

Lecciones para los derechos humanos y el derecho humanitario en la guerra contra el terror: comparación del asunto *Hamdan* con el caso israelí de los homicidios selectivos

Marco Milanovic*

Marko Milanovic es secretario jurídico del magistrado Thomas Buergenthal, Corte Internacional de Justicia

Resumen

En el presente artículo se examinan y comparan dos fallos recientes que ofrecen algunos ejemplos elocuentes de las dificultades con que tropieza la aplicación del derecho internacional humanitario al fenómeno del terrorismo: el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el asunto Hamdan y el fallo de la Corte Suprema de Israel en relación con los homicidios selectivos. Ambos fallos abordan los umbrales de aplicabilidad del derecho de los conflictos armados, así como el concepto de beligerancia ilícita y la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario. En ambas decisiones se detectan algunas incoherencias y fallas en el análisis; en el asunto Hamdan en particular, se interpretan erróneamente las fuentes internacionales pertinentes, como el Comentario de los Convenios de Ginebra. A pesar de esas fallas, o gracias a ellas, ambas sentencias son instructivas. Este artículo presenta las enseñanzas que ambas decisiones podrían aportar al actual debate sobre el impacto del terrorismo global en el derecho de los conflictos armados.

Son muchos los argumentos que se han esgrimido, en favor y en contra, en relación con las repercusiones en el derecho internacional humanitario de la “guerra mundial contra el terror” que libra el actual Gobierno de los Estados Unidos. Pero siempre llega el momento en que esos distintos argumentos se ponen a prueba, y ello ocurre en un tribunal de justicia. En ese sentido, el año pasado se dictaron dos fallos muy importantes, cuyos dictámenes pueden ayudarnos a evaluar las repercusiones del terrorismo mundial en el derecho humanitario.

En primer término, en junio de 2006 la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó su fallo en relación con el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*¹. *Hamdan*, chofer y guardaespaldas, según sus propias declaraciones, de Osama bin Laden, se encuentra ahora bajo custodia en el centro de detención estadounidense de la bahía de Guantánamo, en Cuba. En noviembre de 2001, durante las hostilidades entre los Estados Unidos y los talibanes (que entonces gobernaban en Afganistán), *Hamdan* fue capturado por las fuerzas de la milicia y entregado a las autoridades militares estadounidenses, siendo posteriormente trasladado a la bahía de Guantánamo. Más de un año después, el Presidente de los Estados Unidos consideró que debía ser sometido a juicio por la comisión de delitos aún no especificados. Después de transcurrido otro año, *Hamdan* fue acusado de haber conspirado para cometer delitos que caían dentro de la jurisdicción de las comisiones militares². *Hamdan* procedió luego a impugnar ante un tribunal federal de los Estados Unidos la legalidad de las comisiones militares designadas para juzgarlo. Tras obtener un fallo a su favor en los tribunales distritales³ y un fallo en contra en la Cámara Federal de Apelaciones para el Distrito del Circuito de Columbia⁴, el caso de *Hamdan* se trasladó finalmente a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

La Corte afirmó que las comisiones militares establecidas por el Presidente violaban las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁵, en los que los Estados Unidos son parte y cuyas prescripciones están incorporadas en la legislación de los Estados Unidos, puesto que esas comisiones no ofrecen a quienes comparecen ante ellas las garantías judiciales mínimas reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Una mayoría simple de la Corte mantuvo, asimismo, que la conspiración, acto por el cual se habría podido inculpar legítimamente a *Hamdan*, no constituía un delito en el marco del derecho de la guerra.

Más adelante, en diciembre de 2006, la Corte Suprema de Israel dio a conocer su largamente esperada decisión en el caso de los *homicidios selectivos*, por conducto de

1 *Hamdan vs. Rumsfeld*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 548 U.S. ____ (2006); 126 S. Ct. 2749; 2006 U.S. LEXIS 5185 (de aquí en adelante *Hamdan*). Todas las citas de este artículo provienen de la opinión, que aún no ha sido publicada, de la Corte; puede consultarse en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf> (consultado el 29 de enero de 2007).

2 *Hamdan*, nota 1 *supra*, Opinión de la Corte, p. 1.

3 344 F. Sup. 2da. ed. 152 (DC 2004).

4 415 F. 3ª ed. 33 (2005).

5 *Hamdan*, nota 1 *supra*, Opinión de la Corte, pp. 49 a 72.

una opinión de su presidente saliente, el Juez Aharon Barak⁶. En este caso los peticionarios, dos ONG que realizan actividades en el ámbito de los derechos humanos, impugnaron la aplicación por el ejército israelí de la política de ejecuciones o asesinatos selectivos, es decir, operaciones militares limitadas, cuyo propósito es ocasionar la muerte a una determinada persona, por lo general un presunto terrorista⁷. Los peticionarios adujeron que los homicidios selectivos son siempre, sin excepción, una violación de los derechos humanos y del derecho humanitario. Los asesinatos también han sido objeto de amplia condena en la comunidad internacional, siendo calificados como “contrarios al derecho internacional” por el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan⁸, “ejecuciones ilegales” por el Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido, Jack Straw⁹ y “ejecuciones sumarias que violan los derechos humanos” por la fallecida Anna Lindh, entonces Ministra de Relaciones Exteriores de Suecia¹⁰.

La Corte Suprema de Israel se manifestó en desacuerdo con la posición absoluta de los peticionarios, señalando que en realidad los homicidios selectivos podían ser legítimos bajo ciertas condiciones restrictivas, que procedió a definir basándose en gran medida, como veremos más adelante, en el derecho de los derechos humanos¹¹. Estos casos de dos países que se cuentan entre los que mayor número de actividades realizan actualmente en la lucha contra el terrorismo internacional tienen, sin duda, carácter instructivo. Ese calificativo puede aplicarse con más precisión aún, a la comparación entre los razonamientos de las dos cortes supremas. El presente artículo se centrará precisamente en ese tipo de análisis, ocupándose, al mismo tiempo, de tres cuestiones concretas: los umbrales de aplicabilidad del derecho internacional humanitario, el concepto de beligerancia ilegítima y la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario.

- 6 El Comité Público contra la Tortura en Israel *et al.* c. el Gobierno de Israel *et al.*, Corte Suprema de Israel reunida con carácter de Alto Tribunal de Justicia, Dictamen, 11 de diciembre de 2006, HCJ 769/02, puede consultarse en http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.HTM (consultado el 29 de enero de 2007) (de aquí en adelante *homicidios selectivos*).
- 7 Las fuerzas armadas israelíes han recurrido a los homicidios selectivos en varias ocasiones, como por ejemplo en los asesinatos de 2004 de Ahmed Yassin y Abdul Aziz Rantisi, líderes de Hamas. Los Estados Unidos también recurrieron a homicidios selectivos en la “guerra contra el terror”, en la que lanzaron un ataque con misiles en el Yemen en 2002 contra el organizador del bombardeo terrorista contra el destructor USS Cole, y en la que recientemente intentaron, sin éxito, en Somalia, asesinar al autor intelectual de los bombardeos de 1996 contra los locales de las Embajadas estadounidenses en Kenya y Tanzania. Puede consultarse en <http://edition.cnn.com/2007/WORLD/afrika/01/11/somalia.ap/index.html> (consultado el 29 de enero de 2007).
- 8 Consúltese la transcripción de las observaciones de fecha 22 de marzo de 2004 en <http://www.un.org/apps/sg/offthecuff.asp?nid5564> (consultado el 29 de enero de 2007).
- 9 Matthew Tempest, “UK condemns “unlawful” Yassin killing”, Guardian, 22 de marzo de 2004, puede consultarse en <http://politics.guardian.co.uk/foreignaffairs/story/0,11538,1175312,00.html> (consultado el 29 de enero de 2007).
- 10 Brian Whitaker y Oliver Burkeman, “Killing probes the frontiers of robotics and legality”, Guardian, 6 de noviembre de 2002, puede consultarse en <http://www.guardian.co.uk/usa/story/0,12271,834311,00.html> (consultado el 29 de enero de 2007).
- 11 Brian Whitaker y Oliver Burkeman, “Killing probes the frontiers of robotics and legality”, Guardian, 6 de noviembre de 2002, puede consultarse en <http://www.guardian.co.uk/usa/story/0,12271,834311,00.html> (consultado el 29 de enero de 2007).

Hamdan: ¿un conflicto armado con al Qaeda?

Como es ampliamente conocido, el Gobierno de los Estados Unidos afirma que desde 2001 está librando una “guerra contra el terror en todo el mundo”, en la que se aplican las normas del derecho de los conflictos armados, y en la que el modelo usual para hacer cumplir el derecho penal en los casos de terrorismo juega un papel mucho más discreto. Esta calificación jurídica de la lucha actual contra el terrorismo internacional como una guerra o un conflicto armado ha encontrado una vigorosa oposición por parte de numerosos expertos en derecho, especialmente fuera de los Estados Unidos. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), entre otros, ha subrayado que en términos jurídicos la “guerra contra el terror” no es distinta de la “guerra contra las drogas”¹². Una de las razones de ese rechazo de la posición de los Estados Unidos fue que, históricamente, la guerra siempre se consideró sólo como un conflicto entre dos o más Estados, no entre un Estado y un actor no estatal¹³. También era un concepto subjetivo, ya que ni siquiera todos los conflictos *de facto* entre Estados se consideraban guerras *de jure*¹⁴.

De conformidad con el CICR y con numerosos autores, la “guerra mundial contra el terror” debe considerarse en función de sus componentes, como los actuales conflictos armados en el Iraq y Afganistán, y sólo a esos conflictos armados en particular, y no a la totalidad, podrán aplicarse las disposiciones del derecho de los conflictos armados¹⁵. El hecho de que el conflicto armado, y no la guerra, sea ahora el umbral de la aplicabilidad del derecho humanitario, ha sido reconocido también por el Gobierno de los Estados Unidos, que argumentó en sus memorandos jurídicos¹⁶ y en sus comunicaciones a la Corte Suprema¹⁷ que los Estados Unidos mantienen un conflicto armado internacional con la organización terrorista al Qaeda. Puesto que los conflictos armados internacionales se definen en

12 V. Gabor Rona, “Declaración oficial en nombre del CICR”, 16 de marzo de 2004, puede consultarse en <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/5XCMNJ> (consultado el 12 de mayo de 2007): “No resulta más lógica la aplicación automática de las normas del conflicto armado a la “guerra contra el terror” que a la “guerra contra las drogas”, a la “guerra contra la pobreza” o a la “guerra contra el cáncer”. En consecuencia, censurar de manera general el derecho de los conflictos armados por el hecho de que no abarque el terrorismo, *per se*, equivale a acometer contra el derecho especializado de las empresas por no abordar todos los litigios comerciales”.

13 Por ejemplo, Oppenheim define la guerra como “una contienda entre dos o más Estados mediante sus fuerzas armadas, con el objetivo de vencer a la otra parte e imponerle aquellas condiciones de paz que estime el vencedor”. Lassa Oppenheim, *International Law* (Hersch Lauterpacht ed., 7ª ed., 1952), Vol. II, p. 202.

14 V. Christopher Greenwood, “El concepto de guerra en el derecho internacional moderno”, *ICLQ*, Vol. 36 (1987), p. 283; para una posición contraria, v. Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 4ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 14 y 15.

15 V., al respecto, la Declaración Oficial del presidente del CICR, Sr. Kellenberger, de 14 de septiembre de 2004; puede consultarse en <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/66EMA9> (consultado el 12 de mayo de 2007).

16 Memorando para el Vicepresidente, firmado por el Presidente Bush el 7 de febrero de 2002. Los resúmenes y los textos de todos los memorandos pertinentes pueden consultarse en http://lawofwar.org/Torture_Memos_analysis.htm (consultado el 12 de mayo de 2007).

17 Consúltese *Hamdan vs. Rumsfeld*, documento informativo del Gobierno sobre los méritos del caso, en <http://www.hamdanvrumfeld.com/HamdanSGmeritsbrief.pdf> (consultado el 12 de mayo de 2007), pp. 23 a 26.

el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra sólo como conflictos entre Estados, la administración recurrió a un argumento bastante innovador, aduciendo que algunos conflictos armados internacionales trascienden el ámbito de aplicación material de los Convenios de Ginebra, por lo que no se rigen por ellos:

El peticionario sugiere que, si el Convenio de Ginebra no es aplicable en la guerra contra al Qaeda, tampoco es aplicable el derecho de la guerra. Esa sugerencia carece de fundamento. El Convenio de Ginebra no tiene primacía sobre ningún otro instrumento jurídico en el ámbito del derecho de la guerra. El propósito del Convenio es *reglamentar* la conducción de la guerra, a la que es aplicable con respecto a las naciones o Estados que se han adherido al Convenio y que se han comprometido a cumplir sus disposiciones, pero no pretende aplicarse a todos los conflictos armados que pudieran surgir ni tampoco desplazar el derecho consuetudinario de la guerra. Por el contrario, como se explica más adelante, el Convenio se aplica solamente a los conflictos a que se refieren los artículos 2 y 3. Por lo tanto, si un conflicto armado no está comprendido en el ámbito del Convenio, sencillamente no se rige por el Convenio. Ninguna disposición del Convenio prohíbe que una parte beligerante aplique el derecho de la guerra a un conflicto con respecto al cual no sea aplicable el Convenio¹⁸.

El gobierno sólo cita a una autoridad en relación con esta sugerencia, un tanto sorprendente, de que en el marco del derecho consuetudinario hay otros tipos de conflicto armado además de los regulados por el Convenio de Ginebra: párrafo 3) del artículo 142 del III Convenio de Ginebra, que contiene la cláusula de Martens. Cabe señalar que indudablemente se requiere cierta audacia para citar, entre todas las cosas, la cláusula de Martens, que recoge el espíritu humanitario del derecho de los conflictos armados, en apoyo de la tesis de que hay conflictos armados que se rigen por el derecho de la guerra pero que no están reglamentados por ese derecho, y todo con el propósito de torturar a los presuntos terroristas para obtener información. No hay duda de que la cláusula de Martens se invoca con frecuencia cuando no existe una práctica estatal o una *opinio juris* que apoye la existencia de una norma consuetudinaria, pero eso se ha hecho siempre con fines humanitarios. Tenemos aquí el primer ejemplo de un caso en que un gobierno cita la cláusula de Martens con fines que pueden recibir cualquier calificativo, menos el de humanitario.

La Corte Suprema de los Estados Unidos examinó la posición del Gobierno que sostiene que la “guerra contra el terror” es un conflicto armado internacional, y señaló que:

no necesita decidir en cuanto al mérito de este argumento porque al menos una de las disposiciones de los Convenios de Ginebra resulta aplicable a este caso, incluso en el supuesto de que se considere que las partes

18 Ibid, p. 26.

en el conflicto son no signatarias. El artículo 3, al que se suele hacer referencia como artículo 3 común porque, al igual que el artículo 2, figura en los cuatro Convenios de Ginebra, dispone que en un “conflicto que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo,” ciertas disposiciones para la protección de “las [p]ersonas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por ... detención.”¹⁹

Lamentablemente, la Corte Suprema no especifica cómo ni por qué se aplica el artículo 3 común. ¿Se aplica como cuestión de derecho consuetudinario, independientemente de la calificación jurídica del conflicto armado entre los Estados Unidos y al Qaeda? Esta conclusión, que es ciertamente correcta como cuestión de derecho, levanta sospechas porque la Corte no menciona ni una sola vez la palabra “costumbre”. ¿O se aplica como cuestión del derecho de los tratados aún cuando el conflicto se considere de índole internacional, interpretación que sería claramente contraria al texto del artículo 3 común? ¿O está la Corte diciendo que el artículo 3 común se aplica porque el conflicto entre los Estados Unidos y al Qaeda es desde el punto de vista jurídico un conflicto armado no internacional? De ser así, ¿en cuál de esos casos es aplicable? En la lucha contra al Qaeda en Afganistán, ¿combaten los Estados Unidos como aliados del Gobierno afgano, o se trata de un conflicto armado no internacional con al Qaeda, de alcance más bien global?²⁰

Es imposible saber con exactitud cuál de estas interpretaciones del asunto *Hamdan* tenía prevista la Corte. Incluso es posible que esta ambigüedad, que es la mayor deficiencia de la decisión, haya sido en realidad intencional por parte de la Corte. La interpretación que suelen adoptar generalmente muchos comentaristas es que la Corte ha dictaminado que la “guerra” de los Estados Unidos contra al Qaeda es un conflicto armado no internacional de carácter global²¹. Al parecer, esta interpretación también fue adoptada por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos en su memorando relativo a la aplicación en el asunto *Hamdan*²², y

19 *Hamdan*, nota 1 *supra*, Opinión de la Corte, p. 67 (citas omitidas).

20 Ésta es, básicamente, la posición adoptada en Derek Jinks, “September 11 and the law of war”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 28 (2003), p. 20.

21 V., al respecto, el debate dirigido por Marty Lederman en el Georgetown Law Faculty Blog, “Top ten myths about *Hamdan*, Geneva, and interrogations”, 5 de julio de 2006, en http://gulcfac.typepad.com/georgetown_university_law/2006/07/top_ten_myths_a_1.html (consultado el 12 de mayo de 2007); George P. Fletcher, “The *Hamdan* case and conspiracy as a war crime”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4 (2006), pp. 442 y 444; Harold Hongju Koh, “Setting the world right”, *Yale Law Journal*, Vol. 115 (2006), pp. 2365 y 2366.

22 Memorando sobre la aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra al trato a las personas privadas de libertad por parte del Departamento de Defensa, firmado el 7 de julio de 2006 por el Subsecretario de Defensa, Gordon England; puede consultarse en <http://balkin.blogspot.com/CA3.DOD.memo.pdf> (consultado el 12 de mayo de 2007), en el que se afirma que “[l]a Corte Suprema ha determinado que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 se aplicará al conflicto con Al Qaeda como cuestión del derecho de los conflictos” (el subrayado es nuestro).

más recientemente por Jun Bellinger, Asesor Jurídico del Departamento de Estado²³. Se trata, de hecho, de la interpretación textual más plausible del asunto *Hamdan*, como se deduce, por ejemplo, de las deliberaciones de la Corte en relación con el artículo 3 común, en las que se señala que:

brinda alguna protección mínima, que no llega a ser absoluta en términos de los Convenios, a las personas que intervienen en un conflicto que tiene lugar “en el territorio de” un signatario, pero que no están vinculadas con un signatario, ni siquiera con un no signatario. Este último tipo de conflicto se diferencia del conflicto a que se refiere el artículo 2 común, principalmente porque no supone un enfrentamiento entre los países (sean signatarios, o no). Dentro del contexto, entonces, la frase “no de índole internacional” debe interpretarse de manera literal. Aunque los comentarios oficiales que acompañan al artículo 3 común indican que un importante propósito de la disposición es dotar de un mínimo de protección a los rebeldes que intervienen en una clase de “conflicto que no sea de índole internacional” es decir, una guerra civil, los comentarios también indican claramente “que el ámbito del artículo debe ser tan vasto como sea posible”. De hecho, en la versión final del artículo no se utilizó un lenguaje que impusiera limitaciones de modo tal que el artículo 3 común fuese aplicable “especialmente [a] casos de guerra civil, conflictos coloniales, o guerras religiosas”, lo que aunaba un ámbito de aplicación más amplio a una gama más limitada de derechos que en las versiones anteriormente propuestas²⁴.

Evidentemente, este pasaje no tendría sentido si la Corte no hiciera distinción entre los conflictos a los que se refieren el artículo 2 común y el artículo 3 común, precisamente para dictaminar que efectivamente existe un conflicto armado no internacional del tipo consignado en el artículo 3 común, entre los Estados Unidos y al Qaeda. Sin embargo, las deliberaciones de la Corte que se reproducen en la nota de pie de página no. 61 de su opinión, en la que dice que “podrá reservarse la cuestión relativa a si el posible estatuto [de *Hamdan*] como prisionero de guerra basta por sí solo para tornar ilegal su enjuiciamiento ante una comisión militar” contradice esa conclusión²⁵. Tal declaración tendría sentido *únicamente* si *Hamdan* fuese posiblemente todavía un combatiente en un conflicto armado internacional, puesto que el estatuto de prisionero de guerra existe sólo en ese tipo de conflictos.

Por lo tanto, el fallo es de una notable confusión conceptual. La Corte simplemente podría haber manifestado que el artículo 3 común se aplica en todas las situaciones de conflicto armado como cuestión del derecho consuetudinario y, de esa manera, habría evitado la difícil cuestión de calificar el carácter jurídico de

23 “[L]a Administración considera que la decisión adoptada en el asunto *Hamdan* es una aceptación de que los Estados Unidos están involucrados en un conflicto armado —y que, por lo tanto, es adecuada la aplicación del derecho de la guerra— pero que el conflicto armado no es de carácter internacional”. Debate en el weblog *Opinio Juris*, “*Armed conflict with al Qaeda: a response*”, 16 de enero de 2007; puede consultarse en <http://www.opiniojuris.org/posts/1169001063.shtml> (consultado el 12 de mayo de 2007).

24 *Hamdan*, nota 1 *supra*, Opinión de la Corte, p. 68 (referencias y citas omitidas).

25 *Ibid.*, nota 61.

cualquier conflicto con al Qaeda. Ésa sigue siendo una posible interpretación del fallo²⁶, por poco probable que sea, ya que la Corte, en su lugar, parece haber aplicado el artículo 3 común como cuestión del derecho de los tratados a un conflicto armado no internacional. Como aparentemente es ésta la situación, resulta aún más sorprendente el escaso apoyo que la Corte realmente invoca para una posición de carácter tan histórico. Siempre se ha considerado que los conflictos armados no internacionales no son simplemente conflictos entre un Estado y un actor no estatal, sino conflictos que por su alcance son internos, y ocurren dentro de un solo Estado, como se define en el texto del propio artículo 3 común²⁷.

Por otro lado, al parecer la Corte ha adoptado la opinión de que sólo los primeros elementos cuentan, y lo ha hecho de un modo que interpreta erróneamente a las autoridades internacionales competentes. Así, por ejemplo, la Corte cita el Comentario de Pictet de los Convenios de Ginebra de 1949²⁸ con respecto al punto de que las referencias a la guerra civil se omitieron en el texto del artículo 3 común, y a la proposición de que “el ámbito de aplicación del artículo debe ser tan vasto como sea posible”²⁹. Ambos puntos son, efectivamente, correctos, pero ninguno de ellos tiene las repercusiones que les atribuye la Corte.

En el texto del artículo 3 común no se hace ninguna referencia a “guerra civil”, no porque quienes lo redactaron tuvieran algún tipo de recelo en cuanto al carácter interno de esos conflictos, sino porque el término “guerra civil” denota un conflicto interno de intensidad particularmente grave, como la Guerra Civil Norteamericana o la Guerra Civil Española, mientras que quienes lo redactaron querían que el artículo 3 común se aplicara a todas las situaciones de conflicto armado interno que sobrepasan el nivel de simples disturbios³⁰. Por “guerra civil” en la actualidad se entienden las condiciones de aplicación mucho más estrictas del Protocolo adicional II, en las que las partes en el conflicto controlan determinadas fracciones del territorio y llevan a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas. Además, el comentario efectivamente señala que el ámbito de aplicación del artículo 3 común debe ser tan vasto como sea posible, pero se está refiriendo claramente a las numerosas situaciones en que los Estados se han negado a reconocer que la lucha interna por la que atraviesan ha alcanzado el nivel de conflicto armado no internacional y han recurrido a las protecciones que confiere

26 John Cerone parece favorecer esta opción, “*Status of detainees in non-international armed conflict, and their protection in the course of criminal proceedings: the case of Hamdan v. Rumsfeld*”, ASIL Insight, 14 de julio de 2006; puede consultarse en <http://www.asil.org/insights/2006/insights060714.html>, Parte II (consultado el 12 de mayo de 2007).

27 Que se refiere a un “conflicto no de carácter internacional que ocurre en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes (el subrayado es nuestro). V. también, Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, 2002, pp. 1 y 2.

28 Jean Pictet, ed., *Comentario de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, 4 volúmenes, CICR, Ginebra, 1952-1959 (de aquí en adelante el Comentario del CICR). El texto completo del Comentario puede consultarse en www.icrc.org (consultado el 12 de mayo de 2007).

29 *Hamdan*, nota 1 *supra*, Opinión de la Corte, p. 68, v. cita completa en la nota 24 *supra*.

30 V., al respecto, David A. Elder, “*The historical background of Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949*”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 11 (1979), pp. 53, 68 y 69.

el artículo 3 común³¹, como lo hicieron, por ejemplo, Francia con respecto al conflicto en Argelia³² y el Reino Unido con respecto al conflicto en Irlanda del Norte, o como lo sigue haciendo Rusia con respecto al conflicto en Chechenia³³. Este amplio ámbito de aplicación del artículo 3 común no tiene nada que ver con el hecho de que el conflicto sea, o no, de carácter interno. En realidad, en la misma página que cita la Corte, el Comentario dice explícitamente que “[d]e manera general, las hostilidades deben enfrentarse a fuerzas armadas para ser consideradas un conflicto armado no internacional: “hay que admitir que los conflictos a los que se refiere el artículo 3 [común] son conflictos armados caracterizados por “hostilidades” en las que se enfrentan “fuerzas armadas”. En suma, nos encontramos ante conflictos que presentan muchos de los aspectos de una guerra internacional, *pero que se libran en el interior de un mismo Estado*”³⁴.

En cierto momento la Corte incluso cita erróneamente el Comentario de los Protocolos adicionales³⁵, y dice que “el conflicto armado no internacional se distingue del conflicto armado internacional por la naturaleza jurídica de los sujetos que se enfrentan”, señalando que esa cita figura en la página 1351 del Comentario³⁶. El texto citado no figura en esa página, sino en la 1319, y la frase que cita no se reproduce en su integridad, puesto que el Comentario continúa diciendo que “las partes en conflicto no son Estados soberanos, sino el Gobierno de un solo Estado que lucha contra uno o varios grupos armados dentro de los límites de su territorio”³⁷. Por lo tanto, toda la cita es contraria al argumento de que los conflictos armados no internacionales pueden ser, en cierto modo transnacionales y no internos, como lo confirman también otros documentos de doctrina del CICR. El error de cita en cuestión reproduce exactamente el mismo error de cita que figura en una información de los *amicus curiae* presentada a la Corte en relación con el asunto *Hamdan*³⁸, que indica sin lugar a dudas no sólo que la Corte citó el Comentario en relación con propuestas que ella misma no avalaba, sino que lo hizo sin siquiera tomarse la molestia de consultar el Comentario.

Ahora bien, es cierto que el derecho internacional efectivamente reconoce ciertas clases anómalas de conflictos armados no internacionales, particularmente los

31 V., por ejemplo, Yves Sandoz, “*International humanitarian law in the twenty-first century*”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 6 (2003), pp. 3, 13 a 15; Robert Kolb, *Ius in bello: Le droit international des conflits armés*, 2003, p. 83.

32 V., por ejemplo, Eldon van Cleef Greenberg, “*Law and the conduct of the Algerian Revolution*”, *Harvard Journal of International Law*, Vol. 11 (1970), p. 37, en especial pp. 47 a 52.

33 V. William Abresch, “*A human rights law of internal armed conflict: the European Court of Human Rights in Chechnya*”, *EJIL*, Vol. 16 (2005), p. 754, nota 44.

34 Comentario del CICR sobre el III Convenio de Ginebra, nota 28 *supra*, p. 36 (el subrayado es nuestro).

35 Yves Sandoz et al., eds., Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, CICR, Ginebra, 1987.

36 *Hamdan*, nota 1 *supra*, Opinión de la Corte, p. 68.

37 Comentario de los Protocolos adicionales, nota 35 *supra*, p. 1319, párr. 4339, puede consultarse también en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/475-750999?OpenDocument>.

38 *Hamdan vs. Rumsfeld*, documento informativo de los Profesores Ryan Goodman, Derek Jinks y Anne-Marie Slaughter como Amicus Curiae Supporting Reversal (Ginebra – Aplicabilidad), puede consultarse en <http://hamdanvrumfeld.com/GoodmanJinksSlaughter-FINALHamdamAmicusBrief-Jan52006.pdf> (consultado el 12 de mayo de 2007), p. 19.

del tipo “internacionalizado”³⁹. Es muy posible argumentar *de lege ferenda* que en el marco del derecho consuetudinario surgirán nuevas formas de conflicto armado, o que el derecho internacional se adaptará de alguna otra manera con el fin de describir mejor las nuevas realidades del mundo moderno bajo la amenaza del terrorismo transnacional⁴⁰. Indudablemente existen dificultades para la aplicación del paradigma binario tradicional de conflictos armados internacionales y conflictos armados internos en situaciones en las que intervienen, por ejemplo, grupos armados que operan simultáneamente en dos o más Estados, y en las cuales las hostilidades traspasan fronteras nacionales porosas. El conflicto de 2006 entre Israel y Hezbolá no es sino otro ejemplo en el que la calificación jurídica del conflicto es problemática. En consecuencia, hay ciertas indicaciones que apuntan al hecho de que el CICR, por lo menos en su práctica interna, ha prescindido de la limitación geográfica en relación con el conflicto armado no internacional que conlleva el artículo 3 común, aunque no existe ninguna declaración oficial o memorando público al respecto⁴¹.

Sin embargo, no se falta a la verdad afirmando que la reglamentación de los conflictos armados en cierta forma siempre ha reconocido que los conflictos armados no internacionales no son sinónimo de conflictos internos, y que de algún modo pueden ser de ámbito transnacional, cuando lo contrario es cierto. Esto viene particularmente a colación si se considera que todo lo que la Corte Suprema hubiera tenido que hacer en el asunto *Hamdan* para evitar esas dificultades habría sido aplicar el artículo 3 común como derecho consuetudinario aplicable a todas las clases de conflictos armados, como lo hizo la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Nicaragua*⁴², independientemente de la calificación jurídica precisa del conflicto durante el cual se produjo la captura de Hamdan.

Homicidios selectivos: una ocupación anómala

Los peticionarios en el asunto *Hamdan* en ningún momento afirmaron que la “guerra mundial contra el terror” no era un conflicto armado, puesto que en realidad querían que se aplicara el artículo 3 común para proporcionar un mínimo de protección humanitaria, como la prohibición de la tortura y la observancia del derecho a un

39 V. Kolb, nota 31 *supra*, pp. 85 a 93; Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 3a. ed. 2002, pp. 137 a 185; Dietrich Schindler, “*The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols*”, Recueil des cours, Vol. 163 (1979-II), p. 124; Hans-Peter Gasser, “*Internationalized non-international armed conflicts: case studies of Afghanistan, Kampuchea, and Lebanon*”, American University Law Review, Vol. 33 (1983), p. 145.

40 V., al respecto, Roy S. Schöndorf, “*Extra-state armed conflicts: is there a need for a new legal regime*”, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 37 (2005), p. 1.

41 V. Jelena Pejic, “*Terrorist acts and groups: a role for international law?*” British Year Book of International Law, Vol. 75 (2004), p. 86, nota 74.

42 ICJ, Actividades Militares y Paramilitares de los Estados Unidos en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Veredicto, Informes de la Corte Internacional de Justicia, 1986, párrs. 218 y 219 (de aquí en adelante *Nicaragua*).

proceso equitativo. Sin embargo, los peticionarios en el caso de los *homicidios selectivos israelíes* sí impugnaron directamente la postura del Gobierno en el sentido de que Israel mantiene un conflicto armado con grupos terroristas palestinos, ya que la base directa de la política de homicidios selectivos era la calificación de los presuntos terroristas como combatientes en ese conflicto, y por lo tanto como blancos legítimos.

La Corte Suprema de Israel no estuvo de acuerdo con los peticionarios, diciendo que “[e]l punto de partida general, basado en principios, es que entre Israel y las diversas organizaciones terroristas activas en Judea, Samaria, y la Franja de Gaza (de aquí en adelante denominada “la región”) existe una situación constante de conflicto armado desde la primera “*intifada*”⁴³. La conclusión de que existe un conflicto armado no es en sí misma polémica, teniendo presente la intensidad de la violencia y su carácter prolongado⁴⁴. Sin embargo, más interesante aún es la calificación dada al conflicto por la Corte:

El sistema normativo que se aplica al conflicto armado entre Israel y las organizaciones terroristas en la *región* es complejo. El elemento central es el derecho internacional en materia de conflictos armados internacionales. El Profesor Cassese examinó el carácter internacional de un conflicto armado entre el Estado ocupante en una región sometida a ocupación beligerante y los terroristas que provienen de la misma región, incluido el conflicto armado entre Israel y las organizaciones terroristas de la *región*, afirmando que:

Un conflicto armado entre una Potencia Ocupante y grupos de rebeldes o insurgentes —sea o no de carácter terrorista— en un territorio ocupado, equivale a un conflicto armado internacional (A. CASSESE, INTERNATIONAL LAW 420 (2ª edición, 2005), de aquí en adelante denominado CASSESE).

Este ordenamiento jurídico incluye el derecho de la ocupación beligerante. Sin embargo, no se limita sólo a ese derecho. La ley se aplica a cualquier caso de conflicto armado de índole internacional —en otras palabras, al que traspasa las fronteras del Estado— independientemente de que el lugar en que ocurra el conflicto armado esté sujeto a ocupación beligerante. Esta ley constituye parte del *jus in bello*. Desde una perspectiva humanitaria, es parte del derecho internacional humanitario. Ese derecho humanitario es la *lex specialis* que se aplica en caso de conflicto armado. Cualquier laguna (*lacuna*) en dicha ley podrá

43 *Targeted Killings*, nota 6 *supra*, párr. 16.

44 De conformidad con la conocida definición de conflicto armado en el caso Tadić: “existe un conflicto armado cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o hay una situación prolongada de violencia armada entre autoridades del Gobierno y grupos armados organizados o entre grupos de esta índole dentro de un Estado”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Fiscal c. Tadić, IT-94-1, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Cámara de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

complementarse mediante el derecho de los derechos humanos⁴⁵.

El razonamiento de la Corte plantea dos problemas fundamentales

En primer lugar, afirma que desde la primera *intifada* existe una constante situación de conflicto armado entre Israel y las diversas organizaciones terroristas. ¿Significa eso que existía un conflicto armado incluso tras la firma de los Acuerdos de Oslo en 1993, que pusieron fin a la primera *intifada*, y antes de que se iniciara la segunda *intifada* en septiembre de 2000? De ser así, ¿por qué? Hubo algunos ataques terroristas esporádicos durante ese período, pero a duras penas podrían calificarse de violencia armada prolongada. La Comisión de las Naciones Unidas de investigación sobre derechos humanos ha expresado dudas incluso sobre el carácter prolongado de la violencia durante la segunda *intifada*, aunque (con razón) reconoce la posibilidad de que exista un conflicto armado no internacional⁴⁶. Sin embargo, sencillamente parece inconcebible clasificar el período relativamente pacífico entre las *intifadas* como un período de conflicto armado no internacional.

Esto nos lleva al segundo punto problemático – la Corte considera que el conflicto armado en los territorios ocupados es de carácter internacional. A primera vista no parece ser una proposición problemática, ya que los conflictos armados internacionales y la ocupación beligerante van de la mano. Lamentablemente, la cuestión es algo más compleja.

Naturalmente, la existencia de una condición de conflicto armado internacional es indispensable para imponer una ocupación beligerante en un territorio extranjero⁴⁷. En efecto, Yoram Dinstein sostiene que sólo puede existir ocupación beligerante en la medida en que el conflicto en el que se creó continúe existiendo⁴⁸. Esa postura tiene relación directa con la ocupación israelí de la Ribera occidental y Gaza, ya que Israel ha concertado tratados de paz con Jordania y Egipto, con lo cual pone fin sin lugar a dudas a los conflictos armados internacionales durante los cuales fueron ocupados esos territorios. La opinión de la mayoría, no obstante, es que Israel continúa siendo el ocupante beligerante de

45 De conformidad con la conocida definición de conflicto armado en el caso Tadić: “existe un conflicto armado cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o hay una situación prolongada de violencia armada entre autoridades del Gobierno y grupos armados organizados o entre grupos de esta índole dentro de un Estado”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Fiscal c. Tadić, IT-94-1, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Cámara de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

46 Comisión de Derechos Humanos, Cuestión de la Violación de los Derechos Humanos en los Territorios Árabes Ocupados, incluida Palestina: Informe de la Comisión de Investigación sobre Derechos Humanos, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/ 2001/121, párrs. 39 y 40, puede consultarse en http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id52260 (consultado el 12 de mayo de 2007).

47 Es axiomático que un Estado no puede nunca ocupar su propio territorio como beligerante. V., por ejemplo, Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, Manchester, 2a. ed., 2000, p. 257.

48 Yoram Dinstein, “*The international law of belligerent occupation and human rights*”, Israel Year Book of Human Rights, Vol. 8 (1978), p. 105. El Profesor Dinstein aparentemente sigue manteniendo esa opinión – v. Dinstein, nota 14 *supra*, p. 169: “La ocupación beligerante supone la existencia del enemigo como un Estado y la continuación de la guerra”.

los territorios palestinos, y que además está obligado por las disposiciones del IV Convenio de Ginebra en relación con su administración de esos territorios⁴⁹. Ambas cuestiones fueron resueltas de manera oficial por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva sobre el Muro⁵⁰.

Sin embargo, lo que hace que la ocupación de los territorios palestinos por Israel sea tan anómala, no es sólo que el conflicto armado durante el cual se produjo la ocupación ha terminado, sino también el hecho de que la ocupación se mantenga por tanto tiempo, pues ya van a ser 40 años, y que no exista un soberano desplazado cuyos intereses deban tenerse en cuenta, pues tanto Jordania como Egipto han renunciado a cualquier reivindicación de los territorios en favor del derecho del pueblo palestino a la libre determinación⁵¹. Esas dos anomalías se han señalado, naturalmente, en la literatura sobre el tema⁵². Su pertinencia para la cuestión que nos ocupa se reduce simplemente a que el derecho internacional nunca ha necesitado dar una respuesta a lo que sucede cuando la violencia prolongada y las hostilidades armadas surgen en un territorio ocupado sin que guarden relación directa con el conflicto armado inicial durante el cual se produjo la ocupación del territorio⁵³.

El conflicto armado inicial puede diferenciarse de cualquier otro nuevo conflicto armado que ocurra posteriormente en un territorio ocupado. Las dos *intifadas* palestinas no son, en términos jurídicos, parte del conflicto armado internacional durante el cual se ocuparon los territorios palestinos, es decir, la Guerra de los Seis Días de 1967, que terminó hace ya bastante tiempo. Por lo tanto, no parece en absoluto evidente que el conflicto entre Israel y Palestina deba considerarse de carácter internacional, y no internacional simplemente porque esté teniendo lugar, por lo menos en parte, en un territorio bajo ocupación beligerante. Ése es especialmente el caso si se tiene en cuenta, como ya se ha señalado, que siempre se ha considerado que sólo los Estados pueden ser posibles partes en un conflicto armado internacional⁵⁴, y Palestina no es un Estado. Lo que es aún más sorprendente es que la Corte al parecer define como conflicto armado internacional “aquel que atraviesa las fronteras del Estado”,⁵⁵ cuando la característica singular que define el conflicto armado internacional no radica en el hecho de que atraviese fronteras sino en su carácter interestatal.

49 El Gobierno israelí no ha disputado la afirmación de que es el ocupante beligerante de los territorios palestinos, sino que ha puesto en tela de juicio la aplicabilidad del IV Convenio de Ginebra. V., al respecto, Dinstein, nota 14 *supra*, pp. 106 a 108. V. también Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2a ed., Princeton University Press, Princeton, 2004, pp.109 a 112.

50 Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado, Opinión consultiva, 9 de julio de 2004, Informes de la Corte Internacional de Justicia, 2004, párrs. 90 a 101 (de aquí en adelante el Muro).

51 V. Benvenisti, nota 49 *supra*, p. 112.

52 V., al respecto, Adam Roberts, “Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967”, *AJIL*, Vol. 84 (1990), p. 44; Benvenisti, nota 49 *supra*, pp. 144 a 148.

53 Ese tipo de escenario no se contempla en absoluto, por ejemplo, en el Comentario del CICR a los Convenios. Comentario del CICR, nota 28 *supra*, págs 18 a 25.

54 V., al respecto, Green, nota 47 *supra*, pp. 54 a 55.

55 *Targeted Killings*, nota 6 *supra*, párr. 18, cita completa en la nota 45.

Por otro lado, la Corte Suprema de Israel nunca ha dado a este conflicto la calificación de internacional. En mucho de sus casos anteriores, la mayoría de ellos citados en el fallo relativo a los *homicidios selectivos*, ha aplicado el derecho de la ocupación beligerante y otras normas del derecho humanitario, pero en ninguno se ha pronunciado sobre el carácter internacional o no internacional del conflicto entre Israel y Palestina⁵⁶. De hecho, el dictamen de la Corte en realidad llevó a algunos analistas a creer que la Corte había dado al conflicto en curso la calificación de no internacional⁵⁷.

La Corte no invoca ninguna de las excepciones reconocidas en el marco del derecho positivo que permite la “internacionalización” del conflicto, es decir, la aplicación del derecho de los conflictos armados internacionales a un conflicto interno. No dice, por ejemplo, que los palestinos están bajo el control general de un tercer Estado, ni que se ha reconocido la beligerancia. La Corte tampoco dice, y eso se puede entender muy bien, que los palestinos están librando una lucha de liberación nacional contra los ocupantes israelíes, aún si se tiene en cuenta que la norma a que se refiere el párrafo 4) del artículo 1 del Protocolo I refleja el derecho consuetudinario.

En consecuencia, la posición de la Corte parece ser que toda vez que se produce un conflicto armado en un territorio ocupado, dicho conflicto debe clasificarse como internacional. No obstante, el camino que siguió para llegar a esa posición es, desde un punto de vista metodológico, bastante dudoso. Por otro lado, la única autoridad que cita la Corte para apoyar esa propuesta es el Profesor Cassese, quien en su libro de texto sobre el derecho internacional efectivamente dice que “[u]n conflicto armado entre una Potencia Ocupante y grupos de rebeldes o insurgentes —sea o no de carácter terrorista— en un territorio ocupado, equivale a un conflicto armado internacional⁵⁸”. No queda sino maravillarse ante la positiva sagacidad con que la Corte cita la autoridad del Profesor Cassese, no sólo por tratarse indiscutiblemente de un eminente experto jurídico sino también por la posición que ocupa en el caso de los *homicidios selectivos* como experto de los peticionarios. De un solo golpe la Corte rechazó el argumento de los peticionarios de que no existía un conflicto armado recurriendo a su propio experto, y, al conceder aparentemente la victoria al Gobierno, hizo que fuera más difícil para éste presentar reclamaciones por cualquier tipo de restricción a sus actos que se le pudiera imponer posteriormente y que son, como veremos, bastante sustanciales.

Naturalmente, desde un punto de vista exclusivamente humanitario es deseable la aplicación del derecho de los conflictos internacionales, ya que ofrece un grado de protección mucho mayor que el derecho de los conflictos armados internos. Sin embargo, es difícil no tener la impresión de que la Corte no fue del todo sincera, puesto que la conclusión a que ha llegado no es en modo alguno clara o evidente. Citar al Profesor

56 V., al respecto, *Mara'abe vs. The Prime Minister of Israel*, Corte Suprema de Israel, HCJ 7957/04; puede consultarse en http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/570/079/a14/04079570.a14.htm (consultado el 12 de mayo de 2007).

57 V. David Kretzmer, “*The Advisory Opinion: the light treatment of international humanitarian law*”, AJIL, Vol. 99 (2005), p. 95, nota 56.

58 Antonio Cassese, *Derecho Internacional*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 420, tal como se cita en *Targeted Killings*, nota 6 *supra*, párr. 18.

Cassese no le confiere un mayor grado de autenticidad, además de que el hecho de citar a una autoridad no significa que no haya que exponer un argumento jurídico. El propio Profesor Cassese no basa sus argumentos en ninguna otra autoridad, sino que afirma que los nuevos conflictos armados en los territorios ocupados deben tratarse como conflictos internacionales porque: i) los conflictos internos son los que se producen entre un gobierno central y un grupo de insurgentes que pertenecen al mismo Estado, que no es el caso en los territorios ocupados; ii) las medidas de protección garantizadas por el derecho humanitario deben ser lo más amplias posibles, y la protección en el marco del derecho de los conflictos armados es de un ámbito mucho mayor; y iii) dado que la ocupación beligerante está regida por las disposiciones del IV Convenio de Ginebra, que es parte del derecho de los conflictos armados internacionales, sería contradictorio hacer que las hostilidades armadas entre el Estado ocupante y los grupos insurgentes se rijan por el derecho de los conflictos armados internos⁵⁹.

Aunque se trata, sin duda, de una posición de sentido común bien argumentada, con la que concuerda el autor del presente artículo desde el punto de vista de la conveniencia, resulta difícil decir que esté en modo alguno establecida en la práctica de los Estados, ya que en verdad es muy reducida la práctica de los Estados en la que pueda uno basarse⁶⁰. Los principales tratados en el ámbito humanitario tampoco son de gran ayuda, pues se relacionan solamente con el conflicto armado inicial durante el cual se produjo la ocupación del territorio, y no con un nuevo conflicto armado que se produjo mucho tiempo después del inicial. Asimismo, el nuevo conflicto armado podría considerarse de tipo interno, ya que i) la potencia ocupante es el único Estado que durante decenios ha ejercido el control efectivo exclusivo sobre el territorio; ii) ningún otro Estado ha reclamado el territorio; y iii) los propios insurgentes no dicen que su intención sea luchar en nombre de algún otro Estado, ni su lucha se relaciona directamente con el conflicto armado internacional inicial⁶¹. Tampoco es del todo contradictorio el hecho de que el IV Convenio de Ginebra sea el instrumento por el cual se rige la ocupación beligerante y que al mismo tiempo se esté produciendo un conflicto armado no internacional, ya que tanto la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Nicaragua*⁶² como el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia reconocieron, en el asunto *Tadić*⁶³ que es posible que un conflicto armado internacional y otro de carácter no internacional ocurran al mismo tiempo, de manera paralela. No hay una razón lógica que impida aplicar también esta norma por analogía durante una ocupación, y la Corte, a diferencia del Profesor Cassese, simplemente no ofrece ningún razonamiento que apoye la conclusión a la que llegó en definitiva.

59 *Ibid.*

60 Lubell también mantuvo, aunque brevemente, que el conflicto entre Israel y Palestina debía clasificarse como internacional – v. Noam Lubell, “*The ICJ Advisory Opinion and the separation barrier: a troublesome route*”, *Israel Year Book of Human Rights*, Vol. 35 (2005), pp. 296 y 297, nota 68.

61 V. también Kretzmer, nota 11 *supra*, pp. 208 a 211.

62 *Nicaragua*, nota 42 *supra*, párr. 219.

63 *Prosecutor vs. Tadić*, IT-94-1-A, Cámara de Apelaciones, Dictamen, 15 de julio de 1999, párr. 84.

Combatientes ilegales

Por fascinante que sea el debate sobre los umbrales de aplicabilidad del derecho humanitario, o la falta de los mismos, en los fallos relativos al asunto *Hamdan* y a los *homicidios selectivos* se plantea también la cuestión de la aplicación de las normas sustantivas del derecho humanitario por los tribunales supremos. También en este aspecto las similitudes entre los dos casos son muy instructivas.

El argumento jurídico de los Estados Unidos con respecto a la “guerra mundial contra el terror” es una historia de tres lagunas. La primera, como ya hemos visto, es la presunta diferencia en los criterios de aplicación del Convenio de Ginebra de 1949, ya que los Estados Unidos sostienen que su conflicto con al Qaeda es, en términos jurídicos, un conflicto armado, pero no un conflicto en el marco del artículo 2 común ni en el marco del artículo 3 común. La segunda diferencia se manifiesta aún cuando se presume que el conflicto se inserta en el ámbito de aplicación material de los Convenios, ya que el Gobierno de los Estados Unidos ha afirmado que los terroristas de al Qaeda son “combatientes enemigos ilícitos” que, en este extraño nuevo tipo de conflicto armado internacional, no tienen derecho ni a la protección que otorga el III Convenio de Ginebra, puesto que no reúnen los requisitos señalados en su artículo 4, ni a la protección que otorga el IV Convenio de Ginebra, puesto que son combatientes, y no civiles. Por su parte, en 2002 Israel, de manera más bien oportunista, promulgó su propia legislación sobre el encarcelamiento de los combatientes ilegales, aduciendo también que los combatientes ilegales no están protegidos en virtud del III Convenio de Ginebra ni del IV Convenio de Ginebra⁶⁴. Por último, el Gobierno de los Estados Unidos no sólo ha afirmado que el derecho humanitario es aplicable sino que no ofrece protección a las personas detenidas durante la “guerra contra el terror”. Ha afirmado, asimismo, que el derecho de los derechos humanos no es de aplicación porque: i) es inaplicable en tiempo de guerra; y ii) los tratados en el ámbito de los derechos humanos no son de aplicación extraterritorial, como en Iraq, Afganistán o en la Bahía de Guantánamo⁶⁵. Ambas afirmaciones han sido rechazadas por los órganos de las Naciones Unidas creados

64 *Incarceration of Unlawful Combatants Law, 5762–2002*, puede consultarse en inglés en <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/IncarcerationLaw.pdf> (consultado el 12 de mayo de 2007). Esta ley ha sido objeto de fuertes críticas, aunque cabe reconocer que es mucho más moderada si se le compara con las facultades sumamente amplias en materia de detención reivindicadas por el poder ejecutivo de los Estados Unidos. V. también *Human Rights Watch, “Israel: Opportunistic Law Condemned”*, 7 de marzo de 2002, en <http://hrw.org/english/docs/2002/03/07/isrlpa3787.htm> (consultado el 12 de mayo de 2007); Hilly Moodrick–Even Khen, “*Unlawful combatants or unlawful legislation? An analysis of the Imprisonment of Unlawful Combatants Law*”, Israel Democracy Institute, Jerusalén, 2005, puede consultarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract5902934> (consultado el 12 de mayo de 2007).

65 V., al respecto, los Comentarios de Apertura de John Bellinger, Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, de 5 de mayo de 2006, en <http://www.us-mission.ch/Press2006/0505BellingerOpenCAT.html> y la Declaración Inaugural de Matthew Waxman, Jefe de la delegación de los Estados Unidos ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 17 de julio de 2006, en <http://geneva.usmission.gov/0717Waxman.html> (consultado el 12 de mayo de 2007).

en virtud de los tratados⁶⁶.

Resulta difícil impugnar la existencia histórica de la categoría de combatiente ilícito (no privilegiado) o beligerante⁶⁷. Eso nos obliga a preguntarnos, sin embargo, de qué modo se ajusta esta categoría histórica al marco de Ginebra, contexto en el cual el punto más crítico sigue siendo el de las garantías humanitarias fundamentales a que tienen derecho todos los participantes en un conflicto, independientemente de su estatuto jurídico preciso. En situaciones de conflicto armado internacional el punto de partida ha sido por lo general el artículo 75 del Protocolo I, ya que desde hace mucho tiempo se consideran disposiciones que reflejan el derecho consuetudinario⁶⁸. Lo que es aún más importante en este caso, el estatuto consuetudinario del artículo 75 ha sido confirmado al menos por dos Asesores Jurídicos del Departamento de Estado de los Estados Unidos⁶⁹. No obstante, el actual Gobierno de los Estados Unidos lamentablemente ha puesto en tela de juicio incluso este punto, y su actual Asesor Jurídico ha afirmado que la administración está “examinando” si las garantías a que se refiere el artículo 75 son aplicables en la “guerra contra el terror”⁷⁰.

Pese a todas sus ambigüedades, el fallo en el asunto *Hamdan* es claro por lo menos en un punto: que las garantías mínimas del artículo 3 común, incluida la protección de la dignidad personal y de los derechos básicos a un proceso equitativo, son aplicables a todos los detenidos por actos de terrorismo. Lamentablemente, la Corte no pudo llegar a la misma conclusión con respecto al artículo 75 del Protocolo I, y una mayoría simple constituida por cuatro jueces encontró que algunas de las disposiciones del artículo 75 indiscutiblemente formaban parte del derecho consuetudinario⁷¹ y, en consecuencia, debían servir de base para la interpretación por parte de la Corte del artículo 3 común, pero el Juez Kennedy, quien emitió el voto decisivo del fallo en su conjunto, no se sumó a esa parte de la opinión de la Corte.

66 V. las Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura: Estados Unidos de América, CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006, párrs. 14 y 15 y las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3, 15 de septiembre de 2006, párr. 10, en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf> (consultado el 12 de mayo de 2007).

67 Con respecto al tratamiento clásico del tema, v. Richard R. Baxter, “So-called “Unprivileged belligerency”: spies, guerrillas and saboteurs”, *British Year Book of International Law*, Vol. 28 (1951), p. 323. V. también Green, nota 47 *supra*, pp. 102 a 105 y 107 a 108.

68 V., al respecto, Jean-Philippe Lavoyer, “Should international humanitarian law be reaffirmed, clarified or developed?”, *Israel Year Book on Human Rights*, Vol. 34 (2004), pp. 35 y 42; Fausto Pocar, “El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y el derecho internacional consuetudinario”, *Israel Year Book on Human Rights*, Vol. 31 (2001), p. 145; Kolb, nota 31 *supra*, p. 158; David, nota 39 *supra*, pp. 483 y 484.

69 V. Michael J. Matheson, “The United States’ position on the relation of customary international law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions”, *American University Journal of International Law & Policy*, Vol. 2 (1987), p. 419; William H. Taft IV, “The law of armed conflict after 9/11: some salient features”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 28 (2003), pp. 319 y 322.

70 Observaciones de John Bellinger, Asesor Jurídico, Departamento de Estado de los Estados Unidos, Royal Institute of International Affairs (Chatham House), Londres, 9 de febrero de 2006. V. Anthony Dworkin, “United States is “looking at” the place of fundamental guarantees in the war on terror”, Proyecto Crímenes de Guerra, 1º de marzo de 2006, puede consultarse en <http://www.crimesofwar.org/onnews/news-guarantees.html> (consultado el 12 de mayo de 2007).

71 *Hamdan*, nota 1 *supra*, Opinión de la Corte, pp. 70 a 72.

En contraste, la Corte Suprema de Israel fue mucho más categórica en relación con las garantías humanitarias fundamentales. Afirma, sin ambages, el estatuto consuetudinario del artículo 75⁷², y añade algunas importantes observaciones retóricas:

Huelga decir que los combatientes ilegales no están al margen de la ley. No son “proscritos”. Además, fueron creados por Dios a su imagen y semejanza; su dignidad humana ha de respetarse; tienen, asimismo, derecho a la protección, por mínima que sea, que ofrece el derecho internacional consuetudinario⁷³.

No queda sino manifestarse de acuerdo con tales opiniones

En lo que respecta al estatuto jurídico preciso de los combatientes ilegales, el CICR y numerosos autores han señalado que las personas que no tienen derecho a protección en el marco del III Convenio deben tener derecho, en consecuencia, a protección en el marco del párrafo 1) del artículo 4 y del artículo 5 del IV Convenio de Ginebra⁷⁴. Otros autores han afirmado con el mismo grado de acierto que los combatientes ilegales en realidad no están comprendidos en ninguno de los convenios, y que tienen derecho a protección sólo en el marco del derecho humanitario consuetudinario⁷⁵.

La Corte Suprema de los Estados Unidos no se ocupa de este punto en el caso *Hamdan*, y su fallo es nuevamente poco claro y polémico. Como ya se ha mencionado, se “reserva” la cuestión de si *Hamdan* tiene derecho, o no, al estatuto de prisionero de guerra, aunque al parecer otorga carácter no internacional al conflicto subyacente.⁷⁶ La Corte no parece tener en cuenta que los conceptos de privilegio de los combatientes y beligerancia lícita o ilícita sencillamente no tienen cabida en los conflictos armados no internacionales. De conformidad con la definición del

72 *Targeted Killings*, nota 6 *supra*, párr. 25.

73 *Ibid.*

74 V. el Comentario del CICR sobre el IV Convenio de Ginebra, nota 28 *supra*, p. 52, que dice que “[t]odas las personas que caen en poder del enemigo deben tener algún tipo de estatuto en el marco del derecho internacional: o bien prisioneros de guerra y, como tales, protegidos por el III Convenio, o civiles amparados por el IV Convenio, o miembros del personal sanitario de las fuerzas armadas amparados por el I Convenio. No hay un estatuto intermedio; ninguna persona que se encuentre en manos del enemigo puede estar fuera del derecho. Consideramos que esa solución es satisfactoria – no solamente desde un punto de vista intelectual sino, y sobre todo, desde un punto de vista humanitario”. V. también Luisa Vierucci, “*Prisoners of war or protected persons qua unlawful combatants? The judicial safeguards to which the Guantánamo detainees are entitled*”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1 (2003), p. 284; Hans-Peter Gasser, “Actos de terror, “terrorismo” y derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 84 (847) (2002), p. 547; Knut Dörmann, “La situación jurídica de los “combatientes ilegales/no privilegiados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 85 (849) (2003), p. 45; Kolb, nota 31 *supra*, pp. 158 y 159; Cassese, nota 58 *supra*, pp. 409 y 410.

75 V. Adam Roberts, “*The law of war in the war on terror*”, en Wybo P. Heere, ed., *Terrorism and the Military*, 2002, p. 82; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, p. 29; Sean D. Murphy, “*Evolving Geneva Convention paradigms in the “war on terrorism”: applying the core rules to the release of persons deemed “unprivileged combatants”*”, forthcoming, *George Washington Law Review*, Vol. 75 (2007), puede consultarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract5958380> (consultado el 12 de mayo de 2007).

76 *Hamdan*, nota 1 *supra*, Opinión de la Corte, nota 61.

conflicto en el artículo 3 común, nadie tiene derecho a tomar las armas contra el Estado, y no existe el estatuto de prisionero de guerra como tal, a menos que por acuerdo especial entre las partes en el conflicto se estipule lo contrario⁷⁷.

La Corte Suprema de Israel, por otro lado, aborda la cuestión de manera directa: considera que en el derecho positivo no existe la categoría de combatientes ilegales, y que en los conflictos armados internacionales se deberán aplicar bien sea las disposiciones del III Convenio o del IV Convenio. De conformidad con la Corte son combatientes ilegales los civiles que participan directamente en las hostilidades, y que no están protegidos al así hacerlo. De ese modo, la Corte afirma explícitamente y en su integridad el carácter consuetudinario de la norma consagrada en el párrafo 3) del artículo 51 del Protocolo adicional I, de cuyo examen se ocupó de manera exhaustiva⁷⁸.

El derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario

La parte más interesante del fallo en el asunto de los *homicidios selectivos* es, sin lugar a dudas, la aplicación por parte de la Corte del derecho internacional de los derechos humanos, con lo cual comparar esa decisión con el asunto *Hamdan* parece entonces como comparar la noche con el día. Por un lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ocupa del derecho internacional de los derechos humanos en apenas una nota de pie de página en una opinión de 100 páginas, e invoca el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 75 del Protocolo I, únicamente para referirse más extensamente a las disposiciones de carácter más general sobre proceso equitativo contenidas en el artículo 3 común⁷⁹. Por otro lado, la Corte Suprema de Israel recurre ampliamente al derecho de los derechos humanos para complementar las normas aplicables del derecho humanitario. La Corte efectivamente considera que las personas civiles que participan directamente en las hostilidades pueden ser objeto de ataque lícito, sólo a condición de que se reúnan las cuatro condiciones siguientes.

1. El Estado debe poseer información bien fundamentada y exhaustivamente verificada sobre la identidad y las actividades de la persona civil que supuestamente participa en las hostilidades; la carga de la prueba para el Estado es ardua⁸⁰.
2. Una persona civil que participa directamente en las hostilidades no puede ser objeto de ataque en esas circunstancias, si se pueden utilizar medios que no ocasionen tanto daño. Así pues, si un terrorista que participa directamente en las hostilidades puede ser arrestado, interrogado y sometido a juicio, deberán utilizarse esos me

77 Párrafo 3 del artículo 3 común.

78 La Corte hace un análisis amplio tanto del elemento de participación directa como del elemento de duración de la participación, en relación con la aplicación del párrafo 3) del artículo 51. V. *Targeted Killings*, nota 6 *supra*, párrs. 33 a 40.

79 *Hamdan*, nota 1 *supra*, Opinión de la Corte, p. 70, nota 66.

80 *Targeted Killings*, nota 6 *supra*, párr. 40.

- dios. De conformidad con la Corte, “Es preferible el procesamiento en lugar del uso de la fuerza. Un Estado de derecho utiliza, en la medida de lo posible, procedimientos conforme a derecho y no procedimientos de fuerza”⁸¹.
3. Si una persona civil es atacada, deberá efectuarse una investigación exhaustiva e independiente en relación con la precisión de la identificación del blanco del ataque y las circunstancias del ataque, y en los casos en que corresponda se pagará una indemnización por los perjuicios ocasionados a las personas civiles inocentes⁸².
 4. Por último, ni combatientes ni terroristas podrán ser objeto de ataque si los daños que se anticipa sufrirán las personas civiles inocentes de las inmediaciones no guardan proporción con la ventaja militar directamente prevista como consecuencia de los daños que se ocasionarán a los combatientes y a los terroristas⁸³.

El hecho que reviste gran interés aquí es que sólo la última de estas condiciones —es decir, el principio de la proporcionalidad— es una norma del derecho internacional humanitario. No hay ninguna norma del derecho humanitario que obligue a los Estados a no matar a los combatientes si pueden ser arrestados o detenidos, en tanto el combatiente no esté *fuera de combate*, se le podrá privar de la vida de manera lícita. Tampoco existe ninguna norma del derecho humanitario que exija una investigación efectiva de las circunstancias de cada ataque, puesto que esa obligación existe sólo con respecto a posibles infracciones graves de los Convenios de Ginebra⁸⁴. Por lo tanto, las tres primeras condiciones establecidas por la Corte con respecto al carácter lícito de los homicidios selectivos provienen exclusivamente del derecho de los derechos humanos. La Corte efectivamente cita a esos efectos tres fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluido el conocido caso *McCann*⁸⁵.

Lo más notable de este fallo es precisamente esta utilización del derecho de los derechos humanos para humanizar más el derecho humanitario. La relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario se suele considerar en términos de la norma de *lex specialis*, de conformidad con la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Armas Nucleares*⁸⁶. Para ilustrar esta relación la propia Corte Internacional de Justicia señaló como ejemplo las normas del derecho humanitario que definen la privación arbitraria de la vida durante un conflicto armado, en el contexto del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁷.

Esta decisión de la Corte Internacional de Justicia se ha interpretado en ocasiones como justificante de un enfoque estricto: si una determinada disposición del derecho humanitario contradice una disposición de carácter más general

81 Ibid.

82 Ibid.

83 *Targeted Killings*, nota 6 *supra*, párrs. 40 a 46.

84 V., al respecto, párrafo 2) del artículo 146 del IV Convenio de Ginebra.

85 *Targeted Killings*, nota 6 *supra*, párr. 40, en el que se citan los casos *Ergi c. Turquía*, 32 EHRR 388 (2001), *McCann c. Reino Unido*, 21 EHRR 97 (1995) y *McKerr c. Reino Unido*, 34 EHRR 553 (2001).

86 Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, Opinión consultiva, 8 de julio de 1996, Informes de la Corte Internacional de Justicia 1996, párr. 25.

87 Ibid.

del derecho de los derechos humanos, se aplicará la disposición del derecho humanitario. Dicho de otro modo, es el derecho humanitario el que tiene una repercusión directa en el derecho de los derechos humanos, no a la inversa⁸⁸.

En el caso de los *homicidios selectivos* la situación es exactamente la opuesta, ya que las obligaciones del Estado en función del derecho de los derechos humanos están ahora reduciendo la libertad de acción de que disfruta realmente el Estado en el marco del derecho humanitario. Ese es precisamente el tipo de situación que contempló la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva sobre el Muro, en la que amplió sus propios razonamientos con respecto al caso de las Armas Nucleares:

En lo que hace a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, se dan, en consecuencia, tres posibles situaciones: algunos derechos pueden ser cuestiones del derecho internacional humanitario exclusivamente; otros pueden ser cuestiones del derecho de los derechos humanos exclusivamente; y otros pueden ser cuestiones comprendidas en ambas ramas del derecho internacional⁸⁹.

Lo que se desprende tanto de la opinión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Wall*, como del fallo relativo a los *homicidios selectivos* es que la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, no se puede explicar mediante la simple comparación de lo general con lo especial, aún cuando esa relación funcione en ambas direcciones. Por ejemplo, el inciso d) del párrafo 1) del artículo 3 común se refiere, de manera muy general, a “las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Por lo tanto, es natural recurrir al derecho de los derechos humanos, entre otras fuentes, para dotar de un contenido más específico a esta fórmula general del derecho humanitario. Eso es efectivamente lo que sugirieron

88 V., al respecto, Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 316 (1997), p. 35: “Esta es una declaración muy importante, porque significa que se debe recurrir al derecho humanitario para interpretar, de hecho, una norma de derechos humanos. A la inversa, también significa que, por lo menos en el contexto de la conducción de hostilidades, el derecho de los derechos humanos no puede interpretarse de modo distinto que el derecho humanitario. Aunque esto tiene perfectamente sentido en el contexto de la privación arbitraria de la vida (una formulación vaga en el derecho de los derechos humanos, mientras que el derecho humanitario rebose de normas especialmente estipuladas para proteger, en la medida de lo posible, la vida en un conflicto armado), está menos claro si conviene también por lo que respecta a las normas de derechos humanos que protegen a las personas en poder de una autoridad. Esto es particularmente cierto cuando se trata de un órgano de derechos humanos establecido por un tratado que aplica el texto de dicho tratado. Hasta ahora la práctica, en particular la de la Comisión Europea y la del Tribunal de Derechos Humanos, parece demostrar que estos organismos aplican los textos de derechos humanos de conformidad con sus propios términos” (texto relativo a las notas 50 a 52, el subrayado es nuestro). V. también William Abresch, “A human rights law of internal armed conflict: the European Court of Human Rights in *Chechnya*”, *EJIL*, Vol. 16 (2005), p. 741 y pp. 743 a 745.

89 *Wall*, nota 50 *supra*, párr. 106.

los expertos reunidos en la Mesa Redonda del CICR celebrada en San Remo en 2003⁹⁰ y, en realidad, es exactamente lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho en el caso *Hamdan*, aún cuando se esté refiriendo al derecho de los derechos humanos de modo un tanto superficial.

En *homicidios selectivos* la Corte Suprema de Israel va mucho más allá. No recurre a una norma más específica del derecho de los derechos humanos para interpretar una norma general del derecho humanitario. No, la norma del derecho humanitario es muy clara; los Estados se han reservado de manera bastante deliberada la libertad de dar muerte a los combatientes, o civiles que participen en las hostilidades, y no tienen ninguna obligación de capturarlos ni someterlos a juicio. En consecuencia, la Corte Suprema de Israel está utilizando una norma del ámbito de los derechos humanos no para interpretar, sino para limitar la aplicación del derecho humanitario.

Anthony Dworkin ha formulado críticas bastante acertadas con respecto a la Corte Suprema de Israel por no proporcionar información más amplia sobre la mecánica precisa de esta relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario⁹¹. La Corte indudablemente podría haber sido más explícita, pero a la postre incumbe a los expertos en derechos aportar un marco teórico adecuado⁹². El elemento en el que se centró claramente la Corte como base principal de su amplia aplicación del derecho de los derechos humanos fue la continuada ocupación beligerante de los territorios palestinos por parte de Israel. Por ejemplo, la Corte dice que los homicidios selectivos no podrán utilizarse contra terroristas cuando puedan ser arrestados y procesados, ya que eso es “particularmente práctico en condiciones de ocupación beligerante, en las que el ejército controla la zona en la que se llevan a cabo las operaciones, y en las que el arresto, la investigación y el procesamiento son a veces posibilidades viables”⁹³.

90 CICR, XXVII Mesa Redonda sobre “El derecho internacional humanitario y otros regímenes jurídicos: Interacción en las situaciones de violencia”, celebrada en San Remo, Italia, en septiembre de 2003, el informe resumido puede consultarse en [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5UBCVX/\\$File/Interplay_other_regimes_Nov_2003.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5UBCVX/$File/Interplay_other_regimes_Nov_2003.pdf) (consultado el 12 de mayo de 2007). V. en especial el párrafo 9: “por el contrario, el derecho de los derechos humanos es en ciertos ámbitos más preciso que el DIH y la relación de interpretación también debe poder realizarse en el otro sentido. Así, el artículo 3, párrafo 1 d), común a los Convenios de Ginebra hace explícitamente referencia a las “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”, pero sin precisar previamente más en detalle el sentido de esta expresión. Se sugirió que, en tal hipótesis, además de los elementos complementarios contenidos en el Protocolo adicional II y en el derecho consuetudinario, la interacción entre esos dos cuerpos normativos permite basarse en los derechos humanos para extraer las garantías fundamentales dimanantes de esta fórmula general”.

91 Anthony Dworkin, “*Israel’s High Court on targeted killing: a model for the war on terror?*”, Proyecto Crímenes de Guerra, 15 de diciembre de 2006, puede consultarse en <http://www.crimesofwar.org/on-news/news-highcourt.html> (consultado el 12 de mayo de 2007).

92 V., al respecto, Orna Ben-Naftali y Yuval Shany, “*Living in denial: the application of human rights in the occupied territories*”, *Israel Law Review*, Vol. 37 (2003), p. 17; Adam Roberts, “*Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights*”, *AJIL*, Vol. 100 (2006), p. 580; Kretzmer, nota 11 *supra*.

93 *Targeted Killings*, nota 6 *supra*, párr. 40.

Cabe elogiar este enfoque de la Corte, que es absolutamente compatible con la postura de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Muro⁹⁴, que se elaboró más detalladamente en el caso *Congo v. Uganda*⁹⁵.

El grado de control de Israel sobre los territorios y el pueblo palestinos, por su condición de ocupante beligerante, le confiere una gran variedad de opciones que puede utilizar con respecto a los terroristas, lo que incrementa las obligaciones que le incumben en el marco del derecho de los derechos humanos. En un conflicto armado internacional “normal”, sin la presencia de una ocupación prolongada, el derecho de los derechos humanos probablemente no impondría esas obligaciones adicionales, y la relativa libertad de acción del Estado en el marco del derecho humanitario se mantendría sin restricciones.

Conclusión

A nivel de retórica y de la afirmación del imperio de la ley no se puede negar la importancia de los dos fallos de los que se ocupa el presente artículo. Ambos se oponen claramente a la proposición de que el derecho no tiene cabida en tiempo de guerra. Y, como hemos visto, ambos distan mucho de ser perfectos, aunque no en el mismo grado, pero ofrecen valiosas enseñanzas para el futuro.

Esto se aplica, sobre todo, al examen efectuado por ambas cortes de los requisitos que determinan la condición de conflicto armado en el marco del derecho internacional. La Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó acertadamente la postura del Gobierno de los Estados Unidos según la cual interviene en un conflicto armado internacional con la organización terrorista al Qaeda, ya que los conflictos armados internacionales sólo pueden ser de carácter interestatal. Sin embargo, lo hizo únicamente para descubrir que en realidad ese conflicto es de carácter no internacional, pasando por alto las pruebas que demuestran que los conflictos armados no internacionales siempre se han considerado sinónimos de conflicto interno, e interpretando erróneamente a las autoridades competentes, al mismo tiempo. La Corte Suprema de Israel, por otro lado, dictaminó que Israel está efectivamente involucrado en un conflicto armado internacional con organizaciones terroristas palestinas, en un aparente reflejo de la postura del Gobierno de los Estados Unidos. No obstante, lo hizo sólo con referencia a la ocupación beligerante, sosteniendo, básicamente, que la ocupación puede transformar inclusive un conflicto no internacional en otro de carácter internacional. Pese a que esta conclusión es perfectamente defendible, de todos modos la Corte no fue del todo honesta al tratar de dar un carácter evidente a esta conclusión, que no lo tiene, y al afirmar que ésa fue siempre su postura, cuando en realidad en el pasado se abstuvo de dar al conflicto armado en curso el calificativo de internacional o no internacional.

94 Wall, nota 50 *supra*, párrs. 107 a 113.

95 *Armed Activities in the Territory of the Congo (Congo v. Uganda)*, Dictamen de la Corte Internacional de Justicia, Judgment, 19 de diciembre de 2005, párrs. 216 y 220.

Tanto el caso *Hamdan* como el de los *homicidios selectivos*, aunque este último en menor medida, nos indican claramente el sorprendente grado de confusión conceptual introducido en el marco tradicional del derecho internacional humanitario por la influencia cada vez mayor de participantes no estatales que pueden operar a través de las fronteras casi sin restricciones. Sin embargo, esto no cambia el hecho de que, como cuestión del derecho positivo y por razones históricas, seguimos atrapados en un modelo conceptual binario de conflicto armado internacional y conflicto armado interno. Si esto es positivo o negativo, y si a través de su práctica los Estados crearán nuevos tipos de conflicto armado, es algo que queda fuera del ámbito del presente artículo. Sin embargo, si hubiera que hacer alguna modificación en las leyes vigentes, esa modificación debería efectuarse de modo claro y abierto, y con el apoyo de procesos adecuados de análisis y razonamiento.

Naturalmente, por muy interesante que desde un punto de vista académico resulte este debate sobre el concepto de conflicto armado, tiene también importantes consecuencias prácticas. Calificar la “guerra mundial contra el terror” como un solo conflicto global armado no internacional, en vez de separarlo en sus componentes constitutivos, como Iraq o Afganistán, tiene repercusiones en la cuestión de la detención indefinida de las personas que el Gobierno de los Estados Unidos considera combatientes ilegales en esa guerra, y también los expone a posibles asesinatos selectivos. El hecho de que el Gobierno de los Estados Unidos no intentará asesinar a presuntos terroristas que viven en Londres, o por lo menos que diga que no lo hará, no significa que no afirme poseer la autoridad legal para hacerlo⁹⁶. Tampoco significa, por cierto, que no intentará ejercer esa supuesta autoridad en lugares como el Yemen o Somalia, como efectivamente ha ocurrido en el pasado.

Por lo tanto, la paradoja que surge al comparar esas dos decisiones es que *Hamdan*, al parecer la más favorable para los peticionarios, podría serlo menos a largo plazo. La Corte Suprema de Israel es claramente superior a su contraparte estadounidense en lo que respecta a la aplicación del derecho humanitario al fenómeno del terrorismo, e incluso más en su aplicación del derecho de los derechos humanos. Ésta podría ser la cualidad más perdurable del fallo en el caso de los *homicidios selectivos*: la gran claridad con que demuestra que la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario puede ser una avenida de doble vía, y el modo en que esa relación puede ser más compleja de lo que generalmente se piensa.

96 V., al respecto, Charles Garraway, “*Armed conflict with al Qaeda: a riposte*”, weblog *Opinio Juris*, 15 de enero de 2006, puede consultarse en <http://www.opiniojuris.org/posts/1168895161.shtml> (consultado el 12 de mayo de 2007).