que el conflicto armado no internacional es aquel conflicto que se desarrolla en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes de los Convenios de Ginebra, en cuyo territorio se encuentran enfrentados grupos de un mismo Estado, de forma tal que se produzcan luchas entre las propias fuerzas armadas por rebelión en su seno, o de estas contra grupos armados, o de grupos de población que se enfrenten entre sí.⁹ Y es que, para que un enfrentamiento pueda ser considerado como un *conflicto armado*, resulta necesario que la lucha sea desarrollada con «fines militares», es decir, con una intencionalidad de desarrollar actividades hostiles contra el enemigo y de dirigir el ataque a objetivos militares y así debilitar a la parte contraria.¹⁰

Siguiendo el *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, la Sala Penal Nacional descarta la aplicación al caso peruano del Protocolo Adicional II debido a que no podía sostenerse la concurrencia fáctica de todos los requisitos de aplicación exigidos por el propio Protocolo. Esta deducción, aunque valiosa, debe ser analizada con detenimiento. En efecto, la argumentación de la Sala se centra en que faltaría la existencia de un mando responsable en Sendero Luminoso capaz de hacer cumplir el derecho internacional humanitario, pues —según la Sala Penal Nacional— su cúpula asumió la estrategia de no conducirse conforme a él y violar sistemáticamente las obligaciones surgidas del derecho internacional humanitario.

El artículo 1 del Protocolo Adicional II, al señalar su ámbito de aplicación material, afirma:

El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, [...] se aplicará a todos los conflictos armados [...] que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les

⁸ No obstante, la falta de incorporación de una noción específica presenta ciertas ventajas según el parecer de Pictet: «[...] is always dangerous to go into too much detail —especially in this domain. However great the care taken in drawing up a list of all the various forms of infliction, it would never be possible to catch up with the imagination of future torturers who wished to satisfy their bestial instincts; and the more specific and complete a list tries to be, the more restrictive it becomes». PICTET, Jean. *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Ginebra, 1960, vol. III, p. 39.

⁹ SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al derecho internacional humanitario*, p. 113.

¹⁰ OETER, Stefan. «Terrorism and Wars of National Liberation from Law of War Perspective. Traditional Patterns and Recent Trends». *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 49, 1989, p. 466. Max-Planck-Institut für Ausländisches.

permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.¹¹

Como puede apreciarse en la redacción del artículo 1, los elementos necesarios que deberán concurrir para que un conflicto armado interno le sea aplicable el régimen del Protocolo Adicional II serán: *a)* la participación en el conflicto armado de las fuerzas militares del Estado en contra del grupo alzado en armas, *b)* que el grupo alzado en armas presente un mando responsable, *c)* que haya un control territorial por parte del grupo armado, *d)* que el grupo armado mantenga o pueda mantener operaciones militares sostenidas y concertadas y *e)* que el grupo armado tenga la capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II.

En relación con el primer requisito, debe tenerse en cuenta que la participación de las fuerzas armadas solo se produjo desde el año 1982, provocando con ello la militarización del conflicto. Es así como el primer requisito parecería cumplirse sin mayor problema. Por otra parte, el conflicto armado peruano también habría cumplido el segundo requisito en tanto que los grupos levantados en armas, en mayor o menor medida, presentaban una estructura organizacional tal que hacía que ambas partes fuesen claramente identificables y desde donde era posible identificar la presencia de un mando responsable. Esta misma presencia organizacional sirve para sustentar el cumplimiento del cuarto requisito, puesto que para que un grupo armado pueda realizar operaciones militares sostenidas y concertadas se requiere un cierto grado de organización que permita llevar a cabo aquellas acciones. La Sala Penal Nacional pareciera no discrepar del cumplimiento del segundo y cuarto requisito, por cuanto en su sentencia reconocía que: «Si bien los dirigentes del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, en sus propios documentos han reconocido que sus integrantes han realizado más de cien mil acciones armadas en el país, no todos esos hechos son materia de la acusación del Ministerio Público, sino sólo setenta y dos [...]».¹² Y es que, solo un grupo claramente organizado sería capaz de mantener operaciones por un tiempo tan prolongado y en abultado número como lo realizó Sendero Luminoso.

En lo que se refiere al control territorial por parte del grupo armado, la opinión autorizada de Sandoz, Swinarski y Zimmermann, permite apreciar aquella relación en su justa dimensión:

En el artículo se estipula que los grupos armados de la oposición ejerzan, sobre una parte del territorio de la Alta Parte Contratante, «un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo». Estos diferentes criterios están estrechamente ligados. El control se traduce en el dominio de una parte del territorio, lo cual requiere una organización de los grupos armados insurrectos. No se especifica la porción del territorio. [...] Es la palabra «tal» la que da la clave de la interpretación. El control debe ser suficiente para poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas [...] En la práctica, si los grupos armados insurrectos están organizados según las exigencias del Protocolo, la parte de territorio que pueden pretender dominar será la que escape al control de las fuerzas armadas gubernamentales.

¹¹ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) del 8 de junio de 1977. Artículo 1.

¹² *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Sala Penal Nacional, expediente acumulado 560-03. Fundamento Iro.

Se necesitará, no obstante, cierta estabilidad en el control de una porción del territorio, aunque sea modesta, para que estén en condiciones de aplicar efectivamente las normas del Protocolo.¹³

De esta forma, el control territorial será relevante en cuanto se traduzca en la posibilidad de mantener operaciones militares contra la parte enemiga. Este es el elemento faltante en el caso peruano, pues tendría que sostenerse que se produjo la dominación por parte del grupo armado de una parte del territorio;¹⁴ cuestión que se mantiene como un tema debatible. No obstante, lo que sí debe establecerse claramente es que, a diferencia de la interpretación realizada por la Sala Penal Nacional, no es el cuarto requisito (que el grupo armado tenga la capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II) el requisito que hace inaplicable el régimen del Protocolo Adicional. Antes bien, este requisito debe entenderse como un criterio que justifica los otros elementos de la definición. En efecto, las condiciones enunciadas en este párrafo corresponden a situaciones de hecho, en las que cabe razonablemente esperar que las partes apliquen las normas que ha desarrollado el Protocolo, puesto que poseen la infraestructura mínima indispensable.¹⁵ De lo que se trata, en consecuencia, es de que las partes enfrentadas ostenten la capacidad de poder aplicar el derecho internacional humanitario para que el cuarto requisito se vea cumplido, y de ningún modo sujetar la aplicación de las reglas del Protocolo Adicional II a la voluntad de las partes, pues esto en la práctica haría inaplicable aquellas provisiones.

No obstante, y como señalé anteriormente, la Sala Penal no excluye la aplicación de algunas disposiciones del Protocolo Adicional II que hayan alcanzado la condición de normas consuetudinarias o que reflejen principios generales. Esta declaración es digna de ser resaltada. Siguiendo el desarrollo más progresista sobre la materia, la Sala llega a la conclusión de que algunas de las normas establecidas en el Protocolo Adicional II han alcanzado el estatus de normas consuetudinarias, siendo por tanto capaces de ser aplicables a conflictos que no cumplen estrictamente con los requisitos establecidos por el Protocolo Adicional II. Una posición similar ya había sido adoptada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso *Dusko Tadic*. En aquella oportunidad, la Sala de Apelaciones sostuvo que:

El nacimiento de normas internacionales que regulan los conflictos armados internos se ha producido en dos niveles diferentes: a nivel del derecho consuetudinario y a nivel del

¹³ SANDOZ, Yve, Christophe SWINARSKI y Bruno ZIMMERMANN. *Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949*. CICR. § 4464-4467.

¹⁴ El requerimiento de que el control territorial se traduzca en un dominio de este ha sido sustentada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En el mencionado caso *Musema* se señaló que: «(Additional Protocol II) i) an armed conflict took place in Rwanda, between its armed forces and dissenting armed forces or other organized armed groups; ii) the dissident armed forces or other organized armed groups were: -under responsible command; -able to exercise such control over a part of their territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations; and -able to implement Additional Protocol II. [...] the armed forces opposing the government must be under responsible command. This requirement implies some degree of organization within the armed groups or dissident armed forces [...] In addition to this, these dissident armed forces must be able to dominate a sufficient part of the territory so as to maintain these sustained and concerted military operations and the insurgents must be in a position to implement this Protocol». *The Prosecutor v. Musema*. (Juicio) 27 de enero de 2000. ICTR-96-13-T (Trial Chamber, ICTR). § 252-258.

¹⁵ SANDOZ, Yve, Christophe SWINARSKI y Bruno ZIMMERMANN. *Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949*, §. 4470.

derecho de los tratados. De esta forma, dos cuerpos normativos han cristalizado. [Estos] de ninguna forma constituyen [procesos] inconsistentes o conflictivos sino que, por el contrario, se soportan y suplementan mutuamente. A decir verdad, la interacción entre estos dos juegos de normas es de naturaleza tal que algunas de las normas del derecho de los tratados se han convertido gradualmente en parte del derecho consuetudinario. Esto es verdad para el caso del artículo 3 común [...] pero también es aplicable para [...] el contenido esencial del Protocolo Adicional II de 1977 [...]. [Cierta] atención debe ser puesta en el Protocolo Adicional II [...]. Muchas de las provisiones de este Protocolo ahora pueden considerarse como declaraciones de normas existentes o como cristalización de normas consuetudinarias emergentes [...].¹⁶

Una conclusión como esta es ciertamente relevante por las limitaciones de protección presentes en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Si bien esta norma establece ciertos principios básicos de humanidad en el contexto de los conflictos armados internos, no contiene algunas previsiones de importancia fundamental.¹⁷

De esta forma, la Sala Penal Nacional pareciera reconocer las limitaciones de protección que brinda el artículo 3 común, al sostener, la aplicabilidad de ciertas disposiciones del Protocolo Adicional II que habrían alcanzado el estatus de normas consuetudinarias, como un mecanismo de complementación. Ahora bien, qué normas del Protocolo Adicional II han alcanzado ese estatus, aún sigue siendo una materia discutida por lo que también se ha optado por otras vías. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha hecho uso de los derechos humanos para llenar de alguna forma los vacíos del derecho internacional humanitario en casos en donde se produce el enfrentamiento del Estado en contra de sus respectivos ciudadanos.¹⁸ Así en las sentencias *Isayeva v. Rusia* e *Isayeva, Yusupova y Bazayeva v. Rusia*¹⁹ el Tribunal tuvo la oportunidad de resolver una materia relacionada con la conducción de las hostilidades en el marco del conflicto ruso-checheno. El caso concierne al bombardeo realizado por las fuerzas militares rusas en contra de un convoy de refugiados chechenos, así como el supuesto bombardeo de una ciudad chechena en donde se presumía que había insurgentes. En su decisión, el Tribunal decidió analizar el caso desde la perspectiva de los derechos humanos alejándose del principio establecido por la Corte Internacional de Justicia respecto a la relación de *lex specialis* entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.²⁰ De esta forma, aun cuando la Corte Internacional de Justicia había establecido que el derecho internacional humanitario era el derecho aplicable en contextos de conflictos armados por aplicación del principio *lex specialis derogat lex generali*, el TEDH decidió analizar el caso desde la perspectiva de los derechos humanos sin hacer referencia al derecho de la guerra.²¹ Aunque esto pareciera un distanciamiento abrupto de uno de los principios

¹⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. Sentencia del 2 de octubre de 1995. IT-94-1-AR72. §§ 98 y 117. Disponible en: <<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>>.

¹⁷ OETER, Stefan. «Civil War, Humanitarian Law and the United Nations». En *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, p. 204.

¹⁸ Cf. HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press-ICRC, 2005, vols. 1, 2 y 3.

¹⁹ *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*. ECtHR, App. 57950/00 (24 de febrero de 2005).

²⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*. I. C. J. Reports, 1996, p. 226.

²¹ KAYE, David. «Isayeva, Yusupova & Bazayeva v. Russia and Isayeva v. Russia». *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, p. 873.

fundamentales del derecho internacional,²² algunos analistas han explicado esta nueva aproximación en razón de que, la racionalidad que hacía atractiva la aplicación del derecho internacional humanitario —es decir, la mayor especificidad de sus normas en contextos de conflicto— no se presenta en el caso de los conflictos armados internos.²³ De esa forma, la falta de una mayor protección normativa para los casos de conflictos armados internos ha generado la aplicación de normas consuetudinarias mediante el desarrollo de lo que Abresch ha llamado el *derecho internacional de los derechos humanos de los conflictos armados*.

Con intención o sin ella, la Sala Penal Nacional parece plegarse a esta idea, al señalar que:

Hemos de dejar claramente establecido, que no se ha juzgado ni se va a dictar sentencia contra una organización política, ni contra una ideología [...] sino que se ha juzgado y se va a emitir pronunciamiento respecto de las concretas conductas atribuidas a los procesados, acusados de dirigir una organización terrorista y decidir, planificar, ejecutar y controlar la realización de numerosos y sistemáticos atentados que constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.²⁴

Como puede apreciarse, la Sala Penal Nacional pareciera sostener que es aplicable indistintamente el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario a las acciones realizadas por los grupos armados. De igual forma, debe resaltarse su postura sobre la posible violación de los derechos humanos por parte de actores no estatales.

2. El crimen de terrorismo y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra

Un segundo aspecto particularmente relevante de la sentencia de la Sala Penal Nacional se refiere a la inclusión del terrorismo en el ámbito de las prohibiciones contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. En opinión de este tribunal:

Sin emplear efectivamente la palabra «terrorismo», el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra prohíbe los actos de terrorismo [...] Dicha norma no sólo vincula al Estado que suscribió el Convenio sino también a todas las personas que habiten en su territorio y particularmente a los grupos no estatales que participen en las hostilidades.²⁵

Y lo que resulta interesante es que nuevamente la Sala decidió pronunciarse sobre esto debido a que la defensa formuló en sus alegaciones que:

²² Sobre el tratamiento del principio de *lex generalis derogat lex specialis* en el derecho internacional y su relación con la fragmentación de este, véase: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Elaborado por Martti Koskenniemi, en A/CN.4/L.682 (13 de abril de 2006).

²³ ABRESCH, William. «A Human Rights Law of International Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya». *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, 2005, p. 475.

²⁴ *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Sala Penal Nacional, expediente acumulado 560-03. Fundamento 1ro.

²⁵ *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Sala Penal Nacional, expediente acumulado 560-03. Fundamento 8vo.

[...] no hay una definición unívoca del concepto o término «terrorismo», se trata de un concepto que pretende ser jurídico pero que ni en la doctrina ni las normas internacionales ni nacionales tienen bajo un solo concepto. [...] No se puede diferenciar el terrorismo de la guerra ni de la guerrilla, por el hecho de que sea violencia con fines políticos no se puede utilizar el término terrorismo como término técnico para diferenciarlo de aquellas otras dos formas de violencia política [...].²⁶

Por esta vía, en consecuencia, el tribunal nacional ingresa a uno de los problemas más relevantes como complejos del actual derecho internacional. Ciertamente lo hace con algunas dificultades, pero escogiendo las herramientas correctas que el derecho internacional humanitario ofrece al operador jurídico.

En primer lugar, es cierto que no existe una definición unívoca del término *terrorismo* en el derecho internacional aunque sí en el derecho interno. Algunos juristas, como Higgins, consideran que el término *terrorismo* no es más que un término sin significado jurídico; pues —en su opinión— este constituye tan solo una forma conveniente de aludir actividades, sean del Estado o de los individuos, ampliamente desaprobada en la que los métodos usados son ilegales, los objetivos atacados son protegidos o en donde ambas cosas se presentan simultáneamente.²⁷ En cualquier caso, lo que no es admisible es la equiparación de actos de terrorismo —como afirma la defensa— a actos que se comenten en la guerra o incluso a la noción misma de guerra. Debe pues, desecharse la postura de que el derecho internacional es inaplicable a este tipo de fenómenos, lo que significaría algo así como *inter arma enim silents leges* («cuando suenan las armas, callan las leyes»).²⁸ Por ello, como definición provisional del término *terrorismo*, puede tomarse la elaborada por el Comité Especial sobre Terrorismo,²⁹ en el marco del Proyecto de Convención General sobre el Terrorismo Internacional. Tal definición comprendería las siguientes características: *a*) ser un ilícito cometido intencionalmente y por cualquier medio que cause, *b*) la muerte o lesiones corporales graves a otras personas; o *c*) daño graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o *d*) daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a los que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico, *e*) si el propósito de tal acto es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo.³⁰

²⁶ *Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros*. Sala Penal Nacional, expediente acumulado 560-03. Fundamento 8vo.

²⁷ HIGGINS, Rosalyn. «The General International Law of Terrorism» En R. Higgins y M. Flory. *International Law and Terrorism*. Londres, 1997, p. 28. Incluso para FLETCHER, George. «The Indefinable Concept of Terrorism». *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n.º 5, p. 899, el término *terrorismo* cumple diferentes funciones en el estado actual de las relaciones internacionales y de la seguridad de los Estados, en tanto su noción implica desde un delito que requiere de una definición hasta un término que sirve para estigmatizar ciertas organizaciones.

²⁸ KLABBERS, Jan. «Rebel with a Cause? Terrorists and Humanitarian Law». *European Journal of International Law*, vol. 14, n.º 2, 2003, p. 301.

²⁹ Comité Ad Hoc de NU sobre Terrorismo 2002 (A/57/37) - 28 de enero a 1 de febrero de 2002. Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996.

³⁰ SWINARSKY, Christophe. «Del terrorismo en el derecho internacional público». En Gabriel Valladares. *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos, 2003, p. 536.

Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, por su parte, estos actos se identificarán con las *infracciones graves* o *crímenes de guerra*, pues la mayoría de las veces estas prácticas implican conductas caracterizadas como tales. En este sentido, el artículo 85 del Protocolo Adicional I establece que:

Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves [...] son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo. [...] se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud: a) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; b) lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii; c) lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii; d) hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; e) hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; f) hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo. 5. Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra [...]

De esta forma, no es cierto que no exista un tratamiento y sanción para los actos terroristas en el contexto del conflicto armado; por el contrario, el terrorismo también se encuentra prohibido en tiempo de guerra. Su prohibición explícita está en al menos tres normas. El artículo 33.1 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), el artículo 51.2 del Protocolo Adicional II y en los artículos 4.2.d³¹ y 13.2³² del Protocolo Adicional II aplicable a los conflictos armados no internacionales.

¿Sería razonable que el artículo 3 permaneciera ajeno a esta línea normativa del derecho internacional humanitario? Esto equivaldría a que existiera una clase de conflicto armado —el regulado por el artículo 3 común— que no limita los actos terroristas, lo que resulta ciertamente contradictorio. En este sentido, lo sostenido por la Sala Penal Nacional en relación con que los actos terroristas estarían prohibidos implícitamente por el artículo 3 común parece razonable. De esta forma, coincido con Gasser cuando señala que:

resulta evidente que las normas que prohíben los actos de terrorismo en los conflictos armados internos son prácticamente idénticas a las que se aplican en los conflictos armados

³¹ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Artículo 4.2: «Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: [...] d) los actos de terrorismo [...]».

³² Ib., artículo 13.2: «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».

internacionales. Sin emplear la palabra terrorismo, el artículo 3 a los Cuatro Convenios de Ginebra prohíben los actos de terrorismo [...]³³

La posición de la Sala Penal Nacional sigue además la línea del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) que establece en el artículo 4 de su Estatuto su competencia para el enjuiciamiento de los autores de infracciones graves del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II.³⁴ Y, en un desarrollo trascendental, la misma norma considera como violaciones graves *los actos de terrorismo*. Por su parte, y si bien no planteados expresamente como tales, creo que es posible afirmar que lo previsto por el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional guarda una coincidencia material con los actos de terrorismo por lo que tales actos no quedarían impunes en ese contexto.³⁵

Se puede concluir por tanto que los *actos de terrorismo* se encuentran regulados como violaciones del derecho internacional humanitario proscribiéndose, de esta forma, su utilización en contextos de conflicto armado. Y es que no es posible verificar en estos actos principios básicos del propio derecho de los conflictos armados como el de distinción entre objetivos militares y población civil o el de proporcionalidad entre la ventaja militar y un elemental principio de humanidad.

La Sala Penal Nacional perdió la oportunidad de sustentar esta conclusión y colocarse en una línea argumentativa contemporánea y enterada. No obstante, vale la afirmación y el recurso a la normativa internacional.

³³ GASSER, Hans-Peter. «Actos de terror, *terrorismo* y derecho internacional humanitario». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 847, 2002. Disponible en: <<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TED8G>>.

³⁴ Cf. el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. S/RES/955 (1994) 8 de noviembre de 1994.

³⁵ Cf. SALMÓN, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.