EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS DETENIDAS DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL EN AFGANISTÁN

Pilar POZO SERRANO*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA “GUERRA CONTRA EL TERRORISMO” Y SU CUESTIONABLE CARACTERIZACIÓN COMO “CONFLICTO ARMADO”.— 3. LA NOCIÓN DE COMBATIENTES LEGALES E ILEGALES: SU ALCANCE.— 4. LOS ESTATUTOS POSIBLES PARA LAS PERSONAS DETENIDAS EN UN CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.— 5. AUTORIDAD COMPETENTE PARA DETERMINAR EL ESTATUTO JURÍDICO Y PARA RESOLVER EN CASO DE DUDA.— 6. ALGUNOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRISIONEROS DE GUERRA Y DE LAS PERSONAS PROTEGIDAS.— 7. LOS POSIBLES ESTATUTOS DE LOS DETENIDOS DURANTE LA OPERACIÓN LIBERTAD DURADERA.— 8. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Como respuesta a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, el Senado y la Cámara de Representantes de Estados Unidos aprobaron, el 18 de septiembre de 2001, una resolución conjunta autorizando al Presidente a usar toda la fuerza necesaria y apropiada “contra aquellas naciones, organizaciones o personas que él determine que han planeado, autorizado, cometido, o ayudado en los ataques terroristas que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001, o que han proporcionado refugio a tales organizaciones o personas, con la finalidad de prevenir cualquier acto futuro de terrorismo internacional contra Estados Unidos por parte de tales naciones, organizacio-

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PB98-1473 del Ministerio de Educación y Cultura.

nes o personas”¹. La expresión “aquellos que les dan refugio” es susceptible de muchas interpretaciones, su inclusión en una autorización del Congreso para recurrir al uso de la fuerza tiene unas implicaciones inmediatas evidentes, como el inicio de un conflicto armado contra un Estado cuyo gobierno es acusado de hospedar y apoyar al grupo Al-Qaeda, y a su máximo responsable O. Bin Laden. La posibilidad de que esta práctica refleje una nueva tendencia en la práctica internacional en materia de responsabilidad internacional del estado, conexas a la responsabilidad penal de los individuos que cometen un crimen internacional, ha sido objeto de análisis y controversia².

En el contexto descrito, el Presidente Bush ordenó el inicio de la campaña militar en territorio afgano el 7 de octubre de 2001. En esta operación, denominada “Libertad Duradera”, la coalición internacional bajo el mando de Estados Unidos tenía como objetivo atacar aquellos grupos presumiblemente vinculados con la red terrorista de Al-Qaeda y, por vía de consecuencia, a las fuerzas armadas del gobierno Talibán³. Comenzaba así un conflicto armado en territorio afgano que, en cierto modo, absorbía y determinaba la internacionalización del conflicto interno preexistente entre los Taliban y los grupos armados que formaban el Frente Unido –antes, Alianza del Norte–⁴. En estas circunstancias, se acepta generalmente que existe de un conflicto armado internacional entre los Estados Unidos y los Talibán, en cuanto gobierno *de facto* de Afganistán, y que a dicho conflicto se aplican las normas de Derecho Internacional Humanitario, en particular los

1. *Authorization for Use of Military Force Joint Resolution*, 18 de septiembre de 2001 (Public Law 107-40, 115 Stat. 224, disponible en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11>)

2. Sobre la implicación de actores no estatales y la posible la responsabilidad internacional de un Estado, vide J. CERONE, “Acts of War and State Responsibility in ‘Muddy Waters’: The Non-state Actor Dilemma”, *ASIL Insight*, septiembre 2001; C. GUTIÉRREZ ESPADA, ¿“No cesaréis de citarnos leyes viendo que ceñimos espada”?”, *A.D.I.*, 2001, pp. 25-38, pp. 32-34; J. A. GONZÁLEZ VEGA, “Los atentados del 11 de septiembre, la operación “Libertad duradera” y el derecho de legítima defensa”, *R.E.D.I.* 2001, pp. 247-271, en pp. 253-6.

3. En la misma línea del Consejo de Seguridad y de la OTAN, pero con posterioridad al desencadenamiento de las hostilidades, la Declaración conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Parte en el Tratado de Río, de 16 de octubre de 2001, respalda explícita y plenamente las medidas adoptadas por Estados Unidos y otros estados en el ejercicio de su derecho inherente de legítima defensa individual y colectiva (cf. Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs, Committee for Follow-Up to the Twentyfourth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs, OEA/Ser.F/II,24, CS/TIAR/RES,1/01, Oct. 16, 2001, disponible en <http://www.oas.org>).

4. Human Rights Watch, *Background Paper on Geneva Conventions and Persons Held by U.S. Forces*, January, 29, 2002, pp. 1-2.

cuatro Convenios de Ginebra de 1949, de los que ambos Estados son partes. Ya en ese momento se debatió sobre las eventuales repercusiones jurídicas de la presencia de un actor no estatal, el grupo Al-Qaeda. En la medida en que participa en un conflicto armado junto a las fuerzas de los Talibán, cabría considerar que el derecho internacional humanitario obliga a los estados de la coalición internacional en relación con ambos grupos⁵.

Desde el comienzo de las hostilidades, Estados Unidos y las fuerzas aliadas integradas en la coalición han capturado, o han recibido la rendición de centenares de individuos. La mayor parte de ellos son miembros de las fuerzas Talibán, o de Al-Qaeda. Los detenidos son, en su mayor parte, de nacionalidad afgana, pero también existen numerosos pakistaníes y, en menor proporción, nacionales de otros estados como Arabia Saudí, Yemen, Uzbekistán, China y de varios países árabes y europeos. La mayoría de los combatientes detenidos permanecen bajo custodia del nuevo gobierno afgano, y en instalaciones situadas en Afganistán. Otros estuvieron bajo control de las fuerzas estadounidenses desde el comienzo, o quedaron bajo su custodia con posterioridad, permaneciendo detenidos en instalaciones estadounidenses situadas en territorio afgano, en buques de guerra en alta mar o siendo transferidos a la Base naval de Estados en la Bahía de Guantánamo, en territorio cubano⁶. El primer traslado tuvo lugar el 11 de enero de 2002 y los detenidos fueron confinados en el denominado Campo de los Rayos-X. Meses más tarde, los prisioneros fueron trasladados a las nuevas instalaciones del Campo Delta⁷. De acuerdo con los últimos informes oficiales el número de personas detenidos en Guantánamo es de 625 aproximadamente⁸. El 26 de

5. En este sentido, J. CERONE, "Status of Detainees in International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings", *ASIL Insight*, enero, 2002, p. 1, nota 1.

6. La mayor parte de los prisioneros están en poder del gobierno afgano. El grupo más numeroso en las instalaciones carcelarias de Shiburghan, que albergan a varios cientos detenidos; el resto de los detenidos en territorio afgano está distribuido en numerosas prisiones más pequeñas, o en establecimientos construidos para ese propósito. Algunos están bajo el control directo del nuevo gobierno, otros, bajo el control de "señores de la guerra" locales. Por su parte, Estados Unidos alberga a los detenidos que permanecen bajo su custodia en una instalación situada en las afueras de Kandahar, y en algunos barcos situados en alta mar como el USS Peleliu. Cf. Human Rights Watch, *Background Paper on Geneva Conventions and Persons Held by U.S. Forces*, 29 de enero de 2002.

7. U.S. Naval Base Guantanamo Bay, Cuba, *Press Release # 24*, 5 de agosto de 2002, (disponible en <http://www.nsgtmo.navy.mil/JTF-160/PresRel/24.html>.)

8. El adverbio aparece en el Informe de Prensa, U.S. Naval Base Guantanamo Bay, Cuba, *Press Release # 25*, 28 de octubre de 2002, (disponible en <http://www.nsgtmo.navy.mil/JTF-160/PresRel/25.html>.) Según esta misma fuente, la base de Guantánamo se está preparando de modo que tenga capacidad para recibir hasta 2000

octubre de 2002, el Departamento de Defensa anunció la repatriación de cuatro detenidos en la Base de Guantánamo, por motivos de salud o porque se había considerado que no podían aportar ningún elemento de información útil y ya no suponían ningún riesgo para la seguridad de Estados Unidos⁹.

Los informes oficiales, habitualmente, concluyen con la afirmación de que los detenidos en la base de Guantánamo están siendo tratados de acuerdo con las exigencias prescritas por el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, la situación de los detenidos no ha dejado de suscitar preocupación por la indeterminación en cuanto a su estatuto jurídico, por el eventual establecimiento de tribunales militares especiales para su enjuiciamiento¹⁰ y por algunas informaciones aparecidas acerca de las condiciones de su internamiento.

Sin anticipar nuevos problemas, y limitándonos al conflicto armado internacional que se desarrolla en suelo afgano, hay que constatar que pone de manifiesto ciertas carencias y lagunas en el derecho aplicable. Este trabajo se centrará en el marco jurídico aplicable a los detenidos durante el conflicto armado en curso. No entraré en el debate suscitado a propósito de la calificación de la reacción estadounidense ante los ataques del 11 de septiembre. Es necesario, no obstante apuntar algunos elementos fundamentales que

detenidos de los Taliban y de Al-Qaeda. En cuanto a la fuerza encargada de custodiar a los detenidos y de garantizar la seguridad del campo, está integrada por más de 850 personas, pertenecientes a las cinco ramas de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos (cf. Press Release # 2, de 9 de abril de 2002, disponible en <http://www.nsgtmo.navy.mil/JTF-160/PresRel/2.htm>)

9. Cf. Department of Defense, *News Release*, 28 de octubre de 2002. De acuerdo con lo señalado en el comunicado de prensa, es previsible que tengan lugar otras transferencias o liberaciones de detenidos, ya sea para su procesamiento, por motivos relacionados con la investigación o consideraciones médicas, y teniendo siempre en cuenta si los individuos concernidos pueden representar una amenaza para Estados Unidos. De las personas liberadas tres poseían nacionalidad afgana y una pakistaní (cf. *Le Monde*, 31 de octubre de 2002). Ante las condiciones de dos de los liberados, individuos de edad incierta pero superior a los setenta años, el Presidente afgano, H. Karzai, se ha mostrado dispuesto a enviar un equipo para examinar las condiciones de los afganos que se encuentran detenidos.

10. Esta disposición y el eventual funcionamiento de las comisiones militares suscita problemas de muy diversa índole y es objeto de valoraciones encontradas, en lo que a su legalidad se refiere. Sobre este particular, vide D. A. MUNDIS, "The Use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts", *AJIL* (2002), pp. 320-328; R. WEDGWOOD, "Al Qaeda, Terrorism, and Military Commissions", pp. 328-337; H.H. KOH, The Case Against Military Commissions", *Ibidem* pp. 337-345; J. FITZPATRICK, "Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism", *Ibidem* pp. 345-354; M. J. MATHESON, "U.S. Military Commissions: One of Several Options", *Ibidem*, pp. 354-358. Estos trabajos son anteriores a la adopción del reglamento militar adoptado en desarrollo de la Orden presidencial, pero éste les afecta escasamente.

sirven de marco jurídico para analizar el tema objeto de estudio¹¹. Por citar sólo algunas reacciones de la comunidad internacional, tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reconocía el derecho inherente de legítima defensa individual y colectiva, lo que, para algunos, podría representar un reconocimiento implícito de que los ataques terroristas constituyen ataques armados¹². Por su parte, la OTAN calificó explícitamente los actos terroristas del 11 de septiembre como “ataque armado”¹³.

2. LA “GUERRA CONTRA EL TERRORISMO” Y SU CUESTIONABLE CARACTERIZACIÓN COMO “CONFLICTO ARMADO”

La calificación de las hostilidades iniciadas el 7 de octubre como conflicto armado internacional no ha suscitado controversia. Sí resulta problemático que se pretenda considerar la denominada “guerra contra el terrorismo” como un verdadero conflicto armado. Es lo que parece pretender la *Orden Militar* adoptada por el presidente BUSH el 13 de noviembre de 2001, y que lleva por título “Detención, tratamiento y enjuiciamiento de ciertos no-nacionales en la Guerra contra el terrorismo”¹⁴. Varios elementos de esta Orden han sido fuertemente criticados por juristas, políticos y grupos de

11. La calificación de los actos terroristas como “actos de guerra” y la invocación de un derecho de legítima defensa para amparar la reacción estadounidense, ha suscitado un vivo debate en la doctrina, con posturas divergentes pero cautas, a la expectativa de nuevos desarrollos. Sobre estos dos problemas, en particular, *vide* los análisis de A. REMIRO BROTONS, “Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden”, *R.E.D.I.* 2001, pp. 125-171, en pp. 150-156; C. RAMÓN CHORNET, “La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre”, *Ibidem*, pp. 273-288; R. BERMEJO GARCÍA, “El Derecho Internacional frente al terrorismo: ¿nuevas perspectivas tras los atentados del 11 de septiembre?”, *A.D.I.* 2001, pp. 5-24, en pp. 10, 13-22; C. GUTIÉRREZ ESPADA, ¿“No cesaréis de citarnos leyes ...” op. cit. pp. 30-34. No es fácil distinguir cuándo una práctica contraria a una norma en vigor es manifestación de que se está formando una nueva norma o representa una violación del derecho, especialmente en momentos de crisis, y cuando la práctica en cuestión procediendo de un solo Estado, de la superpotencia, recibe el respaldo de organizaciones internacionales especialmente representativas así como de otros estados.

12. Resolución 1368 (2001), de 12 de septiembre, Doc. S/RES/1368.

13. Declaración del Secretario General de la OTAN, de 2 de octubre de 2001 (disponible en <http://www.nato-otan.org/terrorism/index.htm>, consultado 10 de junio de 2002).

14. Texto disponible en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11>.

defensa de los derechos humanos, originando un debate sobre su constitucionalidad y su conformidad con el Derecho Internacional Humanitario y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dado su alcance, parece oportuno reproducir el tenor literal de este apartado (a) 1 de la Sección 2 de la Orden:

“Sec.2 Definition and Policy.

(a) The term “individual subject to this order” shall mean any individual who is not a United States citizen with respect to whom I determine from time to time in writing that: (1) there is reason to believe that such individual, at the relevant times, (i) is or was a member of the organization known as al Qaida; (ii) has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of international terrorism, or acts in preparation therefor, that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or adverse effects on the United States, its citizens, national security, foreign policy, or economy; or (iii) has knowingly harbored one or more individual described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2(a) (1) of this order”.

Llama la atención, en primer lugar, que desde el punto de vista subjetivo su ámbito de aplicación es prácticamente ilimitado, con la sola excepción de los ciudadanos estadounidenses.¹⁵ En efecto, según prescribe la Sección 2(a), la Orden se aplica a cualquier individuo que no posea nacionalidad estadounidense¹⁶ y respecto del cual el Presidente haya determinado cada cierto

15. El primer individuo afectado como presunto miembro de Al-Qaeda, ha sido un súbdito francés, Zacarias Moussaoui, detenido por estancia irregular en Estados Unidos, en agosto de 2001. El acta de acusación recoge las siguientes causas de inculpación: “conspiracy to commit acts of terrorism transcending national boundaries, conspiracy to commit aircraft piracy, conspiracy to destroy aircraft, conspiracy to use weapons of mass destruction, conspiracy to murder United States employees and conspiracy to destroy property” (Cf. *United States v. Zacarias Moussaoui*, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Indictment, December 2001, disponible en <http://www.usdoj.gov/ag/moussaouiindictment.htm>). Hay que llamar la atención sobre el hecho de que sin haber tomado parte en el conflicto afgano, le es de aplicación la Orden Presidencial, pero no está siendo juzgado por una Comisión militar, sino por un tribunal ordinario.

16. Como es bien sabido, John P. Walker Lindh, conocido como “el talibán americano”, detenido durante las hostilidades en Afganistán, fue transferido a territorio estadounidense y está afrontando un proceso ante la jurisdicción civil, acusado de “conspiracy to murder U.S. nationals, conspiracy to provide material support and resources to foreign terrorist organizations, providing material support and resources to foreign terrorist organizations, conspiracy to contribute services to al Qaeda, contributing services to al Qaeda, conspiracy to supply services to the Taliban, supplying services to the Taliban, using and carrying firearms and destructive devices

tiempo, que “existe razón para creer” que es o fue miembro de la organización Al-Qaeda; que haya participado (ya sea directamente, ya sea ayudando, conspirando o preparando) en actos de terrorismo internacional que hayan causado o amenazado con perjudicar a Estados Unidos, a sus nacionales o a sus intereses o que haya proporcionado conscientemente refugio a algunos de los individuos de las categorías anteriores.

Hay otros elementos de la Orden que deben ser destacados. Los Convenios de Ginebra evitan el uso del término “guerra” en beneficio de la expresión “conflicto armado”. Se trata de asegurar la vigencia del Convenio desde el momento en que existe una situación de conflicto armado, con independencia de que haya habido o no una declaración de guerra, y de que alguna de las Partes no reconozca la existencia del conflicto¹⁷. Pero los Convenios no contienen una definición de conflicto armado y la *Orden Militar* proclama que la escala alcanzada por los ataques terroristas dirigidos contra Estados Unidos, en su propio territorio o en el extranjero, ha creado un estado de “conflicto armado” que requiere el uso de la fuerza por Estados Unidos. Es la primera “constatación” que aparece en el texto de la Orden:

“(a) *International terrorists*, including members of al Qaida, have carried out attacks on United States diplomatic and military personnel and facilities abroad and on citizens and property within the United States on a scale that has created a state of armed conflict that requires the use of the United States Armed Forces”¹⁸.

Si el título de la Orden utiliza la expresión “guerra contra el terrorismo”, su primer párrafo, al hablar de “estado de conflicto armado”, disipa posibles dudas en cuanto al alcance de la expresión. El gobierno de Estados Unidos no utiliza el término en un sentido retórico: quiere afirmar la existencia de una guerra en sentido “propio”¹⁹. Una consecuencia principal de su aplicación es que todos los individuos detenidos en aplicación de la Orden, cuando sean enjuiciados, serán juzgados por las violaciones del derecho de la guerra y

during crimes of violence”. (Cf. *United States of America v. John Phillip Walker Lindh*, United States District Court for the Eastern District of Virginia, Indictment, February, 2002, disponible en <http://www.usdoj.gov/ag/moussaouiindictment.htm>.)

17. Cf. Artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

18. Cf. Sección 1 (a) de la Orden Militar de 14 de noviembre de 2001 (cursivas añadidas).

19. Vide J. FITZPATRICK, “Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism”, op. cit. pp. 348-350.

demás infracciones que puedan ser juzgadas por tribunales militares²⁰. Este ha sido uno de los aspectos más criticado de la Orden: la disposición relativa a la creación de comisiones militares especiales para juzgar a los individuos detenidos en virtud de la misma ²¹.

Hasta la fecha no se han iniciado procedimientos ante las comisiones militares contra ningún detenido²². Según las manifestaciones de algunas autoridades de la Administración estadounidense, el Gobierno no pretende hacer uso de las comisiones militares para un amplio número de detenidos: estarían destinadas principalmente a enjuiciar algunos miembros de Al-Qaeda o de las fuerzas Talibán detenidos en Afganistán. No obstante, la Orden Militar confiere al Presidente un poder prácticamente ilimitado para calificar a un individuo como “combatiente enemigo”: nada en su tenor literal, impide que sean calificados como tales individuos detenidos fuera del escenario en que se desarrolla el conflicto armado²³.

Un último aspecto a destacar de la Orden es que excluye toda posibilidad de que los detenidos en virtud de la misma, tengan derecho a recurrir ante los órganos judiciales de Estados Unidos, de cualquier otro Estado o de cualquier tribunal internacional. Los individuos a los que se aplique, por lo tanto, no están legitimados para presentar una alegación de *habeas corpus* ²⁴.

20. Cf. Sección 1 (e) y Sección 4 (a) de la Orden presidencial. En el mismo sentido, las reglas aprobadas por el Departamento de Defensa el 21 de marzo, en desarrollo de la Orden Presidencial, disponen que las Comisiones militares serán competentes para conocer violaciones del derecho de la guerra y cualesquiera otra violaciones susceptibles de ser enjuiciadas por una comisión militar (Cf. Artículo 3.B, Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism, *Military Commission Order No.1*, Department of Defense, 21 de marzo de 2002)

21. Vide The Constitution Project, *Recommendations for the Use of Military Commissions*, August 9, 2002, <http://www.constitutionproject.org>.

22. En respuesta a una pregunta sobre el lugar de constitución de los tribunales el Secretario de Defensa de Estados Unidos, D. H. Rumsfeld, declaraba, el 21 de marzo de 2002, que aún no se habían elegido los lugares en los que debían trabajar las comisiones “because we do not have any candidates, yet, to be tried by commissions.” Esta sigue siendo la situación por el momento.

23. Tampoco las normas del Departamento de Defensa establecen mayores restricciones a la competencia de las comisiones militares. Según el capítulo 3 tienen jurisdicción sobre cualquier individuo “sujeto a la Orden Militar del Presidente” y acusado de haber cometido “violaciones de las reglas de la guerra y de cualquier otra infracción que sea enjuiciables por una comisión militar.”

24. La Sección 7 de la Orden, titulada “Relación con otras normas y foros”, dispone en el par.b.2) que los individuos a los que se aplique la Orden “shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding, directly or indirectly, or to have any such remedy or proceeding sought on the individual’s behalf, in (i) any court

En cumplimiento de la Orden presidencial, el Secretario de Defensa aprobó las normas de procedimiento necesarias para ponerla en práctica, el 21 de marzo de 2002²⁵. Las normas enuncian las directrices para proceder al nombramiento de las comisiones militares, determinando el ámbito de competencia de las mismas, su composición, las normas de procedimiento, entre las que cabría destacar, las disposiciones relativas a la prueba, a las garantías jurídicas de los acusados, el proceso de revisión de la sentencia y las condiciones para pronunciar una condena y dictar sentencia ²⁶. La Sección 3 contiene disposiciones relativas al trato que recibirán los detenidos, afirmando que serán tratados humanamente, internados en instalaciones adecuadas, y que se les proporcionará alimentación adecuada y bebida, alojamiento, ropa, atención médica, etc.

Las normas del Departamento de Defensa de 21 de marzo de 2002, corrigen algunos de los aspectos de la Orden que más preocupación habían suscitado ²⁷. Por ejemplo, para imponer la pena de muerte se requiere un veredicto unánime (Capítulo 6, sección F), cuando en la Orden presidencial

of the United States, or any State thereof. (ii) any court of any foreign nation, or (iii) any international tribunal”.

25. Department of Defense, *Military Commission Order No.1, Procedures for Trials by military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism*, 21 de marzo, 2002, disponible en <http://www.defenselink.mil>.

26. El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha abordado problemas suscitados por la utilización de comisiones militares en varias ocasiones. Sobre este particular, vide J. J. PAUST, “Antiterrorism Military Commissions: Courting Illegality”, 23 *Michigan Journal of International Law*, 2001, p. 1; Congressional Research Service, *Terrorism and the Law of War: Trying Terrorists as War Criminals Before Military Commissions*, December 2001. Para una lista de bibliografía selecta sobre esta cuestión, S. YOUNG, “United States Military Commissions: A Quick Guide to Available Resource” (1 de marzo de 2002), disponible en <http://www.llrx.com/features/military.htm>. Vide análisis más detallados de las normas de procedimiento de las Comisiones Militares, comparadas con los tribunales militares ordinarios de Estados Unidos (sujetos al *U.S. Code of Military Justice*), con las garantías procesales mínimas contempladas en el III Convenio de Ginebra y en las normas internacionales de protección de los derechos humanos, D. A. MUNDIS, “The Use of military Commissions...”, op. cit, pp. 321-328; “Due Process Protections Afforded Defendants: A Comparison between the Proposed U.S. Military Commissions and the U. S General Courts-Martial”, *Human Rights Watch Press Release*, New York, 17 de diciembre, 2001, disponible en <http://www.hrw.org.press/2001/12/mltribchart1217.htm>.

27. F. TULLY, U.S.: *Defense Department Modifies Rules for Military Courts In Terror War*, Radio Free Europe-Radio Liberty, Inc., disponible en <http://www.rferl.org/nca/features/2002/03/22032002113350.asp>, 22 March, 2002; G.J. Gilmore, *DoD Presents Procedural Guidelines for Military Commissions*, American Forces Information Service, News Articles, disponible en <http://www.defenselink.mil/news>.

bastaba una mayoría de dos tercios²⁸. Otra mejora sustancial es la previsión de un panel de revisión constituido por oficiales (Capítulo 6, Sección H), opción no contemplada en la Orden²⁹. No obstante, este proceso de revisión dista mucho de reunir las características propias de un tribunal de apelación, y no podía ser de otro modo pues, como ya se ha señalado, la Orden excluye toda posibilidad de recurso ante un órgano judicial.

Las normas del Departamento de Defensa formulan algunas de las garantías procesales esenciales, aunque con significativos recortes. Se afirma explícitamente la presunción de inocencia; la necesidad de que la culpabilidad sea demostrada “más allá de cualquier duda razonable”, se reconoce igualmente el derecho a no declarar en contra de uno mismo. En principio, las comisiones militares celebrarán sus sesiones a puerta abierta, pero el Gobierno conserva una amplia facultad para cerrar los procedimientos al público. Cuando se determine que así lo exige la seguridad nacional es posible calificar algunas pruebas como “protegidas” y someterlas privadamente a la comisión militar. Una peculiaridad importante, impensable en jurisdicciones civiles, es la admisión de pruebas “indirectas” o de “segunda mano”, con la finalidad de que los procesos resulten más expeditivos³⁰.

3. LA NOCIÓN DE COMBATIENTES LEGALES E ILEGALES: SU ALCANCE

Las nociones de “combatiente legítimo” e “ilegítimo”, aunque usadas por la doctrina no aparecen como tales en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. De hecho, la definición legal del “combatiente” es relativamente reciente, aparece por primera vez en los artículos 43-44 del Protocolo Adicional I de Ginebra. Los combatientes legítimos son aquellos que están legalmente habilitados para participar directamente en las

28. N. A. LEWIS, *Rules on Tribunal Require Unanimity on Death Penalty*, National Association of Criminal Defense Lawyers, News Release, 28 diciembre, 2001, disponible en <http://www.criminaljustice.org>.

29. K. ROTH: “U.S.: Use Court-Martial Rules for Military Commissions”, *Human Rights Watch Press Release News*, New York, December, 18, 2001; T. MALINOWSKI, “Court-Martial Code Offers a Fair Way to Try Terrorist Suspects” (Editorial, *International Herald Tribune*, December 29, 2001), <http://www.hrw.org/editorials/2001/us-1229.htm>.

30. Capítulo 6, Sección D.3.

hostilidades y los combatientes ilegítimos, aquellos no tienen derecho a tomar las armas y participar activamente en el combate³¹.

Los primeros, cuando caen en poder del enemigo, no pueden ser perseguidos penalmente por el mero hecho de participar en combate ni por las acciones cometidas con motivo del mismo, siempre y cuando esas acciones no entrañen violaciones de las normas del derecho bélico, y se benefician del estatuto de prisionero de guerra. Ahora bien, la condición de prisionero de guerra no confiere una inmunidad penal absoluta. De acuerdo con el artículo 85 del III Convenio de Ginebra, la Potencia detenedora puede perseguir penalmente a un prisionero de guerra por las infracciones que haya cometido con anterioridad a su captura³². Los combatientes “ilegales”, por el contrario, pueden ser incriminados por el mero hecho de tomar parte en el combate y no tienen derecho al estatuto de los prisioneros de guerra. Si reúnen ciertos requisitos en materia de nacionalidad deben ser considerados como “personas protegidas”, bajo la protección del IV Convenio de Ginebra (artículo 4); de no ser así, les serían aplicables las garantías mínimas recogidas en el artículo 75 del Protocolo Adicional I, disposición reconocida como expresión de una norma de derecho consuetudinario³³. En cualquiera de estas dos situaciones,

31. Sobre el concepto de combatiente y las diversas categorías que es posible establecer, *vide* J. L. DOMÉNECH OMEDAS, “Los sujetos combatientes”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española-Centro de estudios de derecho internacional Humanitario, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 151-168; Y. DINSTEIN, “The Distinction Between Unlawful Combatants and War Criminals”, en *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 103-117.

32. Cf. DAVID, E., *Principes de Droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 379-399; Human Rights Watch, *Legal Issues Arising from the War in Afghanistan and Related Anti-Terrorism Efforts*, October 200, p. 3.

33. El artículo 75, titulado garantías fundamentales dispone que las personas que no beneficien de un trato más favorable en virtud de los Convenios: “1. ...serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos.[...] 2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares: a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas [...] b) los atentados contra la dignidad personal [...] 3. Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento. 4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a

los individuos pueden ser acusados y juzgados por aquellos crímenes que hubiera podido cometer, al igual que los prisioneros de guerra.

En Estados Unidos, el concepto de “combatiente ilícito” tiene especial arraigo debido al uso que de él ha realizado la jurisprudencia de su Tribunal Supremo. En el asunto *Quirin*, en particular, la noción de “combatiente ilegal” ocupa un lugar central en la decisión, que señaló:

“By universal agreement and practice, the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detentions as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. [...] an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not be entitled to the status

la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes: a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; [...] d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable; [...] i) toda persona juzgada por una infracción tendrá derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente; y j) toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos. 6. Las personas detenidas, presas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado disfrutarán de la protección otorgada por el presente artículo, incluso después de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento. 7. A fin de evitar toda duda en cuanto al procesamiento y juicio de personas acusadas por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se aplicarán los siguientes principios: a) las personas acusadas de tales crímenes deberán ser sometidas a procedimiento y juzgadas de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional; y b) cualquiera de esas personas que no disfrute de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo, recibirá el trato previsto en el presente artículo, independientemente de que los crímenes de que se la acuse constituyan o no infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo”.

of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals”³⁴.

La principal consecuencia de dicho estatuto era la posibilidad de que los individuos con esa condición fueran juzgados por comisiones militares. La decisión del Tribunal Supremo en el asunto *Quirin* tiene, no obstante, algunas limitaciones importantes³⁵. Por un lado, está fuertemente condicionada por las circunstancias particulares del caso; por otro lado, es una decisión anterior a los Convenios de Ginebra de 1949. Según se desprende de lo dispuesto en el III Convenio, existen violaciones del derecho internacional humanitario que, como la que realizan los miembros del Ejército alemán en el caso *Quirin* al no llevar uniforme, determinan la pérdida de todo derecho al estatuto de prisionero de guerra. Pero otras infracciones no impiden que el combatiente que las comete se beneficie de dicho estatuto, sin perjuicio de que, conser-

34. *Ex parte Richard Quirin et al.*, 317 U.S. 1, S. Ct. 30-31 (29 de octubre 1942), *vide* una reproducción de los extractos del texto relevantes en, H.S. LEVIE, *Documents on Prisoners of War*, International Law Studies, vol. 60, pp. 229-230.

35. En este sentido, *vide* E. LAZARUS, “The History and Precedential Value of The Supreme Court Case Cited in Support of the Bush Administration’s Military Tribunals”, en *FindLaw’s Writ*, 11 diciembre 2001, disponible en <http://www.writ.news.findlaw.com>. Para dilucidar mejor su alcance puede ser útil una breve referencia al contexto en el que fue adoptada la decisión. A propósito de la misma se ha afirmado que fue prácticamente una solución de compromiso, que pretendía evitar la crisis constitucional que hubiera supuesto un enfrentamiento entre el Tribunal Supremo y el Presidente en unos momentos particularmente difíciles. Los saboteadores fueron detenidos el 27 de junio de 1942 por el FBI. El 3 de julio el Gobierno presentó cargos contra los mismos, acusándolos de haber violado el derecho de la guerra por haber cruzado líneas enemigas con vestimenta civil, para realizar actos de espionaje y sabotaje. El Presidente Roosevelt ordenó que fueran juzgados por un tribunal militar, denegándoles el acceso a la jurisdicción civil. Uno de los individuos, Richard Quirin, que alegaba ser ciudadano de Estados Unidos, formuló una reclamación de *habeas corpus*, basada en el argumento de que, existiendo tribunales civiles para conocer el caso, el tribunal militar carecía de competencia. El Tribunal Supremo rechazó la alegación. Se trata de una decisión eminentemente pragmática, el Tribunal Supremo evitó entrar en cuestiones de fondo y se limitó a señalar que los cargos presentados contra los individuos arrestados eran susceptibles de ser juzgados por una comisión militar, y que ésta había sido válidamente constituida. La decisión contiene dos pronunciamientos relevantes respecto a los prisioneros de guerra: en primer lugar, la distinción entre combatiente legítimos, que tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra en caso de captura y combatientes ilegítimos, que no lo tienen; por otro lado, la afirmación de que un nacional de un Estado beligerante puede ser considerado “combatiente enemigo” si se une a las fuerzas armadas enemigas.

vando el estatuto de prisionero de guerra, pueda ser también procesado de acuerdo con lo establecido en el artículo 85 del III Convenio³⁶.

4. LOS ESTATUTOS POSIBLES PARA LAS PERSONAS DETENIDAS EN UN CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Básicamente, para los individuos capturados por el enemigo sólo existen dos opciones: o son prisioneros de guerra, o poseen estatuto de civil, y en este último caso serán “personas protegidas” si reúnen los requisitos del IV Convenio. El Comentario del CICR sobre los Convenios de Ginebra de 1949 afirma la existencia de un principio general, incluido en los cuatro Convenios de Ginebra, según el cual:

“Se trouvant aux mains de l'ennemi, un individu doit avoir un statut selon le droit international : il est soit un prisonnier de guerre couvert par la IIIe Convention, soit une personne civile couverte par la IVe Convention, soit encore un membre du personnel sanitaire des forces armées couvert par la Ire Convention. ' Il n'y a pas ' de statut intermédiaire ; aucune personne se trouvant aux mains de l'ennemi ne peut être en dehors du droit et c'est là, nous semble-t-il, une solution satisfaisante, non seulement pour l'esprit, mais aussi et surtout du point de vue humanitaire”³⁷.

Este principio ha sido reafirmado, más recientemente, por el Tribunal Internacional Penal para ex Yugoslavia, que ha señalado:

“there is no gap between the Third and Fourth Geneva Conventions. If an individual is not entitled to the protection of the Third Convention as a

36. En este sentido, H.S. LEVIE, *Prisoners of War in International Armed Conflict*, International Law Studies, vol. 59, Saint Louis University Law School, 1977, pp. 36-38.

37. J. PICTET (dir.) *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*.

prisoner of war he or she necessarily falls within the ambit of [the Fourth Convention] provided that its article 4 requirements are satisfied"³⁸.

Las reglas relativas al estatuto de prisionero de guerra han ido evolucionando en los sucesivos instrumentos codificadores ³⁹. Tratándose de un conflicto armado internacional, las normas relevantes para determinar el estatuto de las personas detenidas, que no participan activamente en las hostilidades, o que han dejado de hacerlo, en una situación de conflicto armado o de ocupación, se encuentran en el III y IV Convenios de Ginebra de 1949 en el que son Partes tanto Estados Unidos como Afganistán. El Protocolo Adicional I, sobre conflictos armados internacionales no ha sido ratificado por ninguna de las dos Partes en conflicto, por lo que sólo serían pertinentes aquellas disposiciones que hubieran adquirido el carácter de derecho consuetudinario y los artículos relativos a la condición de prisionero de guerra no pertenecen a ese grupo, por lo que su contenido, que hubiera permitido resolver con claridad algunos puntos objeto de debate, no resulta aplicable.

Uno de los propósitos de la Conferencia Diplomática de 1949 en la que se adoptaron los Convenios era ampliar el círculo de personas con derecho al estatuto de prisioneros de guerra en caso de caer en poder del enemigo. El artículo 4 del III Convenio de Ginebra enuncia diversas categorías de personas que serán considerados prisioneros de guerra si caen en poder del enemigo. Dos son las categorías pertinentes para el caso objeto de análisis. En primer lugar, la enunciada en Artículo 4.A.1) y 3) que se refiere a las fuerzas armadas de las partes en conflicto:

38. *Prosecutor v Delalic et al*: Judgment, ICTY, IT-96-21, par. 271 (Nov. 16, 1998).

39. El Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya de 1899, sobre las leyes y costumbres de la guerra en tierra, revisado en 1907, sentó principios básicos para la protección de los prisioneros de guerra, tales como el de que los prisioneros están en poder del Gobierno enemigo, pero no en poder de los individuos que los han capturado; este Gobierno puede internarlos para impedir que reanuden la lucha, pero debe tratarlos humanamente y mantenerlos como a las propias tropas; puede obligarles a realizar ciertos trabajos, pero no relacionados con las operaciones militares. La I Guerra Mundial puso de relieve las importantes limitaciones del instrumento, la cláusula *si omnes*, y sus lagunas, por ejemplo en materia de repatriación de los prisioneros. El Convenio de Ginebra 1929, al regular el cautiverio de los prisioneros de guerra reafirma los principios anteriores y contiene destacables progresos como la prohibición de represalias contra los prisioneros protegidos, la reglamentación de las sanciones penales y la instauración de un sistema de control, ejercido por las Potencias protectoras y por el CICR.

“A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:

1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; ...

3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora”.

Hay que tener presente que el estatuto de “prisionero de guerra” es propio del derecho aplicable a los conflictos armados internacionales: en el derecho aplicable a los conflictos armados internos no existe tal noción. Los detenidos han sido capturados con motivo de la operación militar “Libertad Duradera” que se desarrolla en territorio afgano desde el 7 de octubre de 2001. Como dispone expresamente el párrafo 3), el hecho de que los Talibán no fueran reconocidos por Estados Unidos como gobierno legítimo de Afganistán, no obstaría para que se les pudiera reconocer, en su caso, el estatuto de prisionero de guerra.

La segunda categoría, enunciada en el párrafo 2, incluye a los miembros de milicias y voluntarios en los siguientes términos:

“2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:

- a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
- b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;
- c) llevar las armas a la vista;
- d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;”

Con esta disposición se amplía considerablemente el conjunto de personas que pueden beneficiarse del estatuto de prisionero de guerra, en comparación con lo establecido en el Reglamento de la Hay de 1907. Efectivamente,

junto a fuerzas armadas del Estado, son admitidos, con la condición de que pertenezcan a una parte en el conflicto, las milicias y los cuerpos de voluntarios, a los que se equiparan los “partisanos” o “resistentes”, tanto si actúan fuera del propio territorio como dentro del mismo. Las personas contempladas en esta categoría, sólo tienen derecho a ser considerados prisioneros de guerra si reúnen las cuatro condiciones enunciadas en el artículo. El objeto de estas restricciones, aplicadas a las milicias y cuerpos de voluntarios, es claro: evitar poner en peligro la seguridad de la población civil como consecuencia de su posible confusión con los miembros de esos movimientos de resistencia o de irregulares.

Los requisitos enunciados reproducen lo dispuesto en el Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Aunque en la redacción del Reglamento no apareciera con tanta claridad, en el III Convenio la exigencia de los cuatro condiciones se refiere a las milicias y cuerpos de voluntarios, y no a las fuerzas armadas de los Estados.⁴⁰ La doctrina, sin embargo, no es pacífica en este punto. De hecho, la postura de la Administración estadounidense, y de algunos especialistas, es que las cuatro condiciones son también exigibles a los miembros de las fuerzas armadas.⁴¹ El Secretario de Prensa de la Casa Blanca, en una declaración pública realizada el 7 de febrero, del año 2002, señaló: “the Taliban *have not effectively distinguished themselves from the civilian*

40. El Reglamento distingue varias categorías de beligerantes con derecho a reconocimiento del estatuto de prisionero de guerra en caso de captura. En el artículo 1 señala: “The laws, rights and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions:—1. To be commanded by a person responsible for his subordinates; 2. To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance; 3. To carry arms openly; and 4. To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war. In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination ‘army.’” *Vide* el texto del Reglamento en LEVIE, H.S., *Documents on Prisoners of Law*, International Law Studies; vol. 60, Naval War College Press, Newport, Rhode Island, 1979, p.179. Para un comentario del artículo 4, J.S. PICTET (Dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, III- La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, C.I.C.R., 1956, disponible en <http://www.cicr.org/dih.nsf/>

41. Entre los autores que se pronuncian en este sentido, *vide* R. WEDGWOOD, “Al Qaeda, Terrorism ...”, *op. cit.* pp. 335-336; M. C. DORF, “What is an unlawful combatant and why it matters: The Status of Detained Al Qaeda and Taliban Fighters”. FindLaw’s Writ Legal Commentary, January 23, 2002, en <http://writ.news.findlaw.com/scripts>.

population of Afghanistan. Moreover they have not conducted their operations in accordance with the laws and the customs of war ..."⁴².

El Comentario del CICR al artículo 4 del Convenio, no resulta particularmente esclarecedor y ha sido citado por partidarios de ambas interpretaciones. Al hablar de las fuerzas armadas de gobiernos entre los que no hay problema de reconocimiento, el Comentario destaca que corresponde a cada Estado adoptar las medidas necesarias para que sus fuerzas armadas sean inmediatamente identificables como tales. Al analizar la disposición relativa a las fuerzas armadas de un gobierno o autoridad no reconocido por la otra parte, se señala:

“Ces troupes “régulières” possèdent les caractéristiques matérielles et tous les attributs des forces armées au sens du chiffre 1: elles ont un uniforme, sont organisées hiérarchiquement, connaissent et respectent les lois et les coutumes de la guerre. Il était donc superflu de mentionner pour de tels corps de troupes les exigences posées aux lettres a) b) c) et d) du chiffre 2”⁴³.

En cualquier caso, la interpretación que parece más adecuada, atendiendo al propio tenor del artículo 4, es que las cuatro exigencias del apartado 2) deben aplicarse sólo a la categoría en ese apartado. En las fuerzas armadas no son exigibles porque se presuponen en el caso de miembros pertenecientes a las fuerzas armadas que efectivamente vistan el uniforme⁴⁴. Prueba de ello es que el Protocolo Adicional I al regular el estatuto de los prisioneros de guerra hará desaparecer la cuarta exigencia, por considerar que supone una discriminación exigirles a las milicias y cuerpos de voluntarios cuando no se exige a miembros de las fuerzas armadas del Estado⁴⁵.

42. Statement by the U.S. Press Secretary, The James S. Brady Briefing Room, Washington D.C 7 de febrero de 2002, citado en *Response of the United States*, cit. en nota 6, p. 10-11. Los uniformes de los talibanes no obedecen a los prototipos occidentales, pero sí se diferenciaban de la población civil, entre otras cosas por el característico turbante negro. Cuestión diferente es que haya individuos concretos que fueran capturados sin llevar el uniforme, y que esta situación pudiera ser relativamente frecuente en los momentos finales del régimen talibán, en los que según diversas informaciones abundaron casos de reclutamientos forzados.

43. J. PICTET (dir.) *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire*, p. 70-71.

44. En este sentido, HS. LEVIE, op. cit, p. 37. Los Talibán no eran reconocidos por Estados Unidos ni por una inmensa mayoría de la comunidad internacional, incluida la ONU.

45. Cf. Artículos 43 y 44 del I Protocolo Adicional. En este sentido se pronuncia, E. DAVID: "... la 4 e condition ... est discriminatoire par rapport aux membres des

Las dimensiones alcanzadas por las “guerrillas” en los conflictos posteriores hacía necesaria una nueva regulación. Sobre este aspecto, entre otros se centró la Conferencia Diplomática de 1974-1977. El Protocolo Adicional I procura delimitar de modo más preciso quiénes integran las fuerzas armadas y, ampliar la categoría de combatientes con derecho a estatuto de prisionero de guerra⁴⁶. En cualquier caso, aunque algunos Estados participantes en la coalición internacional son Partes en el Protocolo Adicional I, Estados Unidos y Afganistán no lo son y sus disposiciones en esta materia no se consideran expresivas de normas de derecho consuetudinario.

El artículo 4 no contiene provisión alguna en relación con la nacionalidad, pero algunas disposiciones de la Convención parecen implicar que el prisionero de guerra no puede tener la nacionalidad de la potencia detenedora. Existen precedentes que admiten esta posibilidad en la jurisprudencia estadounidense⁴⁷, pero también hay precedentes de otras jurisdicciones en sentido contrario, que no admiten que a un nacional se le pueda conceder en

forces armées régulières puisque les résistants ne bénéficient du statut de prisonniers de guerre que s'ils respectent les lois et les coutumes de la guerre alors que les militaires en bénéficient même s'ils ne les respectent pas”, op. cit. p. 387, par. 2.204. A lo largo del conflicto se han sucedido violaciones del Derecho internacional humanitario por parte de ambos bandos. Existen datos sobre la probable ejecución de un prisionero de guerra estadounidense capturado por combatientes de Al-Qaeda, en Afganistán, tras ser derribado su helicóptero (Cf. *Human Rights Watch News*, 6 de marzo de 2002, disponible en <http://www.hrw.org/press/2002>). También son numerosas las noticias sobre violaciones del derecho internacional humano, que afectan a prisioneros y población civil, fundamentalmente, cometidos por miembros de la coalición internacional y por las fuerzas afganas del Frente Unido, cf. “Los contenedores de la muerte”, *El País*, 20 de agosto de 2002; “Les Nations Unies sont accusées de lenteurs et de tergiversations”, *Le Monde*, 20 de agosto de 2002; “Graves soupçons de crimes de guerre dans le Nord de l’Afghanistan”, *Le Monde*, 21 de agosto de 2002; *Paying for the Taliban’s Crimes: Abuses Against Ethnic Pashtuns in Northern Afghanistan*, Human Rights Watch, 2002 vol. 14, abril.

46. Con este fin, se reformulan los clásicos requisitos del artículo 4, y las condiciones se vuelven más flexibles condensándose en una sola exigencia básica, pero esencial, la obligación de los combatientes de distinguirse de la población civil. Pero no se concreta cómo: la cuestión del signo distintivo ha suscitado un vivo debate y no deja de ser problemático. En su defecto, lo que resulta exigible en todo caso es que lleven las armas a la vista. Pero no en toda circunstancia, cuando los guerrilleros no puedan distinguirse de la población civil sin comprometer su vida o el éxito de la operación, sólo se les pide que lleven las armas a la vista durante el combate y durante el despliegue que precede inmediatamente al ataque.

47. En este sentido, considera que el hecho de que un individuo posea la nacionalidad de la potencia detenedora no afecta a su posible derecho al estatuto de prisionero de guerra, la decisión del Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, 9º circuito, de 8 de junio de 1946, en el asunto *In Re Territo*, 156 F. 2d 142, 13 Ann. Dig. 284 (1946). Cf. el texto de fragmentos relevantes en H. S. LEVIE, *Documents on Prisoners of War*, op. cit. pp. 342-343.

estatuto de prisionero de guerra⁴⁸. El IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra es más claro sobre este punto, en su artículo 4 de establece que sólo las personas que no posean la nacionalidad de la Potencia detenedora pueden beneficiarse del estatuto de personas protegidas⁴⁹. Las “personas protegidas” son definidas como aquellas

“que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas.”

Normalmente, los individuos que no reúnen las condiciones para ser calificados como prisioneros de guerra, serán considerados como personas protegidas, siempre que cumplan el requisito de la nacionalidad. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para ex Yugoslavia al analizar el requisito de la nacionalidad, confiere valor determinante a los vínculos materiales que existen entre el individuo y el Estado en cuyas filas combate, más que a vínculos puramente formales de nacionalidad⁵⁰. Teniendo en cuenta la existencia de miembros de Al-Qaeda, a los que se deniega la condición de prisionero de guerra y que son nacionales de Estados que han luchado junto a Estados Unidos como miembros de la coalición internacional (nacionales del Reino Unido y de Australia por ejemplo), esta línea de interpretación resulta particularmente relevante⁵¹.

48. Cf. la decisión del Privy Council (British House of Lords), en el asunto *Public Prosecutor v. Oie Hee Koi (and associated appeals)*, 4 de diciembre de 1967, 1 All ER 419 (1968), en la que determinó que un nacional de la potencia detenedora no puede ser prisionero de guerra. Cf. H. S. LEVIE, *Documents on Prisoners of War*, op. cit., pp. 737-746.

49. El segundo párrafo excluye también a los nacionales de un Estado cobeligerante mientras dicho Estado tenga “representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder se encuentren dichos individuos.”

50. Cf. *Prosecutor v. Delalic, Judgements of the Appeals Chamber, IT-96-21-A*, de 20 de febrero de 2001. En este sentido, J. CERONE, “Status of Detainees ...”, op. cit. pp. 2-3, notas 5-13.

51. Caben derogaciones en el caso de personas “fundadamente sospechosas” de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado o capturadas por dedicarse a acciones de espionaje o sabotaje. En cualquier caso, como dispone el artículo 5, tales personas siempre “serán tratadas con humanidad y, en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el presente Convenio. Recobrarán, asimismo el beneficio de todos los derechos y privilegios de persona protegida, en el sentido del presente

Si el III Convenio establece un régimen jurídico único para los prisioneros de guerra, el régimen de las personas protegidas por el IV Convenio varía en función de su situación. El Convenio IV diferencia dos situaciones: la de las personas que quedan en poder de una Potencia de la que no son nacionales y la población civil de los territorios ocupados. En el presente caso resultaría especialmente pertinente lo establecido en relación con el segundo supuesto y, en particular lo referente al internamiento de civiles, situación que el Convenio regula con detalle estableciendo un régimen que, *mutatis mutandis*, guarda cierto paralelismo con el creado para los prisioneros de guerra.

5. AUTORIDAD COMPETENTE PARA DETERMINAR EL ESTATUTO JURÍDICO Y PARA RESOLVER EN CASO DE DUDA

En caso de duda sobre el derecho de una persona a ser considerado como prisionero de guerra, el artículo 5 del III Convenio de Ginebra establece que dicha persona deberá ser tratada como prisionero de guerra hasta que un tribunal competente haya determinado su estatuto. Es decir se establece una "presunción", que recogen también las ordenanzas militares de muchos Estados, incluido Estados Unidos⁵². El artículo 5 establece:

"El presente Convenio se aplicará a las personas mencionadas en el artículo 4 a partir del momento en que caigan en poder del enemigo y hasta su liberación y su repatriación definitiva.

Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de

Convenio, en la fecha más próxima posible, habida cuenta de la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante, según los casos."

52. Los reglamentos militares estadounidenses tradicionalmente han establecido como política general, que se ha de proporcionar a todas las personas bajo custodia de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, la protección prevista para los prisioneros de guerra hasta que *la autoridad competente* determine otro estatuto jurídico, cf. *United States Army Regulation 190-8 on Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees*, 1997, Capítulo I, Sección 1-5. Política general de protección (disponible en <http://www.icrc.org/ihl-nat.nst>). Probablemente la finalidad de esta disposición y la del artículo 5 difieren en el sentido de que esta regla parece establecer la pauta de comportamiento a respetar por los miembros de las fuerzas armadas mientras participan en la acción, evitando que en los momentos inmediatos a su captura o rendición puedan ser objeto de trato inadecuado.

beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”.

Los Comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja no aportan especial ayuda en relación con la interpretación del artículo 5, puesto que la cuestión clave es quién o quiénes están legitimados a invocar esa “duda” y sobre ese particular no hay indicación alguna. El Protocolo Adicional I incluye una disposición que permite llenar este vacío jurídico, pero, nuevamente, se trata de una norma a la que no se reconoce carácter consuetudinario. Nada obsta a que un Estado decida aplicar las disposiciones de un Convenio en el que no es parte por propia voluntad⁵³, pero tampoco es el caso.

Se trata de una disposición débil y ambigua para servir como cláusula de salvaguardia frente a un poder discrecional de calificación de la Potencia detenedora. Ésta puede afirmar que no existe duda alguna a propósito del estatuto de la persona detenida y denegar, en consecuencia, la condición de prisionero de guerra⁵⁴. Es la postura de Estados Unidos en el presente caso.⁵⁵ Existen precedentes, escasos, de constitución de tribunales competentes para resolver este tipo de situaciones. Estados Unidos hizo uso de ellos tras la Guerra del Vietnam⁵⁶ y más recientemente, en la Guerra del Golfo contra

53. Existen precedentes, aunque no excesivamente alentadores en cuanto a los resultados. Durante la II Guerra Mundial, Japón había firmado pero no ratificado el Convenio de 1929 sobre prisioneros de guerra, a instancias del CICR aceptó aplicar sus disposiciones a los prisioneros aliados.

54. El Protocolo Adicional I modifica la situación de manera considerable en el artículo 45.

55. En relación con el proceso seguido para determinar el estatuto de los detenidos en Guantánamo, el Secretario de Defensa de Estados Unidos ha señalado: “Nous avons mis en place un processus d'enquête avec des gens de la défense, du département de la justice, de la CIA pour déterminer qui sont les personnes arrêtées. C'est cela que les conventions de Genève envisagent, en fait, quand elles évoquent des tribunaux”. (Cf. *Le Monde*, 10-11 febrero 2002, p. 3). Aunque la redacción del artículo 5 se preste a muchas interpretaciones, la que ofrece D. Rumsfeld no parece especialmente acertada. La intervención de todas las agencias descritas formaría parte del proceso de calificación del detenido por la autoridad competente de la Potencia detenedora. Aunque el artículo adolece de una considerable vaguedad que le resta operatividad, la exigencia de “tribunales competentes” puede suscitar problemas a la hora de su establecimiento o designación pero no en cuanto al concepto mismo de tribunal. Por otro lado, la afirmación citada se encuentra en abierta contradicción con la práctica de Estados Unidos, que ha establecido tribunales en sentido estricto para resolver casos dudosos en conflictos anteriores.

56. Durante la guerra de Vietnam Estados Unidos adoptó unas directrices que contenían un procedimiento formal para resolver los casos en los que el derecho al

Irak⁵⁷. Realmente, el tenor literal del artículo 5 permite que la potencia detenedora se arrogue una amplia discrecionalidad en el proceso de calificación de las personas “detenidas” puesto que no señala quién está legitimado para cuestionar la calificación realizada.

El artículo 45 del Protocolo Adicional I modifica sustancialmente esta situación. En los supuestos cubiertos por el III Convenio de Ginebra sólo cabe recurrir a lo previsto en el artículo 132 del Convenio, según el cual toda reclamación relativa a violaciones del Convenio debe ser investigada de acuerdo con los procedimientos que determinen las Partes interesadas. En definitiva, sólo los Estados Partes en el Convenio podrían reclamar por las eventuales violaciones del Convenio y, de momento, ninguna Parte en el Convenio “ha alegado que haya ocurrido violación alguna ni ha manifestado interés en discutir con Estados Unidos sobre ninguna supuesta violación”⁵⁸.

estatuto de prisionero de guerra era dudoso, cf. *United States Military Assistance Command, Vietnam, Directive 20-5*, de 17 de mayo de 1996. La directiva fue objeto de sucesivas reformulaciones. La discrecionalidad, no obstante, estaba presente en el acto de calificación de un caso como “dudoso” o no. Se habían establecido dos categorías de casos de combatientes capturados: los que claramente tenían derecho al estatuto de prisionero de guerra y los que claramente no lo tenían. Sólo los casos dudosos, según el criterio de los oficiales responsables de la calificación era remitido a un tribunal competente. Cf. LEVIE, H., S., *Prisoner of War in International Armed Conflict ...* DAVID, E., *Principes...* p. 414, par. 2.249.

57. K. ROTH, *Growing Problem of Guantanamo Detainees*. Human Rights Watch Letter to Donald Rumsfeld (disponible en <http://www.hrw.org/press>).

58. El gobierno estadounidense ha admitido esta posibilidad en el contexto de un procedimiento pendiente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIADH), en relación con las medidas cautelares requeridas a dicho gobierno a propósito de los detenidos en Guantánamo, cf. *Response of the United States to request for Precautionary Measures-Detainees in Guantanamo, Cuba*, p. 30-31, nota 13; *Decision of the Inter-American Comisión on Human Rights on Request for Precautionary Measures*, March 13, 2002. Este procedimiento fue iniciado por una demanda conjunta de un grupo de organizaciones de defensa de los derechos humanos, presentada ante la Comisión Interamericana el 25 de febrero de 2002. Tras la decisión de 13 de marzo de la CIADH, que estimaba parcialmente la solicitud de los Peticionarios y requería al gobierno de Estados Unidos para que adoptara una serie de medidas cautelares, el gobierno presentó un documento de réplica el 15 de abril de 2002 (*Response of the United States to request for Precautionary Measures-Detainees in Guantanamo, Cuba*). En respuesta a las alegaciones de una y otra parte, la Comisión ha reiterado las medidas cautelares inicialmente adoptadas en dos decisiones de 28 de mayo y de 23 de julio de 2002. *Vide* el texto completo de las mismas en este Anuario.

6. ALGUNOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRISIONEROS DE GUERRA Y DE LAS PERSONAS PROTEGIDAS

Aunque no se reconozca a los detenidos el estatuto de prisionero de guerra, de acuerdo con el comunicado de prensa de 7 de febrero de 2002,

“The detainees will receive much of the treatment normally afforded to POWs by the Third Geneva Convention. However, the detainees will not receive some of the specific privileges afforded to POWs, including:

- access to a canteen to purchase food, soap, and tobacco
- a monthly advance of pay
- the ability to have and consult personal financial accounts
- the ability to receive scientific equipment, musical instruments, or sports outfits”⁵⁹.

En realidad, la redacción de la nota no resuelve el régimen de trato al que tienen derecho, y deja indeterminado el tratamiento que reciben de hecho, en la medida en que sólo se afirma que los detenidos reciben *en gran parte* el tratamiento *normalmente* acordado a los prisioneros de guerra. Algunos elementos del régimen de los prisioneros de guerra que no aparecen explícitamente excluidos son particularmente importantes.

Por ejemplo, respecto a los interrogatorios a que sean sometidos, los prisioneros de guerra tienen obligación de declarar, únicamente, sus nombres y apellidos su graduación, la fecha de su nacimiento y su número de matrícula o una indicación equivalente⁶⁰. En cuanto a la posibilidad de trasladar a los prisioneros de guerra, se señalan varias consideraciones a la atención de la Potencia detenedora: estado de salud e intereses de los propios prisioneros, evitando agravar las dificultades de su repatriación. Como ya se ha señalado, el estatuto de prisionero no comporta una inmunidad penal absoluta, pero los prisioneros de guerra acusados de haber cometido alguna infracción con

59. Office of the Press Secretary, Fact Sheet, Status of Detainees at Guantanamo, 7 de febrero de 2002

60. Cf. Artículo 17, III Convenio. Se trata de un derecho y de una obligación en el sentido de que no tiene por qué responder a más preguntas, pero esos datos sí tiene obligación de proporcionarlos so riesgo de exponerse a una restricción de los beneficios reservados a los prisioneros de guerra.

anterioridad a su detención, “disfrutarán, aunque sean condenados, de los beneficios del presente Convenio”⁶¹.

Un ámbito en el que Convenio de 1949 aporta una mejora innegable es el relativo a la liberación y repatriación de los prisioneros de guerra, que según establece el artículo 118 “debe realizarse sin demora una vez finalizadas las hostilidades activas”⁶². Los combatientes detenidos no son asimilables a delincuentes comunes, según el derecho internacional humanitario, no disfrutan de un derecho de acceso a los tribunales del Estado para recurrir su detención. De acuerdo con los Convenios III y IV de Ginebra, los prisioneros de guerra, las “personas protegidas” y los que hayan participado en el combate sin entrar en las categorías anteriores, cuando caen en poder del enemigo⁶³, pueden permanecer detenidas mientras dure el conflicto armado en el que han sido capturados sin necesidad de que se formulen cargos contra las mismas ni de pasar a disposición judicial. Todos estos individuos pueden ser inculcados y condenados por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y otros delitos, pero, si no son inculcados, deben ser puestos en libertad sin demora, en cuanto cesen las hostilidades⁶⁴.

Este es un punto en el que Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho internacional Humanitario se separan. En palabras de MERON,

61. Cf. Artículo 85. En principio los prisioneros de guerra deben ser juzgados por los tribunales militares de la Potencia detenedora, salvo que su legislación contemple la posibilidad de someter a uno de sus propios miembros a tribunales civiles por infracciones similares, *vide* Artículo 84.

62. El Reglamento de 1907 estipulaba que debía que debe tener lugar después de firmarse la paz, y el Convenio de 1929 se refería al momento del armisticio. La I Guerra Mundial mostró que la conclusión de un tratado de paz podía demorarse varios años, y la Segunda Guerra Mundial es un ejemplo de que el conflicto armado puede cesar sin tratado de paz y sin armisticio.

63. Como ya se ha señalado, los individuos que no pertenecen a ninguna de las dos categorías mencionadas, prisioneros de guerra o personas protegidas, tienen derecho a las garantías mínimas recogidas en el Artículo 75 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, considerado generalmente como expresión de una norma de derecho internacional consuetudinario. En este sentido, Human Right Watch, *Background Paper*, op. cit. pp. 6-8.

64. *Vide* un estudio sobre las distintas modalidades, en Y. DINSTEIN, “The Release of Prisoners of War”, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1985, pp. 37-45.

“Unlike human rights law, the law of war ... permits certain deprivation of personal freedom without convictions in a court of law”⁶⁵.

Consecuencia de la aplicabilidad del Derecho internacional humanitario es, por consiguiente, que la detención o internamiento al que están sujetos los combatientes enemigos no son equiparables a la detención prolongada o arbitraria prohibida por las normas internacionales de protección de los derechos humanos⁶⁶. Según el derecho internacional humanitario, los combatientes en poder del enemigo, no tienen, como tales, derecho de acceso a los tribunales: únicamente cuando sea inculcado o se le acuse de alguna infracción tendrá derecho a un abogado y a un proceso con todas las garantías fundamentales. Hay que recordar que, por el momento, no se han presentado formalmente cargos contra ninguno de los detenidos .

En cuanto combatientes detenidos sólo existe obligación de liberarlos y repatriarlos, en su caso, hasta el cese de las hostilidades. Pero, de acuerdo con la postura oficial, en Afganistán existe un conflicto armado activo, la operación Libertad Duradera no ha concluido⁶⁷. El conflicto armado en Afganistán suscita interrogantes en cuanto a su actual estado⁶⁸. Aunque siguen existiendo

65. MERON, T., “The Humanization of Humanitarian Law”, 94 *A.J.I.L.*, 2000, p. 240.

66. El derecho a un proceso con las debidas garantías es considerado como un derecho no derogable en cuanto a los elementos esenciales. La Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva de 8 de julio de 1996, sobre la *Legalidad o el empleo de armas nucleares*. A propósito de las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, la Corte Internacional de Justicia ha señalado: “.. la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional.” Hay derechos que no pueden ser suspendidos y que se aplican también en tiempo de hostilidades, pero en esos supuestos, para determinar si un determinado derecho ha sido violado hay tomar como criterio la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades.” Cf. *Liceité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996*, par. 25. Vide texto en castellano de la opinión consultiva, en A/51/218, de 19 de julio de 1996.

67. *Response of the United States*, cit. en nota 6, p. 35. Más recientemente, respondiendo a la pregunta realizada por la CIADH el 28 de mayo, el Gobierno subrayó que no había habido cambio en el estatuto de ninguno de los individuos bajo control del Ejército de Estados Unidos en Guantánamo. Continúan siendo combatientes enemigos detenidos en conexión con un conflicto armado en curso (*Additional Response of the United States to Request for Precautionary Measures – Detainees in Guantanamo Bay, Cuba*, 15 de julio de 2002, p. 2, nota 1).

68. Así lo destaca, entre otros, C. RAMÓN CHORNET, en “Desafíos de la Lucha contra el Terrorismo: la estrategia de la Unión Europea tras el 11 de septiembre de

confrontaciones esporádicas entre la coalición internacional y miembros Talibán y de Al-Qaeda, algunos autores han sostenido que el conflicto armado internacional debiera considerarse finalizado desde el momento en que el gobierno Talibán ha dejado de existir y ha sido sustituido por un nuevo gobierno⁶⁹. Nuevamente la respuesta a esta cuestión se complica cuando se toma en consideración la compleja realidad afgana. No se puede olvidar que la Operación Libertad Duradera sigue activa y que los efectivos de la coalición internacional se mueven por una amplia zona geográfica vedada, de hecho, a las fuerzas desplegadas por Naciones Unidas o con su autorización, ISAF (Fuerza Internacional de Asistencia a Afganistán) y UNAMA, y que difícilmente se puede considerar bajo el control efectivo del nuevo gobierno⁷⁰.

En relación con la particular situación de los detenidos transferidos a la Base militar de Guantánamo Bay, la elección del lugar obedece al objetivo de colocarlos fuera del alcance de la protección de la Constitución de Estados Unidos, y de su sistema judicial. Es la situación en la que se encuentran todos los demás detenidos que se encuentran en suelo afgano, o en otras instalaciones bajo custodia de Estados Unidos. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el asunto *Johnson v Eisentrager* restringió los supuestos de aplicabilidad de la Constitución fuera del territorio estadounidense, excluyendo explícitamente que pudieran acceder a los Tribunales de Estados Unidos aquellos “enemigos extranjeros”, que no hubieran entrado en su territorio⁷¹. Pese a las dudas acerca de su aplicabilidad al presente caso, varios tribunales han confirmado ya la vigencia de dicho precedente y han rechazado peticiones de *habeas corpus* presentadas en nombre de varios detenidos en Guantánamo⁷². En el asunto *Coalition of Clergy v. Bush*, el tribunal denegó la

2001”, *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, nº 10, julio 2002, en p. 2, nota 5.

69. K. ROTH, *Growing Problem of Guantanamo Detainees*. Human Rights Watch Letter to Donald Rumsfeld.

70. Cf. U.S. Department of Defense, *International Contributions to the War Against Terrorism*, Fact Sheet, 14 de junio de 2002; Center For Defense Information, Terrorism Project. *Action Update*, 29 de octubre de 2002,

71. Cf. U.S. Supreme Court decision *Johnson v Eisentrager*, 399 US 763 (1950); Amnesty International, *United States of America: Memorandum to the US Government on the Rights of People in Custody in Afghanistan and Guantanamo*, abril 2002, p.1 note 3. Conforme al Acuerdo de alquiler de 1903 entre Estados Unidos y Cuba, Cuba conserva “the ultimate sovereignty” sobre la Bahía de Guantánamo y Estados Unidos ejercerá sobre esa zona un “control y jurisdicción plenos” (el texto del tratado se halla disponibles en <http://www.nsgtmo.navy.mil/History>.)

72. *Coalition of Clergy v. Bush*, 189 F. Supp.2d 1036 (C.D.Cal. 2002); *ShafiqRasul v. Bush*, 2002 WL 1760825 (D. D. C. 2002), brevemente comentados en

petición de *habeas corpus* por considerar que ni ese tribunal ni ningún otro tribunal federal tenía competencia para conocer la demanda interpuesta por los reclamantes, aduciendo como elemento clave para la decisión el caso *Johnson v. Eisentrager*. No obstante, la sentencia añade una consideración final digna de interés:

“The Court understands that many concerned citizens ... believe this case presents the question of whether the Guantanamo detainees have *any* rights at all that the United States is bound, or willing, to recognize. That question is *not* before the Court and nothing in this ruling suggests that the captives are entitled to no legal protection whatsoever”.

Y apunta a continuación a quién corresponde emprender las oportunas acciones, citando el caso Johnson:

“For this Court ‘is not holding that these prisoners have no right with the military authorities are bound to respect. The United States, by the [1949] Geneva Convention... concluded an agreement upon treatment to be accorded captives. These prisoners claim to be and are entitled to its protection, It is, however, the obvious scheme of the agreement that responsibility for observance and enforcement of these rights is upon political and military authorities. Rights of aliens enemies are vindicated under it only through protest and intervention of protecting powers as the rights of our citizens against foreign governments are vindicated only by Presidential intervention”⁷³.

Frente a la pretendida inaplicabilidad del precedente, debido a la presencia de los detenidos en territorio estadounidense, incertidumbre presente en muchos espíritus, el tribunal interpretó que, de acuerdo con el Tratado de 1903, la soberanía pertenecía a Cuba. Se sigue así la línea de interpretación restrictiva del asunto *Johnson*, que el Tribunal Supremo justificaba en parte por motivos de necesidad militar⁷⁴.

Preliminary Report of the American Bar Association Task Force on Treatment of Enemy Combatants, 8 de agosto de 2002, p.5 nota 6.

73. *Johnson*, 339 U.S. en p. 789, citado en *Coalition of Clergy v. Bush*.

74. Cf. *Johnson*, 339 U.S., p. 778-779.

7. LOS POSIBLES ESTATUTOS JURÍDICOS DE LOS DETENIDOS DURANTE LA OPERACIÓN LIBERTAD DURADERA

El estatuto jurídico de los combatientes capturados por la coalición internacional, tanto los permanecen detenidos en Guantánamo como los que permanecen en las otras instalaciones situadas en suelo afgano o bajo control militar de Estados Unidos, depende de las circunstancias de su detención y de su vinculación con el gobierno Talibán.

La postura oficial de los Estados Unidos es que los detenidos no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra porque son combatientes ilícitos. Así se recoge en el comunicado del Secretario de Prensa, de 7 de febrero de 2002, mencionando brevemente los argumentos en los que se fundamenta dicha postura:

“The President has determined that the Geneva Convention applies to the Taliban detainees but not to the Al-Qaida detainees. Al-Qaida is not a state party to the Geneva Convention; it is a foreign terrorist group. As such its members are not entitled to POW status. Although we never recognized the Taliban as the legitimate Afghan government, Afghanistan is a party to the Convention. Under the terms of the Geneva Convention, however, the Taliban detainees do not qualify as POW ... Even though the detainees are not entitled to POW status they will be `provided many POW privileges as a matter of policy”⁷⁵.

Una postura ampliamente compartida es que los Talibán pueden tener derecho al estatuto de prisionero de guerra, en cuanto miembros de las fuerzas de un estado, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 4.A.3) del III Convenio de Ginebra⁷⁶. El hecho de que un miembro de las fuerzas armadas haya violado el derecho de la guerra no les priva de su condición de prisionero, siempre que la infracción cometida no sea de aquellas que sí tiene como

75. Cf. White House Fact Sheet, Status of Detainees at Guantanamo, Office of the Press Secretary, 7 de febrero de 2002, par. 1 (Ver el texto en este Anuario). El entonces presidente del entonces gobierno interino de Afganistán, H. Karzai, también se ha pronunciado en contra de reconocer el estatuto de prisionero de guerra tanto a los miembros de Al-Qaeda como de los Talibán, cf. “Afghan Agrees with Bush on Prisoners”, *New York Times*, 30 enero de 2002, p. A11 (referencia tomada de FITZPATRICK, “Jurisdiction of Military Commissions ...”, op. cit. p. 348, nota 15).

76. Vide Amnesty International, *Memorandum*, op. cit. p. 33, que se refiere a un sondeo llevado a cabo por *Crimes of War Project* publicado el 21 de febrero de 2002.

consecuencia la pérdida del derecho a dicho estatuto. Como ya se ha señalado, esta postura también tiene sus detractores, que en la misma línea del argumento oficial, defienden que también los miembros de las fuerzas armadas deben satisfacer las cuatro condiciones estipuladas en el apartado relativo a las milicias⁷⁷.

Más complejo resulta dilucidar cuál sería el estatuto de los miembros de Al-Qaeda. Algunos autores, han afirmado que aquellos miembros de Al-Qaeda que lucharon efectivamente como parte de las fuerzas armadas de los Talibán (la denominada Brigada 55), y que fueron detenidos en ese contexto, recaerían dentro de lo dispuesto en el artículo 4.A.3. En este sentido, no les sería aplicable la cuádruple condición establecida en el apartado 4.A.2⁷⁸. Un amplio sector doctrinal rechaza toda posibilidad de que los miembros de Al-Qaeda, en cuanto grupo terrorista, puedan beneficiarse del estatuto de prisionero de guerra⁷⁹ ya que, aun admitiendo que se cumplieran las tres primeras condiciones (existencia de un mando responsable, llevar de manera fija un signo distintivo y llevar las armas abiertamente), difícilmente se podría aceptar que cumplen con las exigencias estipuladas en la cuarta condición. A diferencia de lo que sucede con los miembros de las fuerzas armadas del Estado, en las que la violación de las normas de la guerra sólo repercute en el individuo infractor, se ha señalado que en los movimientos de resistencia y cuerpos de voluntarios el cuarto requisito debe ser cumplido por el grupo como tal, que debe haber profesado su vinculación y respeto por las normas de Derecho internacional humanitario:

“Inasmuch as compliance with all four of the conditions is “constitutive” in nature, the failure of the organized resistance movement as a whole to meet the fourth condition makes it impossible for any of its members to qualify for prisoner-of-war-status. This is one of the several instances where the individual member of a non organized resistance movement has only indirect

77. M. C. DORF, “What is an unlawful combatant and why it matters ...”, op. cit.

78. K. ROTH, *Growing Problem of Guantanamo Detainees*. Human Rights Watch Letter to Donald Rumsfeld,

79. R.C. GOLDMAN, “POWs or Unlawful Combatants? September 11 and its Aftermath” *Crimes of War Project. Expert analysis* (disponible en <http://www.crimesofwar-org/expert/pow>); M.C. DORF, “What is an unlawful combatant and why it matters: The Status of Detained Al Qaeda and Taliban Fighters”. En contra, K. ROTH, *Growing Problem of Guantanamo Detainees*, op. cit.

and limited control over the factors which will determine his right to prisoner-of-war status in the event that he should fall into the power of the enemy”⁸⁰.

En definitiva, el reconocimiento de un determinado estatuto a cada detenido es complejo, pero necesario. Es una constante en las declaraciones públicas de las autoridades de Estados Unidos, que están tratando:

“all of the individuals detained at Guantanamo humanely and, to the extent appropriate and consistent with military necessity, in a manner consistent with the principles of the Third Geneva Convention of 1949 [...] According to the US statements, detainees were provided many, but not all POW privileges as a matter of policy”⁸¹.

Sin cuestionar la veracidad de estas afirmaciones, hay que señalar que resultan insatisfactorias desde un punto de vista jurídico. En efecto, el tratamiento acordado por Estados Unidos a los prisioneros no toma como referencia norma jurídica alguna sino una expresión vaga, “de una manera coherente con los principios del III Convenio de Ginebra de 1949”, que además puede ser modulada unilateralmente, en función de la necesidad militar. Cuando las garantías otorgadas se hacen depender del beneplácito de la Potencia detenedora y no de una norma que confiere unos derechos, por básicos que sean, se genera una situación de incertidumbre y de inseguridad jurídica. En ocasiones esa situación puede ser, ha sido de hecho, consecuencia de las características del Derecho aplicable. En el presente caso, sin embargo, las disposiciones de los diferentes Convenios de Ginebra permiten llegar a otras conclusiones y atribuir un estatuto jurídico a todos los detenidos, ya sea el de prisionero de guerra, el de persona especialmente protegida de acuerdo con el Convenio IV o, en su defecto, el de civil protegido por las garantías mínimas del artículo 75 del Protocolo Adicional I. Un aspecto particularmente criticable de la actuación del gobierno es que, aparentemente, ha procedido a la denegación masiva de cualquiera de los dos estatutos “privilegiados” a todos los detenidos. Del espíritu y de la letra del Convenio

80. H.S. LEVIE, *Prisoners of War in International Armed Conflict*, op. cit. p. 53.

81. *Vide* White House Fact Sheet, Status of Detainees at Guantanamo, Office of the Press Secretary, February 7, 2002, p. 1-2).

se desprende la necesidad de proceder a una determinación individualizada del estatuto jurídico de los detenidos, caso por caso⁸².

Informes de diferentes organizaciones de derechos humanos hacen referencia a la detención de personas fuera del campo de batalla y calificadas como “enemigos capturados”. Según estos mismos informes algunos de ellos han sido transferidos a Guantánamo, aunque no existe un reconocimiento oficial de estos extremos⁸³. De acuerdo con el Derecho internacional humanitario, los individuos detenidos fuera de las zonas en que se desarrolla el conflicto armado y sin una conexión directa con el mismo no pueden ser considerados “battlefield detainees”. La situación de dichos individuos debería quedar sometida a las garantías previstas en las normas internacionales de los derechos humanos⁸⁴.

8. CONSIDERACIONES FINALES

El gobierno de Estados Unidos ha afirmado que se halla en un estado de “guerra contra el terrorismo”, y que se trata de un nuevo tipo de guerra cuyas exigencias no puede satisfacer el derecho vigente⁸⁵. Aunque la “guerra contra

82. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su decisión de 13 de marzo de 2002, con una interpretación en la que se funde Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, afirma el derecho de todo detenido a que su estatuto sea objeto de una determinación judicial individualizada. La decisión va más allá de lo exigido por los Convenios de Ginebra.

83. Cf. *Observations to U.S Government's Response to Request for Precautionary Measures*, que cita como fuentes de información , at 22-24, notes 22-31; Amnesty International, *Memorandum*, op. cit., at 3-7. Los casos citados hacen referencia a la detención extra-judicial de seis ciudadanos argelinos en Bosnia, en enero de 2002; diez nacionales de Kuwait arrestados en Pakistán, un individuo de nacionalidad australiana arrestado en Pakistán el 5 de octubre de 2001, es decir, antes incluso del inicio de las hostilidades.

84. En este sentido, ROTH, *Growing Problem of Guantanamo Detainees*. Human Rights Watch Letter to Donald Rumsfeld., May 29, 2002 (<http://www.hrw.org/press/2002/05/pentagon-ltr.htm>)

85. Según CERONE, el recurso a esta terminología podría formar parte del proceso de desarrollo del derecho internacional, y específicamente, del proceso de adaptación a la cambiante naturaleza de la guerra. En esa línea ha señalado: “The bulk of the laws of war, embodied in the 1949 Geneva Conventions and Protocols thereto, are predominantly concerned with interstate armed conflict ... In this case, we appear to have neither interstate armed conflict nor internal armed conflict but a group or groups of non-state actors who are likely based abroad, possibly in several countries, launching an attack against a state. It doesn't fit the model that international law

el terrorismo” pueda constituir una expresión legítima desde un punto de vista político o retórico, es difícil equiparar una campaña emprendida contra el terrorismo internacional con un conflicto armado. Las medidas políticas y legislativas adoptadas en este sentido no han dejado de encontrar cierta oposición a nivel internacional e interno. Pero es difícil anticipar en qué sentido se pronunciará la práctica.

Son numerosas las voces que se han alzado en contra de semejante caracterización. Esa campaña general podría traducirse en algunos casos en verdaderos conflictos armados, como ha ocurrido en Afganistán, pero no constituye en sí misma una situación de hostilidades activas⁸⁶. En Derecho Internacional, la existencia de un conflicto armado presupone la existencia de un adversario que posee, como mínimo, la categoría de insurgente. A menos que ese adversario mantenga un vínculo directo con una de las partes en el conflicto, como fue el caso de Al-Qaeda y los Talibán. De aceptarse la posición de Estados Unidos, la comunidad internacional puede verse sumida en un estado permanente de “guerra contra el terrorismo”, sin límites geográficos ni temporales.

En lo que respecta a los individuos detenidos en el conflicto armado internacional, en sentido propio, que se ha desarrollado en Afganistán, se está recurriendo de una manera selectiva a la interpretación y aplicación del Derecho Internacional Humanitario. En varias ocasiones se ha afirmado que la captura y la detención de los combatientes enemigos, tengan derecho o no al estatuto de prisionero de guerra, están regidas por el Derecho Internacional Humanitario, por oposición al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto permite mantener a dichos individuos detenidos mientras exista un conflicto armado en curso. A continuación se califica a todos los detenidos como “combatientes ilegales”, con la finalidad de que puedan ser

provides... it is necessary to bear in mind that international law is highly adaptive and subject to dynamic interpretation. ... In general, the system established by the UN Charter, as with the bulk of public international law, does not take cognizance of individuals and, as such, is not well designed for responding to monstrous acts committed by non-stateactors”. J. CERONE, “Acts of War and State Responsibility in “Muddy Waters”: The Non-state Actor Dilemma”, en *ASIL Insights*, Septiembre 2001; Anne PETITPIERRE, “La pertinence du droit humanitaire pour les acteurs non-étatiques”, *Colloque de Bruges, 25-26 octobre 2002, Discours d’ouverture*, disponible en <http://cicr.org>.

86. Cf. A. PELLET, “No, This is not War”, en *European Journal of International Law*, “Discussion Forum: The Attack on the World Trade Center: Legal Responses”, disponible en <http://www.ejil.org/forum>; M. RATNER, “Moving Toward A Police State or Have We Arrived? Secret Military Tribunals, Mass Arrests and Disappearances, Wiretapping & Torture”, disponible en <http://www.ccr-ny.prg/whatsnew/september11opinions>.

enjuiciados mediante comisiones militares que no se sujetan a las exigencias previstas en el III Convenio de Ginebra. Sin embargo es necesario dar otro paso: es imprescindible que haya un pronunciamiento claro acerca del estatus concreto que cada persona detenta. Las acciones judiciales emprendidas por particulares en nombre de los detenidos en Guantánamo, a la luz del análisis realizado no pasan de tener un valor testimonial. Son los Estados parte en los Convenios de Ginebra los que deberían cumplir su obligación de “respetar y hacer respetar” el derecho internacional humanitario.

Notas