

LA “GUERRA CONTRA EL TERRORISMO”, EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL ESTATUTO DE PRISIONERO DE GUERRA *

MARCO SASSÒLI **

I. INTRODUCCIÓN

Los que cometieron los crímenes inexcusables del 11 de septiembre ciertamente los consideraron como parte de su “guerra”. El presidente de Estados Unidos también los llamó inmediatamente actos de “guerra”. La reacción americana, calificada a menudo de “guerra contra el terrorismo”, no sólo tomó la forma de persecuciones penales nacionales e internacionales, sino también, a partir del 6 de octubre de 2001, la de una “guerra” en Afganistán. En su discurso sobre el estado de la Unión del 29 de enero de 2002 el presidente utilizó la palabra “guerra” doce veces y dejó entrever que después de la victoria en Afganistán la “guerra” continuaría contra Estados como Irán, Irak y Corea del Norte ¹. Si bien, como consecuencia de estos hechos, se habló mucho de “guerra”, no se escuchó hablar mucho de derecho, y menos todavía de derecho internacional, y esto a pesar de que la reacción de Estados Unidos haya llevado por un día el nombre de “justicia infinita”. Sin embargo, la “guerra” es un fenómeno regido por el derecho internacional bajo dos títulos: las reglas del *jus ad bellum*, que determinan las situaciones en las que es lícito recurrir a la “guerra”, y las del *jus in bello*, que reglamentan la forma en que se lleva a cabo una “guerra”. Estas últimas comprenden, en particular, el derecho internacional humanitario, que protege a las víctimas de la “guerra”. Este derecho se encuentra hoy am-

¹ White House, President George Bush, “President Delivers State of the Union Address”, *on line*: White House, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.html> (fecha de acceso: 30 de enero de 2002).

* Este artículo ha sido publicado en francés en el *Anuario de Derecho Internacional* de Canadá, en el año 2002.

Nota del autor: Me gustaría agradecer a mis asistentes de investigación, Sra. Marie-Louise Tougas, Sra. Aurélie Arnaud y Sr. Alexis Demirdjian, por haber revisado este artículo.

** Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Quebec, Montreal, Canadá.

pliamente codificado en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949², de los que todos los Estados del planeta son partes, y en sus Protocolos Adicionales de 1977³ que cuentan con 159 y 153 Estados Partes, respectivamente, pero que son rechazados por los Estados Unidos y de los cuales Afganistán no es parte.

Se justifica verificar por lo tanto si este derecho internacional humanitario se aplica a los ataques contra Nueva York y Washington y a sus consecuencias, y cómo éste los califica. Este derecho es tanto más indicado cuanto que su aplicabilidad y aplicación en la “guerra contra el terrorismo” son controvertidas, particularmente en lo que respecta al estatuto de las personas detenidas por los Estados Unidos en Afganistán y transferidas a su base militar de Guantánamo (Cuba).

Algunos sostuvieron que el derecho internacional humanitario estaba superado (“obsoleto”) en esta “guerra contra el terrorismo” y que merecía ser revisado⁴. Una eminente internacionalista subraya que los Convenios de Ginebra no fueron negociados para aplicarse a conflictos de este tipo⁵. Con más matices, miembros del gobierno canadiense afirmaron ante la Cámara de Diputados que estos Convenios fueron escritos en una época anterior y que no se aplicaban tan fácilmente a las condiciones actuales⁶. Incluso dirigentes del Co-

² Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 12 de agosto de 1949, 75 RTNU 31 [a partir de aquí Convenio I]; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, 12 de agosto de 1949, 75 RTNU 85 [a partir de aquí Convenio II]; Convenio de Ginebra relativo al Trato a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto de 1949, 75 RTNU 135 [a partir de aquí Convenio III]; Convenio de Ginebra sobre la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra, 12 de agosto de 1949, 75 RTNU 287 [a partir de aquí Convenio IV].

³ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, 1125 RTNU 3 [a partir de aquí Protocolo I], y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), 8 de junio de 1977, 1125 RTNU 609 [a partir de aquí Protocolo II].

⁴ Ver, por ejemplo, ROSETT, C., “POWs. Cuba: The Red Cross needs to get real”, *Wall Street Journal*, 23 de enero de 2002, A33; KAMER, H., “Gulliver auf Guantánamo?”, *Neue Zürcher Zeitung*, 26-27 de enero de 2002, 3; y ciertos comentarios del secretario americano de Defensa D. Rumsfeld en ocasión de una conferencia de prensa el 8 de febrero de 2002, *on line*: US Department of Defence, http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/t02082002_t0208sd.html (fecha de acceso: 12 de febrero de 2002), como también los comentarios del vocero de la Casa Blanca, Ari Fleischer, en White House, “Press Briefing by Ari Fleischer”, 28 de enero de 2002, *on line*: The White House <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/01/20020128-11.html> (fecha de acceso: 29 de enero de 2002).

⁵ WEDGEWOOD, R., “Personal View: Prisoners of a different war: The Geneva Convention applies to conventional soldiers, not to the terrorists being held at Camp X-Ray”, *Financial Times*, 30 de enero de 2002, *on line*: <http://globalarchive.ft.com/globalarchive/article.html?id=020130001411&query=camp+x-> (“were not negotiated to govern wars against piratical groups that operate internationally”).

⁶ Como, por ejemplo, Art Eggleton, ministro de Defensa, y Bill Graham, ministro de Relaciones Exteriores, Ver FIFE, R., “Ottawa proposes detainee deal”, *National Post*, 5 de febrero de 2002, *on line* <http://www.nationalpost.com> (fecha de acceso: 5 de febrero de 2002).

mité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que, sin embargo, es el guardián de los Convenios de Ginebra⁷, afirman que éstas “no son las tablas de la ley hechas para la eternidad. [...] Con Al Qaeda estamos entrando en una zona gris del derecho internacional humanitario. El derecho deberá ajustarse a esta evolución de la naturaleza de la guerra”⁸. Por su parte, el presidente G. W. Bush le respondió a un periodista que le hizo la pregunta, que los Convenios de Ginebra no estaban superados⁹. Confirmó, no obstante, los dichos de su secretario de Defensa, D. Rumsfeld, quien desde el principio había afirmado que las personas detenidas en Guantánamo no eran prisioneros de guerra, sino “combatientes ilegales”, prometiendo que los Convenios de Ginebra en los hechos serían respetados¹⁰. Después de algunas vacilaciones y divergencias de puntos de vista en el seno de su administración, el presidente finalmente decidió, el 7 de febrero de 2002, que los Convenios de Ginebra se aplicaban a los talibanes detenidos, pero no a los miembros de Al Qaeda. A pesar de esta aplicabilidad de los Convenios, los talibanes que se encuentran en la base de Guantánamo no serían sin embargo prisioneros de guerra¹¹.

⁷ Ver SANDOZ, Y., *The International Committee of the Red Cross as Guardian of International Humanitarian Law*, CICR, Genève, 1998.

⁸ HAZAN, P., “Para Paul Grossrieder [que es director general del CICR], de la Cruz Roja, se deben completar los Convenios de Ginebra. ‘Le droit humanitaire doit s’adapter’”, *Libération*, 30 de enero de 2002, *on line*: <http://www.liberation.fr/quotidien/semaine/020130-010009106MOND.html> (fecha de acceso: 1 de febrero de 2002). El presidente del CICR, J. Kellenberger, no parece tener sin embargo esas dudas sobre la adecuación del derecho internacional humanitario, Ver MONGE, Y., “A los talibanes detenidos se les trata como prisioneros de guerra “Jakob Kellenberger, presidente del CICR”, *El País*, 31 de enero de 2002, *on line*: http://www.elpais.es/diario/internacional/index.html?d_date=20020131 (fecha de acceso: 13 de febrero de 2002).

⁹ White House, “President Meets with Afghan Interim Authority Chairman”, *on line*: The White House <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/01/20020128-13.html> (fecha de acceso: 29 de enero de 2002).

¹⁰ Conferencias de prensa del secretario de Defensa de Estados Unidos del 11 y 22 de enero de 2002, RUMSFELD, D., “DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Pace - Tuesday, Jan. 22, 2002”, *on line*: US Department of Defense http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/t01222002_t0122sd.html (fecha de acceso 23 de enero de 2002) y RUMSFELD, D., “DoD News Briefing - Secretary Rumsfeld and Gen. Myers - Friday, Jan. 11, 2002”, *on line*: US Department of Defense http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/t01112002_t0111sd.html (fecha de acceso 13 de enero de 2002); testimonio del secretario D. Rumsfeld frente al Senado americano el 5 de febrero 2002, RUMSFELD, D., “Fiscal Year 2003 Department of Defense Budget testimony”, *on line*: <http://www.defenselink.mil/speeches/2002/s20020205-secdef2.html> (fecha de acceso: 6 de febrero de 2002).

¹¹ Ver “Geneva Convention Applies to Taliban, not Al Qaeda”, en *American Forces Information Service News Articles*, 7 de febrero de 2002, *on line*: US Department of Defence http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/n02072002_200202074.html (fecha de acceso: 8 de febrero de 2002); conferencia de prensa del secretario de Defensa D. Rumsfeld, 7 de febrero de 2002, *on line*: *ibid.*, http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/t02072002_t0207sd.html (fecha de acceso: 8 de febrero de 2002), así como la conferencia de prensa del vocero de la Casa Blanca, A. Fleischer, del mismo día, *on line*: The White House <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-6.html> (fecha de acceso: 8 de febrero de 2002).

Nos enfrentamos por lo tanto con un problema de interpretación del derecho existente (de la *lex lata*) y con el hecho de saber si este derecho debe ser modificado y en qué sentido (cuestión concerniente a la *lex ferenda*). En un orden jurídico como el derecho internacional, que se aplica a una sociedad descentralizada, en la cual los sujetos son al mismo tiempo los legisladores, la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda* es menos estricta que en el derecho interno. Si todos los Estados consideran o quieren que el derecho sea cambiado, se cambia. Esto es evidente para el derecho internacional consuetudinario, pero esta afirmación es igualmente válida para las disposiciones convencionales como las de los Convenios de Ginebra. Una disposición convencional puede caer en desuso o recibir una interpretación nueva en función de la práctica ulterior de las partes¹². Las mismas consideraciones relacionadas con el fin, con el objeto y con el contexto que se invocan a favor de una revisión del derecho sirven igualmente para interpretar el derecho existente¹³. A pesar de lo antes referido, en primer lugar determinaremos si el derecho internacional humanitario existente se aplica a los ataques del 11 de septiembre de 2001 y al conflicto llevado a cabo por Estados Unidos y sus aliados en Afganistán. A continuación, analizaremos las consecuencias de dicha aplicabilidad, en virtud de su actualidad, tomando como ejemplo a las personas detenidas en Guantánamo. En un segundo momento, abordaremos la cuestión más fundamental de saber si el resultado de nuestro análisis del derecho aplicable demuestra que los Convenios de Ginebra deben ser adaptados a la “guerra contra el terrorismo”. Si bien este artículo tratará sobre el derecho, no podremos zanjar la cuestión sobre los hechos. No estamos incluidos en el secreto de los dioses ni en el de los servicios secretos (que por otra parte no dieron la impresión de estar muy al tanto de la realidad en todo este asunto). Simplemente debemos asumir, a los fines de este artículo que está dedicado a una discusión de *derecho*, algunos hechos o en todo caso discutir las consecuencias jurídicas de algunas situaciones de hecho posibles. Además, como acontece siempre que se tratan problemas de actualidad, hechos y argumentos suplementarios corren el riesgo de agregarse al momento en que estas líneas sean publicadas.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SU INDEPENDENCIA ABSOLUTA DE LAS REGLAS RELATIVAS A LA LEGALIDAD DEL RECURSO A LA FUERZA

El derecho internacional humanitario (DIH) se aplica a los conflictos armados y no sólo a las guerras, institución que cayó en desuso —por lo menos

¹² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 RTNU 331, art. 31.3 (b).

¹³ Art. 31.1, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

en lo que hace a la terminología jurídica— desde la Segunda Guerra Mundial¹⁴. El DIH limita el uso de la violencia en estos conflictos armados a lo que es indispensable para alcanzar el objetivo del conflicto. Este último puede ser únicamente—independientemente de las causas en cuyo nombre es dirigido—debilitar la potencia militar del enemigo. El derecho internacional humanitario protege en especial a las personas que no participan directamente—o que ya no participan— en las hostilidades. La mayoría de sus reglas, incluidos los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo I, sólo se aplican a los conflictos armados internacionales. Los conflictos armados no internacionales están cubiertos únicamente por reglas más sucintas, previstas en particular en el art. 3, común a los convenios y al Protocolo II.

El derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales se aplica a una situación que no debería existir si el derecho internacional fuese respetado. De hecho, el recurso a la fuerza armada en las relaciones internacionales está prohibido por una regla imperativa del derecho internacional¹⁵ (el *jus ad bellum* se transformó en un *jus contra bellum*). Se admiten excepciones a esta prohibición en caso de legítima defensa individual o colectiva¹⁶ y de medidas tomadas o autorizadas por el Consejo de Seguridad¹⁷. Al menos una de las partes viola entonces el derecho internacional por el solo hecho del uso de la fuerza, incluso si ésta respeta el derecho internacional humanitario. A pesar de estar prohibidos, los conflictos armados se producen y el derecho internacional debe hacer frente a esta realidad de la vida internacional, no sólo combatiéndola, sino también reglamentándola para garantizar un mínimo de humanidad en una situación inhumana. Por razones prácticas, políticas y humanitarias, el derecho internacional humanitario debe ser idéntico para las dos partes beligerantes: la que recurrió legalmente a la fuerza y la que viola el *jus contra bellum*. De lo contrario, convencer a las partes beligerantes a que respeten el derecho internacional humanitario sería imposible porque, por lo menos entre ellas, el hecho de saber quién recurrió a la fuerza de acuerdo con el *jus ad bellum* y quién lo violó siempre es controvertido. Ahora bien, el derecho internacional humanitario debe ser aplicado durante el conflicto por las partes beligerantes. Además, desde el punto de vista humanitario, las víctimas del conflicto necesitan, de cada lado, la misma protección. Por otro lado, generalmente no son ellas las responsables por eventuales violaciones del *jus ad bellum* cometidas por “su” parte.

¹⁴ Art. 2.1, común a los cuatro Convenios de Ginebra; DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, 2ª éd., Bruylant, Bruxelles, 1999, ps. 96/100.

¹⁵ Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945, párr. 4 del art. 2.

¹⁶ Reconocida, art. 51, Carta de las Naciones Unidas.

¹⁷ En las formas previstas en el cap. VII, Carta de las Naciones Unidas.

El derecho internacional humanitario debe, por lo tanto, ser respetado independientemente de todo argumento de *jus ad bellum*. Todas las teorías, pasadas, presentes o futuras de “guerra justa” sólo pueden referirse al *jus ad bellum* y no pueden justificar (pero de hecho son a menudo utilizadas para sugerir) que quienes luchan por una causa justa tengan más derechos o menos obligaciones que sus enemigos. La separación total entre *jus ad bellum* y *jus in bello* ha sido reconocida por disposiciones convencionales, la jurisprudencia y la doctrina¹⁸. Esta separación significa que el derecho internacional humanitario se aplica cada vez que hay *de facto* un conflicto armado, cualquiera sea su calificación en términos de *jus ad bellum*. Ésta implica igualmente que un argumento de *jus ad bellum* no pueda ser utilizado para interpretar el derecho internacional humanitario. Esto es particularmente difícil, como lo veremos, cuando es preciso calificar a las partes de un conflicto para determinar si éste es internacional.

III. ¿EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO SE APLICA A LOS ATAQUES DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001 Y A LA REACCIÓN DE ESTADOS UNIDOS?

Un conflicto armado es internacional si se desarrolla entre “Altas Partes contratantes”¹⁹. Estados Unidos y Afganistán son Estados Parte de los Convenios de Ginebra. Por lo tanto, es preciso determinar si los ataques del 11 de septiembre de 2001 pueden ser considerados como perpetrados por Afganistán y si la reacción armada de Estados Unidos fue dirigida contra este Estado. Son evidentemente dos preguntas diferentes respecto de los hechos, pero las respuestas se rigen por ciertas reglas jurídicas comunes. Respecto de los hechos pertinentes para la primera pregunta, partiremos de la hipótesis de que los ataques fueron ejecutados por miembros de la red Al Qaeda que se encontrarían en Estados Unidos, pero cuyo jefe, Osama Bin Laden, se encontraría en Afganistán. Era él quien dirigía estos ataques. Los talibanes estaban al tanto de la presencia de Osama Bin Laden en suelo afgano y conocían el tipo de actividad de su grupo²⁰, pero no necesariamente el plan de ataques del 11 de septiembre. Comprobamos que no hicieron nada para impedir las actividades de Osama Bin

¹⁸ Protocolo I, párr. 5 del preámbulo; US Military Tribunal at Nuremberg en el juicio contra Wilhelm List y otros, The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, ps. 34/76 (ver para este caso y otras referencias, SASSÒLI, M. - BOUVIER, A., *How does Law Protect in War?*, CICR, Geneva, 1999, ps. 83/87, 665, 681/682); GREENWOOD, C., “The Relationship Between *jus ad bellum* and *jus in bello*”, *Review of International Studies*, nro. 9, 1983, ps. 221/234; KOLB, R., “Origen de la pareja terminológica *jus ad bellum/jus in bello*”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 827, 1997, p. 593; MEYROWITZ, H., *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, Paris, 1970.

¹⁹ Art. 2, común a los cuatro Convenios.

²⁰ Ver resolución 1267, Consejo de Seguridad ONU, Doc. NU S/RES/1267 (1999), citada en nota 30.

Laden, a pesar de que hubiesen tenido la posibilidad de hacerlo. Desde un punto de vista jurídico, por lo tanto, es preciso determinar si el comportamiento de Al Qaeda puede ser atribuido a los talibanes y si el comportamiento de estos últimos puede ser atribuido a Afganistán. Estas cuestiones de atribución de un acto ilícito a un Estado están regidas por reglas relativas a la responsabilidad internacional del Estado, que definen las modalidades y las consecuencias de una violación del derecho internacional. Después de cuarenta años de deliberaciones, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) adoptó el 26 de julio de 2001 un Proyecto de artículos que codifica este ámbito de las reglas denominadas secundarias ²¹. Según la jurisprudencia, son igualmente estas reglas de atribución de un acto ilícito las que determinan si es el derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales o el de los conflictos armados no internacionales el que se aplica a los actos cometidos durante un conflicto dado ²².

a. ¿Los talibanes eran un órgano de Afganistán?

Tradicionalmente un Estado sólo responde por el comportamiento de sus órganos ²³. No es responsable por el comportamiento de actores no estatales que actúan bajo su jurisdicción y en su territorio ²⁴, salvo si éstos se encuentran habilitados por el derecho de ese Estado a “ejercer prerrogativas del poder público” ²⁵. En principio, y con reserva de las excepciones discutidas a continuación, Afganistán no es por lo tanto responsable por las acciones de Al Qaeda. Se plantea, en cambio, la pregunta sobre si es responsable de las acciones de los talibanes, a pesar de que éstos sólo hayan sido reconocidos como gobierno de Afganistán por Paquistán y los Emiratos Árabes Unidos. La mayoría de los demás Estados todavía reconocían como gobierno legítimo al del presidente Rabhani, expulsado de Kabul en 1996, y al de la Alianza del Norte a la que pertenece. Este gobierno representaba igualmente a Afganistán ante la ONU. Sin

²¹ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los comentarios relativos [a partir de aquí Proyecto de artículos], Informe sobre los trabajos de su cincuenta y tres sesión, Doc. off., Comisión de Derecho Internacional NU, 53ª ses., Doc. NU A/56/10 (2001), ps. 38/309. *on line*: Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/law/file/reports/2001/2001report.htm> (fecha de acceso: 2 de diciembre de 2001) [a partir de aquí Informe de la CDI]. La Asamblea General de la ONU tomó nota de este Proyecto en la Resolución A/RES/56/83, 12 de diciembre de 2001.

²² “Procureur v. Dusko Tadic” (1999), Affaire nro. IT-94-A (Tribunal Penal Internacional para la ex Yougoslavia. Cámara de Apelaciones), párrs. 103 y 104, *on line*: Naciones Unidas <http://www.un.org/icty/jugements-f.htm> (fecha de acceso: 2 de diciembre de 2001).

²³ Proyecto de artículos, *loc. cit.*, nota 21, art. 4.1.

²⁴ Informe de la CDI, *loc. cit.*, nota 21, ps. 63/64. Para un examen exhaustivo de la práctica, ver AGO, R., “Quatrième Rapport sur la responsabilité des États”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1971*, vol. 2, NU, New York, ps. 103/138.

²⁵ Proyecto de artículos, *loc. cit.*, nota 21, art. 5.

embargo, las fuerzas que le eran leales no controlaban más del 10% del territorio afgano, mientras que los talibanes controlaban el 90%. Por lo tanto, estos últimos formaban el gobierno *de facto* de Afganistán. En derecho internacional, un Estado es responsable por el comportamiento de un gobierno *de facto* de este tipo ²⁶.

b. ¿Los miembros de Al Qaeda eran agentes *de facto* de los talibanes?

Respecto de los miembros de Al Qaeda, el derecho afgano no les daba, según lo que sabemos, un estatuto de órgano. Afganistán podría no obstante responder por su comportamiento si actuaban, de hecho, siguiendo las instrucciones o las directivas o bajo el control del Estado, es decir, en este caso, de los talibanes ²⁷. Para cumplir con esta exigencia, la Corte Internacional de Justicia requiere, en el caso “Nicaragua v. Estados Unidos”, un control *in concreto* del comportamiento contrario al derecho internacional. Este Tribunal escribe, respecto de los *contras*, un movimiento insurreccional que cometió actos terroristas, que era apoyado por Estados Unidos, que:

“a pesar de ser preponderante o decisiva, la participación de Estados Unidos en la organización, formación, equipamiento, financiamiento y aprovisionamiento de los *contras*, en la selección de sus objetivos militares o paramilitares y en la planificación de todas sus operaciones continúa siendo insuficiente, en sí misma, según las informaciones de las que dispone la Corte, para que puedan ser atribuidos a los Estados Unidos los actos cometidos por los *contras* en el curso de sus operaciones militares o paramilitares en Nicaragua. [...] [Incluso el control general ejercido por éstos sobre una fuerza extremadamente dependiente respecto de ellos no significaría [...], sin una prueba complementaria, que Estados Unidos haya ordenado o impuesto la perpetración de los actos [...] alegados [...]. Estos actos bien podrían haber sido cometidos por miembros de la fuerza *contra* por fuera del control de Estados Unidos. Para que este último fuese responsable jurídicamente, en principio debería haberse establecido que tenía el control efectivo de las operaciones militares y paramilitares durante las cuales se hubiesen producido las violaciones en cuestión” ²⁸.

²⁶ Informe de la CDI. *loc. cit.*, nota 21, ps. 159/160. Para la práctica ver, FROWEIN, J. A., *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Heymanns, Cologne, 1968, ps. 70 y 71; BUNDU, A. C., “Recognition of Revolutionary Authorities: Law and Practice of States”, 27 *International and Comparative Law Quarterly*, nro. 18, 1978, ps. 36/45, en particular, por ejemplo, los laudos arbitrales dictados en los casos *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims* (caso “Tinoco”) (1923), *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. I. 355, p. 386 (Naciones Unidas), y “G. W. Hopkins” (1927), 21 *American Journal of International Law*, ps. 164/165.

²⁷ Proyecto de artículos, *loc. cit.*, nota 21, art. 8.

²⁸ Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (“Nicaragua v. Estados Unidos”). [1986] Corte Internacional de Justicia. Rec. I párr. 115.

En consecuencia, la Corte juzgó luego las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por los *contras* según las reglas aplicables a los conflictos armados no internacionales²⁹. Es poco probable que los ataques del 11 de septiembre de 2001 hayan sido ejecutados bajo el control efectivo de los talibanes. Sin embargo, según el fallo “Tadic” del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), sería suficiente que un Estado tuviese un control global sobre una entidad no estatal para atribuirle comportamientos de esta última.

“Hay que establecer que [el Estado] ejerce un control global sobre el grupo, no sólo equipándolo y financiándolo, sino también coordinando o prestando colaboración a la planificación del conjunto de sus actividades militares. Sólo bajo esta condición podrá responsabilizarse internacionalmente al Estado en razón de las maniobras ilegales del grupo. Sin embargo, no es necesario exigir además que el Estado le haya dado ya sea al jefe del grupo o a sus miembros instrucciones o directivas para cometer ciertos actos específicos contrarios al derecho internacional”³⁰.

En consecuencia, el TPIY juzgó según el derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales, los actos cometidos por serbios de Bosnia que estaban bajo el control global de la República Federal de Yugoslavia. Según nuestro conocimiento, los talibanes tenían objetivos que se limitaban a Afganistán y no se interesaban en la lucha planetaria contra los Estados Unidos y Occidente, que era la lucha de Al Qaeda. En este caso, es poco probable que hayan coordinado o colaborado con el conjunto de las actividades de Al Qaeda.

c. ¿Los talibanes ratificaron los ataques?

Cabe agregar que, según las reglas sobre la responsabilidad de los Estados aprobadas por la CDI, un Estado puede atribuirse posteriormente un comportamiento de una entidad no estatal, del cual no era responsable en el momento en que fue cometido, si lo reconoce y lo adopta como suyo más tarde³¹. Se puede dudar de que una responsabilidad retroactiva de este tipo se corresponda efectivamente con la práctica internacional. El único precedente pertinente es el de un Estado que había aprobado, luego de una sucesión territorial, un comportamiento, en ese caso la ruptura de un acuerdo de concesión, de las autoridades anteriores y que había continuado gozando de sus consecuencias, cuando

²⁹ Corte Internacional de Justicia (CIJ) Rec. I, párr. 219.

³⁰ Ver nota 22, párr. 116-144, párr. 131. Ver igualmente nuestra crítica en SASSÒLI, M. - OLSON, L., “Case Report, Judgment, ‘The Prosecutor v. Dusko Tadic’, case IT-94-A, ICTY Appeals Chamber, 15 de julio de 1999”, *94 American Journal of International Law*, nro. 571, 2000, p. 575.

³¹ Proyecto de artículos, *loc. cit.*, nota 21, art. 11.

debería haber restablecido la situación anterior ³². De todos modos, un simple apoyo, ratificación o aprobación de un comportamiento no son suficientes para comprometer una responsabilidad de este tipo. Es preciso que el Estado “identifique y haga suyo el comportamiento en cuestión” ³³. Ahora bien, los talibanes a lo sumo se regocijaron con los ataques del 11 de septiembre de 2001.

d. ¿Los ataques pueden ser atribuidos a los talibanes en razón de su violación del deber de diligencia?

Si partimos de las hipótesis fácticas que preceden los ataques del 11 de septiembre de 2001 no pueden ser atribuidos a Afganistán y en consecuencia no estarían regidos por el derecho de los conflictos armados internacionales. Para evitar cualquier malentendido sobre las responsabilidades de los talibanes, nos apresuramos a agregar algunas precisiones sobre la responsabilidad de éstos respecto de los referidos atentados. El comportamiento de los talibanes, por el cual Afganistán responde, comprende las acciones y las omisiones de éstos ³⁴. El Estado es responsable de velar para que sus órganos ejerzan la debida diligencia (*due diligence*) respecto de comportamientos no estatales que violan derechos o bienes protegidos por el derecho internacional ³⁵. Este deber fue precisado por primera vez en el caso de “Alabama” en 1871. El Reino Unido fue considerado responsable de haberle permitido a actores privados equipar, en su territorio, a navíos de guerra del Sur durante la guerra de Secesión americana. Luego estos navíos hundieron a los de los Estados Unidos ³⁶. Como co-

³² “Concession des Phares de l’Empire ottoman”, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XII 155, 1956, ps. 197 y 198 (Naciones Unidas). En el caso *relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, [1980] Corte Internacional de Justicia (CIJ) Rec. 3, párr. 74, igualmente citado por la CDI para apoyar la regla, la República Islámica de Irán había ya sido responsable respecto del comportamiento no estatal en razón de una violación al deber de diligencia, el comportamiento, la toma de rehenes, constituía una violación continua, y la atribución del comportamiento a Irán después de haberlo ratificado, no tenía necesariamente para la Corte un efecto retroactivo.

³³ Informe de la CDI, *loc. cit.*, nota 21, p. 113.

³⁴ Proyecto de artículos, *loc. cit.*, nota 21, art. 2.

³⁵ Para numerosas referencias a la doctrina, ver *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 2, NU, New York, 1975, p. 87; CONDORELLI, L., “L’imputation à l’État d’un fait internationalement illicite”, *188 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye [Recueil de Cours]*, nro. 10, 1984, ps. 105/116; PISILLO-MAZZESCHI, R., “The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States”, *35 German Yearbook of International Law*, nro. 9, 1992; *Due diligence’ e responsabilità internazionale degli Stati*, Giuffrè, Milano, 1989. Destaquemos que CHRISTENSEN, G. A., “Attribution issues in State Responsibility” (Panel Discussion), en *American Society of International Law, Proceedings, 83rd Annual meeting, Washington, ASIL, 1989*, ps. 51/59, estima que la jurisprudencia es cada vez más reticente a reprocharle a un Estado haber faltado a su deber de diligencia respecto de actores privados, lo cual parece efectivamente ser el caso del —US— Iran Claims Tribunal.

³⁶ DE LA PRADELLE, A. - POLITIS, N., *Recueil des arbitrages internationaux*, 2ª éd., éd. internationales, Paris, 1957, vol. II, ps. 713 y ss. y 965 y ss.

rolario de su soberanía territorial, que prohíbe a otros Estados actuar en su territorio para defender sus derechos, cada Estado tiene la obligación de velar con la debida diligencia para que su territorio no sea utilizado con fines de actos contrarios a los derechos de otros Estados³⁷. De esto se deriva la obligación de tomar medidas razonables para prevenir actos de este tipo y para castigar o extraditar a los que los cometen. Los talibanes habían sido advertidos del tipo de actividades de Al Qaeda por una resolución del Consejo de Seguridad que había condenado, ya en 1999, “el hecho de que terroristas continúen siendo recibidos y entrenados, y que se preparen actos de terrorismo en territorio afgano” y deplorado “que los talibanes continúen dándole refugio a Osama Bin Laden y permitiéndole [...] utilizar a Afganistán como base”³⁸. Ahora bien, los talibanes no hicieron nada.

Por lo tanto, Afganistán violó el derecho internacional al albergar a Osama Bin Laden y a su grupo. Sin embargo, según nuestro punto de vista, esta violación flagrante del deber de diligencia no llega a configurar las hostilidades que, por sí solas, pueden desencadenar la aplicabilidad del derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales. Nadie pensó que el Reino Unido estaba en guerra contra Estados Unidos con motivo del caso “Alabama”. Los ataques del 11 de septiembre de 2001 podrían ser considerados como hostilidades entre Afganistán y Estados Unidos sólo si Osama Bin Laden actuase bajo la dirección o el control de este Estado, siendo así su órgano *de facto*³⁹. Una falta deliberada por parte de Afganistán de su deber de diligencia respecto de Osama Bin Laden no es suficiente. Considerar a esta falta de diligencia como hostilidades que desencadenan la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados internacionales equivaldría a volver a una teoría prevaliente en la práctica arbitral del siglo XIX, que estimaba que el Estado que no cumplía con su deber de diligencia respecto de actos privados cometidos en su territorio era cómplice de éstos⁴⁰. Hoy la práctica y la doctrina consideran que el Estado “es responsable de haber infringido no la obligación internacional

³⁷ Ver en este sentido la Corte Internacional de Justicia en el caso del “Canal de Corfú”, Fondo, [1949] Corte Internacional de Justicia (CIJ) Rec. 4, p. 22, y a M. Huber como árbitro en el caso de la “Isla de Palmas” (1949), 2 *Recueil des Sentences Arbitrales* 829, p. 839 (Naciones Unidas).

³⁸ Res. 1267, nota 20. Continúa notando que “Osama Bin Laden y sus socios son perseguidos por la justicia de los Estados Unidos de América”, particularmente por los atentados de Nairobi y Dar es-Salaam y por el complot encaminado a matar ciudadanos americanos que se encuentren en el extranjero, y exige que los talibanes entreguen a Osama Bin Laden “a las autoridades competentes ya sea de un país donde haya sido acusado, ya sea de un país que lo devolverá a un país en donde haya sido inculcado, ya sea de un país donde sea detenido y efectivamente juzgado”.

³⁹ Ver la parte III.b *ut supra*, y también BROWNLIE, I., *International Law and the Use of Force by States*, Clarendon Press, Oxford, 1963, ps. 370/372.

⁴⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1975*, vol. 2, NU, New York, ps. 79/80, y AGO, R., “Quatrième Rapport sur la responsabilité des États”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1972*, vol. 2, NU, New York, ps. 109/114.

con la cual la acción de la persona privada podía estar en contradicción, sino la obligación general o especial por la cual estos órganos tenían un deber de protección”⁴¹. El Estado que no le impidió a un particular matar a un diplomático no contraviene la inviolabilidad de la persona del diplomático, sino su deber de protegerlo. Afganistán, al no impedirle a Osama Bin Laden planificar en su territorio ataques contra Estados Unidos, no tomó parte en las hostilidades, sino que violó su deber de diligencia.

e. ¿Los ataques constituyen un conflicto armado no internacional en territorio de Estados Unidos?

Si los ataques no se inscriben en un conflicto armado internacional, pueden constituir un conflicto armado no internacional. Están sin duda marcados por un grado de violencia suficiente para calificarlos de hostilidades. Podemos no obstante preguntarnos si un solo acto dotado de una violencia muy grande constituye por sí mismo un conflicto armado. El *Comentario* publicado por el CICR, que aboga sin embargo por un campo de aplicación muy amplio del art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, exige que las “hostilidades” enfrenten a “fuerzas armadas”⁴². Incluso si Al Qaeda pudiese ser considerado como una fuerza armada, somos reticentes a considerar a los 19 miembros suicidas implicados en estos ataques actuando como “fuerza armada”⁴³.

f. Los ataques habrían violado el derecho internacional humanitario si éste hubiese sido aplicable

Si considerásemos que el derecho internacional humanitario se aplica a los ataques del 11 de septiembre de 2001, éstos lo violarían en todos sus aspectos. Incluso en una lucha por la causa más legítima, el derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales y de los conflictos armados no internacionales prohíbe los ataques contra civiles, así como actos o amenazas cuyo objetivo principal sea aterrorizar a la población civil⁴⁴. Además obliga a los combatientes a diferenciarse de la población civil en el curso de un ata-

⁴¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1975*, vol. 2, NU, New York, p. 87, con referencias.

⁴² PICTET, J. S. (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, vol. 3, CICR, Genève, 1958, p. 43.

⁴³ ROBERTS, A., “Counterterrorism, Armed Force and the Laws of War”, *44 Survival*, nro. 7, 2002, ps. 11/12, se encuentra también muy escéptico.

⁴⁴ Art. 51 (2), Protocolo I y 13 (2), Protocolo II, que corresponden a reglas consuetudinarias; ver SASSÒLI, M., *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht - mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1990, ps. 387/392, 396/402.

que ⁴⁵. Incluso el Pentágono, que puede ser considerado un objetivo militar, no puede ser atacado por un acto de perfidia, fingiendo ser civiles, utilizando un avión civil y matando inevitablemente a los civiles pasajeros del avión ⁴⁶. Por otra parte, una definición posible del acto terrorista evita la vieja crítica según la cual los terroristas de unos son los héroes de los otros: es terrorista todo acto, cometido en tiempo de guerra o de paz, que sería prohibido por las reglas del derecho internacional humanitario que protege a los civiles, e incluso a combatientes en tiempo de guerra ⁴⁷.

g. ¿La reacción de Estados Unidos a los ataques del 11 de septiembre de 2001 constituye un conflicto armado internacional?

A partir del 6 de octubre de 2001 la reacción de Estados Unidos a los ataques del 11 de septiembre de 2001 no fue sólo penal, sino también militar. Las fuerzas armadas americanas comenzaron un conflicto armado en suelo afgano, dirigido no sólo contra blancos de Al Qaeda, sino también contra los talibanes ⁴⁸. Por esta última razón, por lo menos, estas hostilidades deben ser calificadas como conflicto armado internacional. El hecho de que Estados Unidos no haya reconocido a los talibanes como gobierno de Afganistán no tiene importancia, desde que, por lo menos, los talibanes luchan por un Estado, Afganistán, del cual eran el gobierno *de facto*. Por otra parte, Estados Unidos justificó estas hostilidades bajo el *jus ad bellum* a título de legítima defensa, justificación que es necesaria sólo si usa la fuerza contra un Estado sin el acuerdo del gobierno de este último. Jamás se apoyó en que tenía el acuerdo del gobierno de Rabbani y de la Alianza del Norte, acuerdo que podría justificar una participación en un conflicto armado no internacional que se desarrolla en un tercer país. Dado que los talibanes constituían el gobierno efectivo de Afganistán, no sólo comprometerían la responsabilidad de este Estado ⁴⁹, sino que eran lo únicos que ha-

⁴⁵ Art. 44, Protocolo I y, para más detalles, ver *infra* la parte IV.e.

⁴⁶ Ver, además de las disposiciones citadas, art. 37.1 (c), Protocolo I.

⁴⁷ SASSÒLI, M., "International Humanitarian Law and Terrorism", en WILKINSON - STEWARD (eds.), *Contemporary Research on Terrorism*. Aberdeen University Press, Aberdeen, 1987, ps. 466 y 469/470; The International Law Association, "Report of the Committee on International Terrorism at the 1984 Paris Conference of the International Law Association", *Report of the Sixty-fifth Conference*, Paris, 1984, p. 317.

⁴⁸ ROBERTS, A., "Counterterrorism...", cit., nota 43, p. 20; DAVID, E., *Principes...*, cit., nota 14, ps. 120 y 124/125, estima con mucha razón que incluso las hostilidades contra un grupo no estatal como Al-Qaeda desencadenan la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados internacionales si el Estado territorial no presta su consentimiento. Ver en este sentido el fallo "Al Nawar v. Minister of Defence", de la Corte Suprema de Israel (en SASSÒLI, M. - BOUVIER, A., *How Does Law Protect...*, cit., nota 18, ps. 819/823).

⁴⁹ Ver nota 25.

brían podido dar un consentimiento valedero a una intervención militar⁵⁰. Nótese que, en interés de sus fuerzas armadas, el gobierno y los tribunales de Estados Unidos tradicionalmente adoptaron una interpretación extensiva de la noción de conflicto armado internacional para así activar la aplicación del Convenio III de Ginebra. De esta forma el general Manuel Antonio Noriega, desplazado del poder en Panamá por una intervención militar de Estados Unidos en 1989, acusado y condenado por tráfico de drogas, fue reconocido como prisionero de guerra, a pesar de que Estados Unidos no lo haya considerado en modo alguno como un representante legítimo de Panamá⁵¹.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, por lo tanto, es con mucha razón que el presidente Bush reconoce, en su decisión del 7 de febrero de 2002, la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a las hostilidades en Afganistán. Según fuentes canadienses, desde el principio de la intervención armada en Afganistán, no hubo por otra parte ninguna duda sobre esta cuestión entre las fuerzas americanas, británicas y canadienses⁵². Al comienzo de las hostilidades, el CICR recordó a las partes en conflicto, incluidos los Estados Unidos, sus obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario. En su comunicado de prensa, también afirmó: “Los combatientes capturados por las fuerzas enemigas en el conflicto armado internacional entre los talibanes y la coalición dirigida por Estados Unidos deben ser tratados de acuerdo con las disposiciones del Convenio III de Ginebra y los civiles detenidos por una parte de la cual no sean nacionales deben ser tratados de acuerdo con el Convenio IV de Ginebra”⁵³. Parece que Estados Unidos rechazó aceptar este llamamiento, pero no porque el derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales no fuera aplicable, sino porque el CICR habría recordado tener en

⁵⁰ Ver sobre la intervención de Estados Unidos en Grenada VAGTS, D. F., “International Law under Time Pressure: Grading the Grenada Take-Home Examination”, *78 American Journal of International Law*, nro. 169, 1984, p. 171; SCHACHTER, O., *International Law in Theory and Practice*, Nijhoff, Dordrecht, 1991, p. 115; GORDON, E. *et al.*, “International Law and the United States Action in Grenada, A Report”, *18 The International Lawyer*, nro. 331, 1984, ps. 369/370, y la posición del consejero jurídico del Departamento de Estado de Estados Unidos, ROBINSON, D. R., *18 The International Lawyer*, nro. 381, ps. 382/383. Todos estos autores discuten el aspecto de la legitimidad del uso de la fuerza bajo el *jus ad bellum* en caso de invitación por las autoridades locales, pero nos parece que en tanto que una invitación no es válida en *jus ad bellum*, el derecho de los conflictos armados internacionales es necesariamente aplicable.

⁵¹ “US v. Manuel Antonio Noriega”, United States District Court for the Southern District of Florida, 808 F. Supp. 791 (1992), parcialmente reproducida en SASSÒLI, M. - BOUVIER, A., *How Does Law Protect...*, cit., nota 18, ps. 932/942.

⁵² Ver THORNE, S., “Canada, Allies Press Americans to Explain PoW Process in Afghanistan”, *National Post*, 6 de febrero de 2002, on line: <http://www.nationalpost.com> (fecha de acceso: 6 de febrero de 2002).

⁵³ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Afganistán: El CICR insta a todas las partes en conflicto a que respeten el derecho internacional humanitario”, comunicado de prensa 01/47, 24 de octubre de 2001, on line: <http://www.icrc.org/icrcfre.nsf/> (fecha de acceso: 30 de enero de 2002), reproducida en *844 Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2001, ps. 1178/1179.

cuenta la prohibición del empleo de armas nucleares, prohibición que Estados Unidos impugna ⁵⁴.

IV. ¿CUÁL ES EL ESTATUTO Y EL TRATAMIENTO, SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, DE LAS PERSONAS DETENIDAS EN GUANTÁNAMO?

En el curso de las operaciones militares en Afganistán, un gran número de afganos, un cierto número de nacionales de terceros países y un nacional de Estados Unidos que se había unido al grupo Al Qaeda, cayeron en poder de Estados Unidos. Algunos fueron arrestados y transferidos a la base militar de Guantánamo, donde se encuentran igualmente personas arrestadas en terceros países. El secretario de defensa, D. Rumsfeld, indicó que se trataba de talibanes y de miembros de Al Qaeda y que todas estas personas no eran prisioneros de guerra, sino “combatientes ilegales” ⁵⁵. Esta calificación fue confirmada por el presidente Bush, a pesar de haber decidido que los Convenios de Ginebra se aplicarían a los talibanes ⁵⁶.

a. Argumentos invocados para no darle el estatuto de prisionero de guerra a las personas detenidas en Guantánamo

Aquellos que se oponen a calificar a las personas detenidas en Guantánamo como prisioneros de guerra invocan dos tipos de argumentos ⁵⁷. Para comenzar, explican por qué este estatuto no sería aplicable esgrimiendo que Al Qaeda no es un Estado, que los talibanes no eran reconocidos por Estados Unidos como gobierno legítimo de Afganistán, que los detenidos son asesinos y terroristas, que habrían violado el derecho internacional humanitario y que se trataría de una nueva forma de guerra. Ningún detenido tendría la nacionalidad de un país contra el cual Estados Unidos estaría en guerra. El gobierno americano afirma, además, que las personas detenidas en Guantánamo no habrían llevado

⁵⁴ Sobre este episodio, ver ROBERTS, A., “Counterterrorism...”, cit., nota 43, p. 16; CONDORELLI, L. (ed.), “Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?”, *105:4 Revue Générale de Droit International Public*, nro. 829, 2001, ps. 847 y 848.

⁵⁵ Ver nota 10.

⁵⁶ Ver nota 11.

⁵⁷ Extraemos los argumentos que siguen a continuación de las conferencias de prensa dadas el 28 de enero de 2002 por el presidente Bush, nota 9, el mismo día por su vocero, nota 4 como también por el secretario de Defensa de los Estados Unidos, D. Rumsfeld los días 11 y 22 de enero de 2002, nota 10, el 7 de febrero de 2002, nota 11 y el 8 de febrero de 2002, nota 4, del testimonio de este último el 5 de febrero de 2002 frente al Senado, nota 10 como también de los artículos de ROSETT, C., “POWs. Cuba...”, cit.; KAMER, H., “Gulliver auf Guantánamo?”, cit., nota 4 y WEDGEWOOD, R., “Personal View...”, cit., nota 5.

ni uniformes ni armas abiertamente, pero confirma que habrían disparado con armas de fuego en Afganistán.

En un segundo orden de ideas, se enumeran las consecuencias molestas de una calificación de prisioneros de guerra para estas personas. Se afirma que si tuviesen este estatuto, sería más difícil juzgarlos por ataques contra objetivos militares como el navío de guerra “USS Cole” y los campamentos militares de Estados Unidos en Arabia Saudita. Como prisioneros de guerra, deberían ser repatriados al finalizar las hostilidades o procesados por un crimen. No podrían ser interrogados sobre las redes terroristas. Quien los detiene estaría obligado a respetar sus convicciones y sus derechos personales. A continuación, se invocan posibles problemas de seguridad. No podrían ser recluidos. Tendrían el derecho de entablar libremente correspondencia con sus familias y de tener bajo su posesión ciertos objetos como tijeras, peines, afeitadoras, agujas y navajas. Con un espíritu más puntilloso, se afirma que como prisioneros de guerra los detenidos de Guantánamo tendrían derecho a raciones de tabaco, instrumentos musicales y adelantos de sueldo.

Respecto de los argumentos que niegan la aplicabilidad del derecho internacional humanitario, ya nos referimos al que niega a los talibanes la calidad de parte en un conflicto armado internacional con los Estados Unidos. Nos resta tratar los que se refieren al estatuto de prisionero de guerra y al trato que les sería debido a los detenidos si tuviesen este estatuto.

b. El derecho internacional humanitario se aplica igualmente a los conflictos armados dirigidos contra Estados “terroristas”

Ya hace cincuenta años, un autor explicaba que el estatuto de prisionero de guerra estaba en peligro en toda “guerra-cruzada”⁵⁸. Sin embargo, en razón de la separación absoluta entre *jus ad bellum* y *jus in bello*, todo argumento relacionado con la legitimidad de la causa de Estados Unidos y con la ilegitimidad de la de sus enemigos no tiene incidencia jurídica sobre la calificación y la protección de los individuos en derecho internacional humanitario⁵⁹. Respecto del argumento según el cual se trataría de una nueva forma de guerra, no implica necesariamente que el derecho existente no se aplique a ésta, si este derecho la abarca según su texto, fin, objeto y contexto⁶⁰. Ambos Adolf Hitler y Osama Bin Laden pensaban haber entablado una nueva forma de guerra a la que las antiguas reglas no se aplicaban. El “terrorismo” no es por otra parte un concepto

⁵⁸ FLORY, W., “Vers une nouvelle conception du prisonnier de guerre”, 58 *Revue Générale de Droit International Public*, nro. 53, 1954, p. 56.

⁵⁹ Ver *ut supra*, parte II.

⁶⁰ Es lo que afirmó con mucha razón el ministro de Relaciones Exteriores canadiense GRAHAM, B., cit., nota 6, que es asimismo profesor de Derecho Internacional.

jurídico útil en derecho internacional ⁶¹. Éste más bien prohíbe los actos de terrorismo ⁶² y organiza y prescribe su persecución ⁶³. Será necesario retomar la cuestión sobre la posible pérdida por una persona de la protección ofrecida por el derecho internacional humanitario en razón de violaciones de este derecho cometidas por ella misma o por las fuerzas armadas a las que pertenece. Más allá de esta cuestión técnica, se puede descartar todo argumento relacionado con los crímenes, no de las propias personas detenidas, sino directa o indirectamente atribuidos a su grupo o a la entidad a la que éstas pertenecen. Afortunadamente, los Aliados de la Segunda Guerra Mundial jamás pensaron que los soldados alemanes no tenían derecho al estatuto de prisioneros de guerra. Sin embargo, estos últimos pertenecían a una *Wehrmacht* que violaba sistemáticamente el derecho internacional humanitario en los territorios que ocupaba. Además, defendían a un régimen que mató a seis millones de judíos en razón de su sola pertenencia racial. Por causa de su lucha encarnizada, el genocidio pudo perdurar. ¿Al Qaeda, los talibanes y sus miembros son verdaderamente más asesinos y terroristas que lo que fueron el régimen nazi y sus soldados durante la Segunda Guerra Mundial? Dado que las partes de los conflictos actuales se consideran a menudo mutuamente como criminales, es esencial para la supervivencia del derecho internacional humanitario, según su letra y su espíritu, reconocer su aplicabilidad jurídica en un caso como éste. Los soldados americanos corren igualmente el riesgo de caer un día en poder de fuerzas armadas que consideran a los Estados Unidos y a su política como “criminales”. Es primordial para éstos que sean calificados como prisioneros de guerra y no como “combatientes ilegales”.

c. Todas las personas que caen en poder del enemigo durante un conflicto armado internacional están protegidas por el derecho internacional humanitario

Durante un conflicto armado internacional, las personas que caen en poder de la parte contraria son o bien combatientes —y se transforman en prisioneros de guerra protegidos por el Convenio III— o no lo son —y se transforman en civiles protegidos según el Convenio IV ⁶⁴. Como lo resume el *Comentario*

⁶¹ HENKIN, L., “General Course on Public International Law”, 216:4 *Recueil des Cours*, nro. 9, 1989, p. 159.

⁶² Ver *ut supra*, parte III.f.

⁶³ Ver HENZELIN, M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2000, ps. 287/288, 294/298, 314/321, como también la Resolución 1373, Consejo de Seguridad, 4385ª Sesión. Doc. NU S/RES/1373 (2001), 28 de septiembre de 2001 que decreta un pequeño Código Penal para la lucha contra el terrorismo.

⁶⁴ Art. 4.4. Convenio IV. Es quizás en vista de esta disposición, que el presidente Bush afirma en su declaración del 7 de febrero de 2002 (*loc. cit.*, nota 11) que los talibanes detenidos en Guantánamo

publicado por el CICR: “No hay un estatuto intermedio; ninguna persona que se encuentra en manos del enemigo puede estar fuera del derecho”⁶⁵. Sin embargo, los civiles que participan directamente en las hostilidades pierden la protección prevista por el derecho humanitario *mientras dure* esta participación⁶⁶. Tradicionalmente, tales personas, quienes no eran combatientes pero igual participaron —por lo tanto de manera ilegal— en las hostilidades, eran calificadas como “combatientes ilegales”⁶⁷. A pesar de que seguimos utilizando ese término, estos combatientes se encuentran nuevamente protegidos por el Convenio IV⁶⁸ en cuanto caen en poder del enemigo, hecho que no excluye que puedan ser castigados por su participación directa en las hostilidades, por crímenes de guerra u otros actos criminales. Para finalizar mencionemos que una de las primeras reacciones del presidente Bush a los ataques del 11 de septiembre de 2001, la de declarar a Osama Bin Laden “wanted dead or alive” es difícilmente compatible con el derecho internacional humanitario. Como lo reconoce el Manual militar de Estados Unidos, incluso en tiempos de guerra se prohíbe ofrecer una recompensa por la captura de un enemigo “vivo o muerto”⁶⁹.

d. ¿Quién tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra?

Son combatientes los miembros de las fuerzas armadas de una parte en un conflicto internacional. El art. 43.1, Protocolo I adoptó una noción amplia de “fuerzas armadas”, incluyendo “todas las fuerzas, todos los grupos y todas las

no son prisioneros de guerra, pero que los Convenios de Ginebra se aplican. El secretario D. Rumsfeld menciona, sin embargo, tres categorías posibles: los combatientes, los civiles y los “combatientes ilegales” (testimonio del secretario D. Rumsfeld frente al Senado americano, *loc. cit.*, nota 10).

⁶⁵ PICTET, J. S. (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, vol. 4, CICR, Genève, 1956, p. 58.

⁶⁶ Art. 51 (3). Protocolo I, que corresponde a una regla consuetudinaria (ver SASSÒLI, M., *Bedeutung...*, cit., nota 44, ps. 393/396).

⁶⁷ Ver ROBERTS, A., “Counterterrorism...”, cit., nota 43, ps. 22/23.

⁶⁸ ROBERTS, A., “Counterterrorism...”, cit., no nota esta consecuencia. BAXTER, R. R., “So-called ‘Unprivileged Belligerency’: Spies, Guerillas, and Saboteurs”, *28 British Yearbook of International Law*, nro. 323, 1951. En las ps. 328 y 344 menciona la protección por el Convenio IV, pero en las ps. 328, 336/338 y 343, como ROBERTS, A., “Counterterrorism...”, cit., RUMSFELD, D., “DoD News Briefing...”, cit., Baxter da la impresión de que los “combatientes ilegales” constituyen, al lado de los prisioneros de guerra y de los civiles protegidos, una tercera categoría.

⁶⁹ El art. 23 (b) del Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al Convenio IV de 1907, prohíbe “matar o herir por traición a individuos que pertenezcan a la nación o armada enemiga” (SCOTT, J. B. [ed.], *Les Conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, Oxford University Press, New York, 1918, p. 100). Esta disposición es interpretada por Estados Unidos de la siguiente manera: “This article is construed as prohibiting [...] putting a price upon an enemy’s head, as well as offering a reward for an enemy ‘dead or alive’” (FM 27-10, Department of the Army Field Manual, *The Law of Land Warfare*, Department of the Army, Washington D. C., 1956, regla 31).

unidades armadas y organizadas colocadas bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte, aun cuando ésta esté representada por un Gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa". La disposición específica que "estas fuerzas armadas deben estar sometidas a un régimen de disciplina interno que asegure, entre otras cosas, el respeto por las reglas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados". El Convenio III utiliza, en su art. 4 (A) (1), una noción más restrictiva de "miembros de las fuerzas armadas de una Parte del conflicto, así como [...] miembros de las milicias y cuerpos de voluntarios que forman parte de estas fuerzas armadas", a las que éste les otorga el estatuto de prisionero de guerra sin otra exigencia respecto de su comportamiento ⁷⁰. Sin embargo, por su art. 4 (A) (2), extiende el estatuto de combatiente a miembros de otros grupos armados pertenecientes a una parte del conflicto, con la condición de que dicho grupo se encuentre sometido a una persona responsable por sus subordinados, lleve un signo distintivo fijo y reconocible a distancia y sus armas abiertamente y se adecue a las leyes y costumbres de la guerra. Su art. 4 (A) (3) especifica que "los miembros de las fuerzas armadas regulares que dicen ser de un gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detentora" se benefician igualmente con el estatuto de prisionero de guerra. Si los talibanes eran, como vimos, el gobierno de hecho de Afganistán, no vemos cómo podríamos sostener que sus combatientes no pertenecían a sus "fuerzas armadas" o a "milicias y cuerpos de voluntarios que forman parte de estas fuerzas armadas".

De todos modos, si se quisieran aplicar las exigencias del Protocolo I ⁷¹ o del art. 4(A) (2) del Convenio III, sería necesario tomar en cuenta el hecho de que los talibanes estaban suficientemente organizados y disciplinados como para controlar durante años la mayoría del territorio afgano y para llevar adelante con eficacia el conflicto contra la Alianza del Norte. Por lo que sabemos, ni Estados Unidos ni la Alianza del Norte les reprochan no haberse distinguido suficientemente de la población civil. Esta condición hace referencia a la situación de la guerra de guerrillas. Las hostilidades conducidas por los talibanes no eran una guerra de guerrillas, ya que que controlaban el territorio. En referencia a la condición de respetar el derecho internacional humanitario, es cierto que muchas de sus reglas fueron violadas durante años en Afganistán, tanto por los talibanes como por la Alianza del Norte. En contraposición, Estados Unidos, según lo que sabemos, jamás le reprochó a los talibanes una falta de respeto generalizado del derecho internacional humanitario durante las hostilidades en

⁷⁰ Ver, sin embargo, SANDOZ, Y. - SWINARSKI, C. - ZIMMERMANN, B. (dir.), *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. CICR, Genève, 1986, ps. 519/520.

⁷¹ Que reserva, de todos modos, en su art. 44.6 el derecho de todos aquellos que hubieran sido considerados como prisioneros de guerra bajo el Convenio III.

Afganistán. La exigencia del respeto no debe hacer reaparecer, en derecho internacional humanitario, la condición de reciprocidad, según la cual el respeto no le sería debido a un enemigo que no lo respeta. Esta reciprocidad no es aplicable a los acuerdos sobre derecho internacional humanitario ⁷². Por otra parte, la práctica de los Estados, incluido Estados Unidos, es con mucha razón reticente a privar a los prisioneros de guerra de su estatuto por la sola razón de las violaciones cometidas por sus fuerzas o por su parte. Del mismo modo, Estados Unidos, según lo que sabemos, jamás puso en duda este estatuto durante la Segunda Guerra Mundial respecto de los soldados alemanes, cuyas fuerzas armadas eran sin embargo responsables de exacciones inauditas contra las poblaciones civiles. La Comisión Internacional de Juristas menciona en una carta dirigida a las autoridades de Estados Unidos los manuales militares de Estados como la Argentina, Hungría, Italia, Kenia, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Rusia, España y Suiza como pruebas de una práctica general que consiste en considerar a todos los que luchan a favor de una parte en un conflicto internacional como combatientes, sin hacer distinción entre las fuerzas armadas regulares e irregulares ⁷³. Finalmente, cabe precisar que la nacionalidad de un combatiente no tiene importancia para su calificación de prisionero de guerra, la cual depende sólo de su pertenencia a las fuerzas armadas enemigas. Sólo si tiene la nacionalidad del captor no se beneficia, según la opinión de la doctrina dominante, con el estatuto de prisionero de guerra ⁷⁴.

Respecto de los miembros de Al Qaeda, Estados Unidos los relaciona aparentemente con Afganistán. De otro modo no hubiesen podido, como respuesta a los ataques efectuados por miembros de este grupo, dirigir su legítima defensa contra ese país. Sin embargo, objetivamente y considerando los hechos, puede ser difícil calificar a Al Qaeda de fuerza armada afgana, incluso en sentido amplio. Ignoramos si los miembros de este grupo que actuaban en Afganistán habían sido integrados a las fuerzas talibanes ⁷⁵ o si estaban por lo me-

⁷² Ver art. 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, nota 12; art. 1, común a los cuatro convenios (la obligación de respetar “en todas las circunstancias”; DE PREUX, J., “Les Conventions de Genève et la réciprocité”, 751 *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, nro. 24, 1985.

⁷³ Ver la carta de la Comisión Internacional de Juristas al secretario de Estado americano del 7 de febrero de 2002, *on line*: Commission Internationale de Juristes <http://www.icj.org/press/press02/English/powell02.htm> (fecha de acceso: 12 de febrero de 2002).

⁷⁴ LAUTERPACHT, H. (dir.), *Oppenheim's International Law, Disputes, war and neutrality*, 7ª ed., vol. 2, Longmans, London, 1952, p. 268; FLORY, W., “Vers une nouvelle...”, cit., nota 58, p. 81; HINGORANI, R. C., *Prisoners of War*, 2ª ed., New Delhi, 1982, ps. 31/32. En contra: WILHELM, R.-J., “Peut-on modifier le statut des prisonniers de guerre?”, 35 *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, nro. 516, 1953, ps. 685/688.

⁷⁵ No es exactamente la cuestión que analizamos *ut supra*, es decir, si los miembros de Al-Qaeda implicados en los atentados del 11 de septiembre de 2001 eran *de jure* o *de facto* órganos de los talibanes (ver *ut supra*, parte III.b). En efecto, podríamos imaginar que los combatientes en el interior de Afganistán estaban controlados por los talibanes, pero no así aquellos que se encontraban en el exterior

nos subordinados a Afganistán, como exigen las disposiciones precitadas del Convenio III para que sean prisioneros de guerra ⁷⁶. En vista de las declaraciones de su jefe, se pueden plantear serias dudas respecto de saber si disponen de un mínimo de voluntad de respetar el derecho internacional humanitario que se debe exigir a pesar de todo cuanto antecede ⁷⁷. Entonces, sus miembros serían más bien civiles protegidos por el Convenio IV, pero que participaron ilegalmente en el conflicto. Únicamente en este sentido podrían ser considerados como “combatientes ilegales”. La distinción efectuada por el presidente Bush en su decisión del 7 de febrero de 2002 entre los talibanes y los miembros de Al Qaeda es por lo tanto completamente sostenible. En cambio, es asombroso que el presidente no explique por qué estos últimos no estarían protegidos por el Convenio IV, incluso cuando fueron capturados en Afganistán.

e. ¿En qué circunstancias y según qué procedimiento se pierde el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra?

Por lo tanto, según nuestro punto de vista, los combatientes de los talibanes están protegidos por lo menos por el Convenio III. Incluso si hubieran cometido crímenes de guerra u otros crímenes, conservarían su estatuto de prisioneros de guerra, inclusive en caso de condena ⁷⁸. Sólo los combatientes que caen en poder del enemigo *durante el tiempo en que* no se distinguen de la población civil, a pesar de tomar parte en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque, pierden su estatuto ⁷⁹. Es en este contexto que la Corte Suprema de Estados Unidos utilizó en 1942 el calificativo de “combatientes ilegales” y rechazó el trato de prisioneros de guerra a saboteadores, miembros de las fuerzas armadas alemanas, que se habían disfrazado de civiles en los Estados Unidos ⁸⁰. Es poco probable que *todos* los miembros talibanes trasladados a Guantánamo hayan sido capturados en una situación de este tipo.

De todos modos, no es al presidente de Estados Unidos a quien le corresponde tomar esta determinación colectivamente por todos los prisioneros, sino que compete a un tribunal hacerlo individualmente por cada uno. En efecto, el Convenio III establece que “si existe alguna duda sobre la pertenencia a una u

del país. Sin embargo, las consideraciones que hicimos al respecto, nos suscitan aquí igualmente serias dudas en cuanto a su “atribución” a Afganistán.

⁷⁶ Art. 4(A) (1) y (2), Convenio III.

⁷⁷ Ver nota 70.

⁷⁸ Art. 85, Convenio III.

⁷⁹ Art. 44 (4) y (5), Protocolo I. El Protocolo I disminuyó las exigencias en cuanto a la manera de distinguirse (conf. art. 44.3), lo cual fue criticado por Estados Unidos. Sobre las exigencias del Protocolo I ver DAVID, E., *Principes...*, cit., nota 14, ps. 388/403.

⁸⁰ *Ex Parte Quirin et al.*, 317 US 1 (1942), reproducido en SASSÒLI, M. - BOUVIER, A., *How Does Law Protect...*, cit., nota 18, ps. 689/691.

otra de las categorías enumeradas en el art. 4 de las personas que cometieron un acto de beligerancia y que cayeron en manos del enemigo, dichas personas se beneficiarán de la protección del presente Convenio hasta que su estatuto haya sido determinado por un tribunal competente”⁸¹. El Protocolo I establece, además, que la duda existe desde que una persona reivindica ella misma el estatuto de prisionero de guerra⁸². La noción de acto de beligerancia no hace referencia, por otra parte, a la legitimidad del acto (en *jus ad bellum* o incluso en *jus in bello*), pero apunta al “principio en nombre del cual los interesados actuaron”⁸³. Durante la guerra de Vietnam, Estados Unidos instituyó tribunales de este tipo⁸⁴. En el caso del general Manuel Antonio Noriega, arrestado por Estados Unidos durante su invasión a Panamá en 1989, un juez de distrito americano ya se había declarado competente para reconocerle a una persona el estatuto de prisionero de guerra contra la opinión del gobierno⁸⁵.

Estados Unidos argumentaba en un primer momento que respecto de los detenidos en Guantánamo, no había dudas⁸⁶. Visto cuanto antecede y el hecho de que varios Estados, el CICR y numerosos expertos tengan otra opinión, creemos que hay lugar a dudas. Más recientemente, Estados Unidos pretendió haber cumplido con la exigencia de una decisión por parte de un tribunal mediante la investigación que los agentes del departamento de Defensa, de Justicia y la CIA hacían *in loco*, en Afganistán, antes de enviar a un detenido a Guantánamo⁸⁷. Es verdad que el Convenio no especifica la naturaleza del “tribunal” y los trabajos preparatorios nos indican que por este término los Estados no querían designar exclusivamente al tribunal penal competente para juzgar una participación directa en las hostilidades⁸⁸, base de acusación inadmisibles en el caso en que el acusado se beneficia con el estatuto de prisionero de guerra⁸⁹. Sin embargo, nos parece que el término “tribunal” hace referencia a un órgano judicial, el cual debe tener un mínimo de independencia y ser distinto de los funcionarios o soldados que hacen la primera clasificación cuando las personas caen en poder de un Estado. Si estos últimos pudieran ser considerados como un tribunal, la exigencia de que sólo un tribunal puede decidir en caso de duda

⁸¹ Art. 5.2. Esta regla es confirmada en el reglamento 190-8 de la armada americana (ver el testimonio del secretario D. Rumsfeld frente al Senado americano, 5 de febrero de 2002 [note 10]).

⁸² Art. 45 (1), Protocolo I.

⁸³ PICTET, J. S. (dir.), *Les Conventions...*, cit., vol. 3, p. 86.

⁸⁴ DAVID, E., *Principes...*, cit., nota 14, p. 414.

⁸⁵ “US v. Manuel Antonio Noriega”, nota 51.

⁸⁶ Ver testimonio del secretario D. Rumsfeld frente al Senado americano del 5 de febrero de 2002, *loc. cit.*, nota 10.

⁸⁷ Ver las afirmaciones del secretario de Defensa D. Rumsfeld en su conferencia de prensa del 8 de febrero de 2002, *loc. cit.*, nota 4.

⁸⁸ PICTET, J. S. (dir.), *Les Conventions...*, cit., vol. 3, p. 86.

⁸⁹ Ver *infra*, parte IV.f.

perdería su efecto útil. Con mucha razón, entonces, el CICR mencionó, en contestación a la decisión del presidente Bush del 7 de febrero de 2002, que la única divergencia que subsistía entre Estados Unidos y él era la cuestión relativa a los procedimientos a aplicar para determinar que las personas detenidas no tienen el estatuto de prisionero de guerra⁹⁰. Finalmente, notemos que no es porque el gobierno actual de Afganistán parezca estar de acuerdo en que no se trata de prisioneros de guerra que los Talibanes pierden su estatuto⁹¹.

f. Los prisioneros de guerra pueden ser juzgados por los crímenes que hayan cometido

Si se le reprocha a los prisioneros de guerra los crímenes individualmente cometidos (y no simplemente su pertenencia a un grupo cuyos otros miembros hayan cometido crímenes)⁹², pueden ser juzgados ante los tribunales militares de la potencia detentora⁹³. En virtud de su jurisdicción territorial ordinaria, Estados Unidos puede sin duda juzgar a personas sospechadas de estar implicadas en los ataques del 11 de septiembre de 2001. Además, en virtud del principio de la jurisdicción universal, son admisibles ciertamente las diligencias por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁹⁴. La cuestión de saber si los ataques del 11 de septiembre de 2001 puedan ser calificados de crímenes contra la humanidad, lo que lo serían si constituyeran un ataque sistemático o generalizado contra la población civil⁹⁵, es causa de controversia. Sin embargo tal calificación no tendría consecuencias para las personas detenidas en Guantánamo, porque de todas maneras la Corte Penal Internacional (CPI) no es competente para los ataques de Nueva York y Washington⁹⁶.

⁹⁰ CICR, Comunicación de prensa nro. 02/11, 9 de febrero de 2002, *on line*: CICR, <http://www.icrc.org/icrcfre.nsf/c1256212004ce24e4125621200524882/c91ae8379fb6e215c1256b5b0036e3e9?OpenDocument> (fecha de acceso: 9 de febrero de 2002).

⁹¹ Ver "Afghan Agrees With Bush on Prisoners", *New York Times*, 30 de enero de 2002, *on line*: <http://www.nytimes.com/2002/01/30/international/asia/30DETA.html> (fecha de acceso: 30 de enero de 2002) y el art. 6, Convenio III: "Ningún acuerdo especial podrá perjudicar a la situación de los prisioneros, tal como se reglamenta en el presente Convenio, ni restringir los derechos que en éste se les otorga".

⁹² En este sentido, ver BAXTER, "So-called...", *cit.*, nota 68, p. 338.

⁹³ Art. 84, Convenio III.

⁹⁴ Arts. 49 (2), 50 (2), 129 (2) y 146 (2), respectivamente, de los cuatro convenios y art. 85.1, Protocolo I; HENZELIN, M., *Le principe...*, *cit.*, nota 63.

⁹⁵ Para la definición de crímenes contra la humanidad, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, art. 7, Doc. NU A/CONF/183.9, *on line*: <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm> (fecha de acceso: 10 de febrero de 2002). Tal calificación es, por ejemplo, propuesta por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas por los derechos humanos, M. Robinson, en una declaración del 25 de septiembre de 2001, *on line*.

⁹⁶ En efecto, primero, el Estatuto de la CPI todavía no estaba en vigor el 11 de septiembre de 2001. Segundo, los Estados Unidos se oponen a este Estatuto (ver nota 131) y, tercero, una diligencia por los

Respecto de otros delitos cometidos en Afganistán, no es, en cambio, necesariamente competente. Los procesos se desarrollan según el mismo procedimiento que sería aplicable a los soldados de Estados Unidos⁹⁷. El caso del general Manuel Antonio Noriega constituye un precedente por el cual Estados Unidos juzgó a una persona, a la cual reconocía como prisionero de guerra, incluso por crímenes no relacionados con el conflicto armado durante el cual fue capturado⁹⁸. En cambio, debido a que es un combatiente, un prisionero de guerra no puede ser juzgado por el solo hecho de haber participado en las hostilidades contra Estados Unidos, si respetó el derecho internacional humanitario. Por lo tanto, las hostilidades contra las fuerzas de Estados Unidos en Afganistán no podrían ser castigadas. Por otro lado, los ataques contra el navío “USS Cole” y los campamentos en Arabia Saudita, no se produjeron durante un conflicto armado entre Afganistán y Estados Unidos. Si el derecho internacional humanitario hubiese sido aplicable, lo habrían violado, incluso si apuntaban a objetivos militares. De hecho, los atacantes fingieron tener el estatuto de civiles, lo cual constituye un acto de perfidia⁹⁹. En consecuencia, los prisioneros de guerra podrían ser juzgados por haber tomado parte en estos ataques¹⁰⁰.

Contrariamente a lo que algunos creyeron comprender, la regla general según la cual un prisionero de guerra sólo es obligado a declarar su apellido, nombre y grado, su fecha de nacimiento y su número de matrícula¹⁰¹ no prohíbe otras preguntas y no se aplica a un interrogatorio penal. En un interrogatorio de este tipo son admisibles todas las preguntas que podrían hacerse a un soldado americano¹⁰², pero no puede ejercerse ninguna coacción física o moral contra el acusado para que se reconozca culpable¹⁰³.

g. El trato de los prisioneros de guerra

Los prisioneros de guerra pueden ser internados fuera de Afganistán. Es normal internarlos en un país enemigo, pero el enemigo puede establecer un

Estados Unidos tendría prioridad aunque la CPI fuera competente (art. 17, Estatuto, cit.). Los que desean una diligencia de los autores de los ataques del 11 de septiembre de 2001 ante la CPI proponen una revisión de su Estatuto (ver CASSESE, cit., p. 1000).

⁹⁷ Art. 102, Convenio III.

⁹⁸ “US v. Manuel Antonio Noriega *et al*”, United States District Court for the Southern District of Florida, 746 F. Supp. 1506 (1990), reproducida parcialmente en SASSÒLI, M. - BOUVIER, A., *How Does Law Protect...*, cit., nota 18, ps. 923/932.

⁹⁹ Art. 37 (1) (c), Protocolo I.

¹⁰⁰ Contrariamente a lo que teme WEDGEWOOD, R., “Personal View...”, cit.

¹⁰¹ Art. 17, Convenio III.

¹⁰² Art. 102, Convenio III.

¹⁰³ Art. 99.2, Convenio III. Nótese que la 5ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y el art. 14.3 (g), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (19 de diciembre de 1966), 999 RTNU 171, [1976], van mucho más allá en lo que respecta al derecho a permanecer callado.

campo de prisioneros de guerra en otro territorio que esté bajo su control. Es verdad que los prisioneros de guerra deben tener una cierta libertad de movimiento en su campo y que no pueden ser detenidos en penales ni encerrados, con excepción de los que están sometidos a juicios penales ¹⁰⁴. Las reglas muy detalladas sobre su trato son diferentes para los prisioneros de guerra comunes ¹⁰⁵ y para aquellos que están detenidos en forma preventiva ¹⁰⁶. Éstas fueron elaboradas por expertos militares, teniendo en cuenta las necesidades de seguridad de la potencia detentora. Esta última establece en particular las reglas, da las órdenes y asegura la disciplina ¹⁰⁷. El CICR tiene el derecho de visitar a los prisioneros de guerra en su lugar de reclusión según sus modalidades de visita tradicionales para verificar sus condiciones de detención ¹⁰⁸.

Los prisioneros deben estar autorizados a entablar correspondencia con su familia, pero la censura y otras limitaciones se aplican a esta correspondencia ¹⁰⁹. Igualmente, deben estar autorizados a recibir instrumentos musicales en el marco de envíos de socorro ¹¹⁰, pero es claro que este tipo de envíos puede ser objeto de todos los controles de seguridad necesarios. El tabaco debe ser autorizado, pero no provisto ¹¹¹. Las tijeras, peines, afeitadoras, agujas y navajas no se mencionan en el Convenio III, pero es verdad que el *Comentario* del CICR enumera estos artículos entre los que deberían poder comprar los prisioneros de guerra en su cantina ¹¹². Según nuestro punto de vista, a pesar de este pasaje del *Comentario*, la potencia detentora tiene el derecho de prohibir, por razones de seguridad, la venta, en la cantina, de objetos que se le prohíben llevar hoy a todo pasajero de la aviación civil, pero debe evidentemente garantizar de otra forma que los prisioneros puedan satisfacer sus necesidades de higiene. En cambio, es verdad que una potencia detentora debe abonarle a los prisioneros de guerra un anticipo de paga equivalente a ocho francos suizos (lo que corresponde aproximadamente a ocho dólares canadienses) por mes ¹¹³. Finalmente, los prisioneros de guerra deben ser repatriados al finalizar las hostilidades activas,

¹⁰⁴ Arts. 21 y 22, Convenio III.

¹⁰⁵ Arts. 25-29, Convenio III.

¹⁰⁶ Arts. 103.3, 97 y 98, Convenio III.

¹⁰⁷ Arts. 39-42, Convenio III.

¹⁰⁸ Art. 126.4, Convenio III.

¹⁰⁹ Art. 71, Convenio III.

¹¹⁰ Art. 72.1, Convenio III.

¹¹¹ Art. 26.3, Convenio III.

¹¹² PICTET, J. S. (dir.), *Les Conventions...*, cit., nota 42, p. 203, en referencia al art. 28, Convenio III. R. Wedgwood (*loc. cit.*, nota 5) escribió: "The treaty guarantees them utensils including 'razors, combs (and) nail scissors', as well as 'needles' and 'pen-knives'". Enumera estos objetos entre comillas como si éstos aparecieran en el texto del Convenio y como si la potencia detentora debiera proveérselos a los prisioneros de guerra.

¹¹³ Art. 60, Convenio III.

con excepción de aquellos que estén bajo un proceso penal o cumpliendo una condena ¹¹⁴. Por ahora, las hostilidades entre Estados Unidos y los talibanes todavía no llegaron a su fin. Sin embargo, no se podrá esperar hasta el fin de la “guerra contra el terrorismo”, que puede ser larga, sobre todo si se asimila al terrorismo todo lo que Estados Unidos percibe como los males del mundo.

h. Los civiles protegidos por el derecho internacional humanitario no podrían estar detenidos en Guantánamo

Todas las personas capturadas por Estados Unidos en Afganistán que no son combatientes según lo expresado anteriormente, son civiles que cayeron en poder del enemigo en un territorio ocupado ¹¹⁵. Con excepción de los ciudadanos de Estados Unidos, se encuentran protegidos por el Convenio IV, independientemente de lo que se les reprocha ¹¹⁶. Su detención no es admisible sino en vistas de un proceso regular o por imperiosas razones de seguridad ¹¹⁷. Si son aprehendidos como espías o saboteadores o porque fueron objeto individualmente de una sospecha legítima de llevar a cabo una actividad que perjudica la seguridad de Estados Unidos, pueden, si la seguridad militar necesariamente lo exige, ser privados de los derechos de comunicación previstos por el Convenio IV ¹¹⁸. También pueden ser visitados por el CICR para verificar sus condiciones de detención ¹¹⁹. Estados Unidos puede constituir tribunales militares para juzgarlos por violaciones del derecho internacional, por ejemplo, en caso de participación (ilegal para los civiles) en las hostilidades, pero únicamente *en Afganistán* ¹²⁰. Respecto de su lugar de detención, el Convenio prescribe que las personas protegidas inculpadas, condenadas o internadas por razones de seguridad deben estar detenidas en el país ocupado ¹²¹. Es así que el Consejo de Seguridad y los terceros Estados han condenado a menudo a Israel por la deportación de palestinos fuera de los territorios palestinos ocupados ¹²². También,

¹¹⁴ Arts. 118 y 119 (5), Convenio III.

¹¹⁵ Ver *ut supra*, parte IV.b.

¹¹⁶ Art. 4.1, Convenio IV: “El presente convenio protege a las personas 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”.

¹¹⁷ Arts. 76 y 78, Convenio IV, respectivamente.

¹¹⁸ Art. 5.2, Convenio IV.

¹¹⁹ Art. 143.5, Convenio IV.

¹²⁰ Art. 66, Convenio IV.

¹²¹ Arts. 76.1 y 49 (1), Convenio IV.

¹²² Ver Resolución 607, Consejo de Seguridad, 2780ª Sesión, Doc. NU S/RES/607 (1988), 5 de enero de 1988, y Resolución 681, Consejo de Seguridad, 2970ª Sesión, Doc. NU S/RES/681 (1990), 20 de diciembre de 1990, y también *Note de la Direction du Droit International Public du Département [Suisse] des Affaires Étrangères*, 20 de enero de 1988, 46 *Annuaire Suisse de Droit International*, nro. 247, 1989.

el traslado por Irak sobre su propio territorio de iraníes que habían sido detenidos por Irak en territorio iraní que ocupaba en ese momento fue calificado por el CICR de deportación violando el Convenio IV ¹²³. Más específicamente, el CICR condenó como violación del Convenio IV el traslado por Israel, sobre su propio territorio, de presos que había detenido por actos terroristas al sur del Líbano y que, en primer lugar, había detentado en este territorio ocupado ¹²⁴.

Las personas arrestadas en Afganistán que no sean prisioneros de guerra no podrían por lo tanto estar detenidas en Guantánamo. Es asombroso que ni Estados Unidos ni el CICR traten públicamente este problema. Sin embargo, para el gobierno de Estados Unidos, la cuestión del respeto al Convenio IV de Ginebra se plantea inevitablemente respecto de los talibanes, dado que éste reconoce que los Convenios los protegen, pero les niega el estatuto de prisionero de guerra. Vimos que este gobierno afirma que la clasificación por un “tribunal competente” ya se hace en Afganistán ¹²⁵. Ahora bien, si esta investigación ya había determinado que una persona no es un prisionero de guerra, ésta no podía haber sido transferida a Guantánamo. Si la decisión del “tribunal” sólo se produce en Cuba, la persona referida debe ser reenviada a Afganistán para restablecer la situación anterior a la transferencia que se reveló contraria al derecho internacional ¹²⁶.

V. ¿EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DEBERÍA SER REVISADO PARA TENER EN CUENTA LA “GUERRA CONTRA EL TERRORISMO”?

Después de cada gran guerra el derecho internacional humanitario fue revisado para adaptarlo a las realidades militares y tecnológicas cambiantes y sobre todo para cubrir nuevos problemas humanitarios y nuevas categorías de víctimas ¹²⁷. En estos últimos años, se intentó, en particular, reforzar los mecanismos de aplicación mediante el establecimiento de tribunales penales internacionales *ad hoc* y de una Corte Penal Internacional (CPI), la prohibición completa de ciertas armas y la asimilación, por medio de la jurisprudencia y algunos tratados, del derecho de los conflictos no internacionales al de los con-

¹²³ Ver Memorándum del 7 de mayo de 1983, dirigido por el CICR a todos los Estados Parte de los Convenios de Ginebra, citado en SASSÒLI, M. - BOUVIER, A., *How Does Law Protect...*, cit., nota 18, ps. 978, 981/82.

¹²⁴ Ver Comunicado de prensa del CICR sobre el cierre del centro de detención de Insar al sur del Líbano, CICR, Comunicado de prensa 1504, 4 de abril de 1985, citado en SASSÒLI, M. - BOUVIER, A., *How Does Law Protect...*, cit., nota 18, ps. 889/990.

¹²⁵ Ver nota 87.

¹²⁶ Proyecto de artículos, cit., art. 35.

¹²⁷ MERON, T., “The Humanization of Humanitarian Law”, *94 American Journal of International Law*, nro. 239, 2000.

flictos armados internacionales ¹²⁸. Sin embargo, todo proceso de revisión implica el riesgo de que los Estados aprovechen ampliar su libertad de acción en lugar de reforzar la protección de las víctimas. El resultado en forma de tratado debe luego ser aceptado por cada Estado para comprometerlo. Estados Unidos no es muy cooperativo en este aspecto. Incluso todavía no aceptó la última gran ola de revisiones, la de los Protocolos Adicionales de 1977 ¹²⁹, rechaza la prohibición de las minas antipersonales ¹³⁰ y se opone ferozmente al establecimiento de una Corte Penal Internacional ¹³¹. Considerando esta reticencia del miembro más influyente del Consejo de Seguridad, tampoco se podrá utilizar lo que parece que se transformó en la nueva vía rápida de legislación internacional, la de una resolución del Consejo de Seguridad que acaba de revolucionar, por ejemplo, el derecho internacional penal en materia de lucha contra el terrorismo ¹³². Abstracción hecha de las dificultades relacionadas con la elaboración y aceptación de nuevas reglas en la sociedad internacional actual, queda pendiente la pregunta de fondo para saber si y cómo el derecho podría ser adaptado para cubrir mejor un ataque terrorista como el del 11 de septiembre de 2001 y la “guerra contra el terrorismo” que Estados Unidos desencadenó como reacción.

a. ¿Reglas para “humanizar” la “guerra” de Al Qaeda?

Ya vimos que los ataques terroristas están claramente prohibidos en la medida en que se aplica el derecho internacional humanitario. ¿Se podrían imaginar reglas de este derecho que se adaptasen a esta “nueva forma de guerra”? Para hacer esto, éstas deberían, como lo hace el derecho internacional humanitario tradicional, permitirle a los protagonistas alcanzar su objetivo, por lo tanto que Al Qaeda pueda atacar Estados Unidos, imponiéndole un mínimo de humanidad, evitando los sufrimientos “innecesarios” o “colaterales”. No creemos que este tipo de reglas pueda ser elaborado permaneciendo al mismo tiempo humanitarias. Si éstas previeran un mínimo de humanidad, es poco probable

¹²⁸ Ver para un panorama de los desarrollos recientes del derecho internacional humanitario y a principales preguntas planteadas, SANDOZ, Y., “El medio siglo de los Convenios de Ginebra”, 834 *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nro. 241, 1999.

¹²⁹ ROBERTS, G., “The New Rules for Waging War: The Case Against Ratification of Additional Protocol I” 26 *Virginia Journal of International Law*, nro. 109, 1985; SOFAER, A., “Agora: The US Decision not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims, The Rationale for the United States Decision”, 82 *American Journal of International Law*, nro. 784, 1988.

¹³⁰ SANDOZ, Y., “El medio siglo...”, cit., nota 128, ps. 251/253.

¹³¹ LEIGH, M., “The United States and the Statute of Rome”, 95 *American Journal of International Law*, nro. 124, 2001.

¹³² Res. 1373, CS, *loc. cit.*, nota 63, que establece un pequeño Código Penal para la lucha contra el terrorismo. Para algunas cuestiones referentes a esta extraña nueva forma de legislación, ver CONDORELLI, L. (ed.), “Les attentats...”, cit., nota 54, ps. 834/835.

que fueran aceptadas y todavía menos imaginable que fueran respetadas por dichos grupos. Una posibilidad de “adhesión” por parte de dichos grupos a estas reglas tendría además una reticencia por parte de los Estados que temen ciertamente que pueda dar un cierto estatuto y una cierta legitimidad a estos grupos. Es verdad que se podría imaginar un “código de conducta” aprobado por los Estados u organizaciones humanitarias para grupos de este tipo, pero es poco probable que estos últimos se sientan comprometidos por un documento de este tipo. Además, se crearía inevitablemente una nueva categoría, con un umbral de aplicación y un contenido diferentes de los que el derecho actual prevé para los conflictos internacionales y no internacionales, con todos los riesgos de abuso y todas las controversias de calificación que esto implica.

b. ¿El derecho internacional es inadecuado para la “guerra contra el terrorismo”?

La “guerra contra el terrorismo” debe traducirse sobre todo en la búsqueda, el juzgamiento y el castigo de los responsables, pero también en todo tipo de medidas de defensa social destinadas a erradicar las injusticias, desigualdades, pobreza, sufrimientos y frustraciones que constituyen un terreno fértil, y quizás incluso la causa, pero jamás una justificación, para actos terroristas. No es el derecho internacional humanitario, sino los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la persona los que se aplican y facilitan una defensa social de este tipo. Cabe destacar no obstante que un respeto escrupuloso del Convenio IV de Ginebra por parte de Israel en los territorios que ocupa sería ciertamente una contribución que agotaría las fuentes de las cuales se alimentan grupos tales como Al Qaeda.

Si la “guerra al terrorismo” tomara la forma de hostilidades con grupos armados organizados, como lo vimos, se aplicaría el derecho internacional humanitario. Si estos grupos controlan y representan, legítimamente o no, a un Estado, es precisamente el derecho de los conflictos armados internacionales el que debe ser respetado —por las dos partes. Nuestro análisis no reveló ninguna disposición del III o del IV Convenio de Ginebra que no pudiera ser respetada en una “guerra” de este tipo. El enemigo puede ser derrotado, los responsables llevados a la justicia, los terroristas detenidos y se puede garantizar la seguridad en Guantánamo. Después de analizar los diferentes argumentos prácticos contra un respeto total del III Convenio de Ginebra, sólo la obligación de otorgar adelantos de paga aparece como una consecuencia molesta de la aplicabilidad del mismo. Sin embargo, un gasto de ocho francos suizos por detenido y por mes nos parece un inconveniente menor en una guerra que cuesta mil millones de dólares americanos por mes.

c. ¿Cómo definir el campo de aplicación de nuevas reglas para la “guerra contra el terrorismo”?

Si quisierámos elaborar nuevas reglas para una nueva forma de guerra, sería necesario igualmente definir las situaciones a las que éstas se aplicarían. Según Estados Unidos, no es sólo la “guerra” contra Al Qaeda, sino también contra los talibanes la que se incluye en esta categoría. Estados Unidos anunció que no efectuaría distinción entre los terroristas y los que los albergan o los apoyan ¹³³. ¿Es esto igualmente verdadero para las reglas humanitarias que deberían ser aplicables? Se anuncia la continuación de la guerra contra Irak, Irán y Corea del Norte ¹³⁴. ¿Estos conflictos serán incluidos igualmente en las nuevas reglas? ¿O entonces se considerará que el régimen de Saddam Hussein es más legítimo que el de los talibanes? Es cierto que en los hechos el régimen iraquí no controla una parte superior del territorio iraquí que la que los talibanes controlaban del territorio afgano el 11 de septiembre de 2001. Y si la Rusia de Putin no se hubiese demostrativamente puesto de acuerdo con Estados Unidos después de esa fecha, sino que se hubiese opuesto a toda operación en Asia Central, ¿una guerra contra Rusia sería incluida igualmente en estas nuevas reglas? Evidentemente puede encontrarse una línea divisoria. Todavía debe ser aceptada, incluso por aquellos contra quienes la guerra se aplicará bajo las reglas revisadas. Las nuevas reglas que ofrecerán, en hipótesis, una protección menor a los prisioneros, ¿se aplicarán de los dos lados de una “guerra contra el terrorismo” o se propone abandonar el principio de igualdad de las partes beligerantes ante el derecho internacional humanitario? En este último caso, ¿quién cree que estas reglas serán respetadas por los que son calificados de “terroristas”?

d. ¿Qué nuevas reglas humanitarias para la “guerra contra el terrorismo”?

Una vez definido el dominio de aplicación del nuevo derecho, será necesario ponerse de acuerdo sobre su contenido. ¿Es necesario crear una brecha entre el III y el IV Convenio de Ginebra con una categoría de “combatientes ilegales” que se beneficiarían de menos garantías humanitarias? ¿Quién procedería a la calificación necesaria? ¿Cómo evitar que en adelante cada parte belige-

¹³³ Ver Public Law 107-40, 107th Congress, Joint Resolution to authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States, 18 de septiembre de 2001, SJ Res. 23, *on line*: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d107: SJ Res. 23> (fecha de acceso: 4 de febrero de 2002): “That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons”.

¹³⁴ Ver nota 1.

rante considere a su adversario como “terrorista” y califique a los prisioneros detenidos de “combatientes ilegales”? Los que corren el riesgo de volverse “combatientes ilegales” en las manos del enemigo, ¿respetarán todavía menos de lo que lo hacen actualmente el derecho internacional humanitario? ¿Quién quiere permitir la tortura para desmantelar redes terroristas? ¿Prohibir toda correspondencia entre “terroristas” y sus familias? ¿Deben volverse castigables los talibanes que luchan en Afganistán llevando sus armas abiertamente si atacan un tanque americano? ¿Es indispensable en la “guerra contra el terrorismo” que los civiles acusados de terrorismo puedan ser detenidos y juzgados en una isla del Caribe y no donde fueron arrestados durante la guerra?

Por supuesto que teóricamente los Estados pueden dar nuevas respuestas a todas las preguntas anteriores. Un nuevo conjunto de reglas de derecho internacional humanitario habría nacido. ¿Constituiría verdaderamente un progreso para todas las víctimas de los numerosos conflictos armados en el mundo o por lo menos para la mayoría de ellos? El nuevo derecho deberá inevitablemente aplicarse a todos los conflictos. En virtud de las dificultades de calificación, sería prácticamente imposible conservar las viejas reglas para los conflictos que no se encuadrarían en la categoría de “nuevos conflictos”. A imagen y semejanza de la sociedad de Estados a la que se aplica, el derecho internacional queda marcado por la descentralización, la coordinación y sobre todo *la autoaplicación* de las reglas. Algunos elementos precursores de un orden internacional de subordinación e institucionalización, como la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional no tienen el favor de Estados Unidos. Una resolución del Consejo de Seguridad que decida que un conflicto determinado se incluye en las nuevas reglas no impresionará mucho a la parte adversa. El Consejo de Seguridad debería además ser utilizado para decidir, legitimar y conducir la guerra contra el terrorismo, pero entonces sería parte y por lo tanto estaría mal localizado para emitir una calificación. En cuanto a la Corte Penal Internacional, ella sólo intervendrá después del conflicto, mientras que las reglas aplicables del derecho internacional humanitario deberían ser claras y respetadas *durante* el conflicto.

e. ¿Hay que esperar un mundo mejor antes de aprobar un derecho humanitario para las “acciones de policía internacional”?

Precisemos, para finalizar, que también deseamos ardientemente que un día pueda aprobarse un nuevo derecho internacional humanitario, completamente diferente del que conocemos, porque ese día corresponderá a la realidad de una sociedad internacional de doscientos Estados que se habrá transformado en una comunidad internacional de seis mil millones de seres humanos. Otros desearán, con el mismo espíritu, “el fin del derecho internacional humanita-

rio”¹³⁵. Ese día el mundo será regido por la primacía del derecho, dispondrá de una policía internacional que la ponga en práctica y los Estados (incluso Estados Unidos) ya no serán soberanos. Ese día la separación entre *jus ad bellum* y *jus in bello* ya no tendrá razón de ser y la igualdad de las partes beligerantes ante el derecho internacional humanitario finalmente podrá jubilarse y tomar su descanso bien merecido en la historia del derecho internacional. Las guerras se habrán transformado entonces efectivamente en acciones de aplicación de la ley, en las cuales será necesario prescribir *temperamenta belli*, restricciones que vayan mucho más allá de las del derecho internacional humanitario actual y que se dirigirán a la policía internacional¹³⁶. Como el derecho internacional de los derechos humanos prescribe actualmente para las operaciones de policía, el uso de la fuerza deberá ser proporcional y una medida subsidiaria incluso respecto de los que toman parte en las hostilidades y que se podrán calificar como “criminales internacionales”. Es verdad que estos últimos ya no podrán estar sujetos a las mismas reglas (o incluso a cualquier regla). Como en los derechos internos, ya no habrá reglas que establezcan cómo los que se oponen a la policía pueden luchar contra ella. Es evidente que ese día el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra ya no tendrá razón de ser. Todos los que se opongan a la legalidad internacional serán “combatientes ilegales” que deberán hacer frente a la justicia.

Todavía estamos bastante lejos de este nuevo mundo que exige un nuevo derecho internacional humanitario. El que suscribe estas líneas se pregunta si incluso no nos alejamos de ese mundo mejor a partir del 11 de septiembre de 2001. En efecto, ese mundo necesitará instituciones fuertes y creíbles y sólo podrá tolerar el unilateralismo, la autoprotección y la legítima defensa como último recurso. Ahora bien, independientemente del hecho de saber si Estados Unidos podía invocar la legítima defensa contra un actor no estatal y para justificar una operación militar contra Estados que albergan a ese actor¹³⁷, lamen-

¹³⁵ SANDOZ, Y., “El medio siglo...”, cit., nota 128, ps. 258/259.

¹³⁶ Para Grocio, las restricciones de los *temperamenta belli* se dirigían, igualmente, únicamente a la parte que llevaba a cabo una guerra justa, y no a su enemigo, ver HAGGENMACHER, P., *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Presses Universitaires de France, Paris, 1983, en particular ps. 597/605.

¹³⁷ Ver sobre este tema algunas reflexiones de CONDORELLI, L. (ed.), “Les attentats...”, cit., nota 54, ps. 838/839; comentarios críticos en un debate en el sitio de Internet del *European Journal of International Law*, on line: http://www.ejil.org/forum_WTC/index.html (fecha de acceso: 5 de febrero de 2002), en el que participaron los profesores A. Pellet, P.-M. Dupuy, G. Gaja y A. Cassese; ver también CHARNEY, J. I., “The Use of Force Against Terrorism and International Law, Editorial Comment”, 95 *American Journal of International Law*, nro. 835, 2001, p. 836; CASSESE, cit., ps. 995/999. En la doctrina anterior ver las opiniones restrictivas de CASSESE, A., “Article 51”, en COT, J. P. - PELLET, A., *La Charte des Nations Unies*, 2ª ed., Économica, Paris, 1991, ps. 771 y 780/784; SCHACHTER, O., *International Law...*, cit., nota 50, ps. 164/169; HENKIN, L., “General Course...”, cit., nota 61, ps. 161/162. Para una defensa de la legalidad de las acciones americanas, ver REISMAN, W. M., “In Defense of World Public Order, Editorial Comment”, *ibid.*, ps. 833/835. y FRANCK, T. M., “Terrorism and the Right of Self-Defense, Editorial Comment”, *ibid.*, ps. 839/843.

tamos que Estados Unidos haya preferido esta vía unilateral a la vía institucional de medidas contra amenazas a la paz y la seguridad internacional, decididas por el Consejo de Seguridad. Esto es tanto más lamentable cuanto que Estados Unidos tiene manos libres en este órgano y hubiera podido tomar todas las medidas efectivamente tomadas hasta el fin de enero de 2002 a título de respuesta institucional de las Naciones Unidas (o con una autorización de las Naciones Unidas)¹³⁸. Las Naciones Unidas y su Consejo de Seguridad en particular pueden, desde luego, ser criticados en partes iguales. Su composición, reglamentación jurídica, práctica selectiva y debilidad, están lejos de lo que se desearía de un órgano que debe hacer prevalecer la primacía del derecho internacional. Sin embargo, se trata del único embrión frágil que representa a la comunidad internacional institucionalizada del que disponemos. Incluso Estados Unidos, única superpotencia, tendría interés en reforzar la credibilidad de estas instituciones en lugar de tramar, sin necesidad real, que éstas no tienen una importancia verdadera en el ámbito para el cual fueron creadas: conservar la paz¹³⁹.

Esperando este mundo mejor, que algunos temen que se aleje, conservemos el derecho internacional humanitario, el cual está adaptado a las realidades del mundo actual. A pesar de los comienzos frágiles de institucionalización a través de las Naciones Unidas, nuestro mundo todavía está constituido por una sociedad de Estados soberanos e iguales. El derecho internacional humanitario actual que trata a las partes beligerantes de un conflicto internacional en un pie de igualdad y prevé el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra (exigiendo el castigo de aquellos que cometen crímenes) corresponde a esta realidad.

VI. CONCLUSIÓN

No estamos preocupados respecto del trato de las personas detenidas en Guantánamo. Estamos seguros de que Estados Unidos los trata humanamente y que el CICR está presente para verificarlo. Otros, en especial las personas detenidas en el conflicto entre fuerzas afganas, a las cuales no se les aplica el derecho de los conflictos armados internacionales, corren sin duda riesgos bastante mayores a este respecto. Nuestra preocupación es la supervivencia del

¹³⁸ Siguiendo las constataciones de CONDORELLI, L. (ed.), "Les attentats...", cit., nota 54, las diferentes resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad desde el 11 de septiembre de 2001 (ver en particular la Res. 1368, CS, 4370ª Sesión, Doc. NU S/RES/1368 [2001] y la Res. 1373, *loc. cit.*, nota 63 y los debates en la Asamblea General y en el Consejo de Seguridad) pueden ser considerados como expresando una *opinio juris* de los Estados sobre la admisibilidad de la invocación de la legítima defensa por los Estados Unidos. En este sentido ver, CASSESE, A., "Article 51", cit., nota 137, ps. 996/997. Sin embargo, esta actitud casi general de los otros Estados no modifica la naturaleza unilateral y no institucional de la reacción americana.

¹³⁹ Ver en este sentido, PELLET, A., "Malaise dans la guerre: à quoi sert l'ONU?", *Le Monde*, 15 de diciembre de 2001, y CHARNEY, J. I., "The Use of Force...", cit., nota 137, ps. 836/839.

derecho internacional humanitario y por lo tanto el trato de las víctimas de los conflictos futuros. ¿Es esto “transformarse en los defensores de los terroristas”?¹⁴⁰ ¿Formamos parte de “bolsones aislados *de hiperventilación internacional*”?¹⁴¹. Si un Estado de Derecho como Estados Unidos invocara ampliamente argumentos relacionados con la legitimidad de su lucha para calificar a sus enemigos como “combatientes ilegales”, se crearía un precedente peligroso. Por lo tanto nosotros nos alegramos con la decisión del presidente de Estados Unidos del 7 de febrero de 2002 que reconoce la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. Canadá, comprometido al lado de Estados Unidos, tenía derecho a recordarle sus obligaciones en ese sentido, en virtud del derecho internacional humanitario. De esta forma Canadá cumplió, en primer lugar, con su obligación, prevista en el art. 1, común a los cuatro Convenios de Ginebra, de no sólo respetar, sino también “hacer respetar” estos Convenios “en cualquier circunstancia”¹⁴². En segundo lugar, un llamamiento de este tipo le interesaba a los soldados canadienses, ya que ellos también tienen todo el interés en que ningún enemigo pueda jamás calificarlos como “combatientes ilegales” para privarlos de ciertas protecciones. En tercer lugar, cuando personas protegidas por el Convenio III caen en poder de las fuerzas canadienses desplegadas en Afganistán, Canadá es responsable por su trato. Sólo puede transferirlos a Estados Unidos después de haberse asegurado de que éste “desea e incluso quiere aplicar el Convenio”¹⁴³.

Esperamos que al momento en que estas líneas sean publicadas, Estados Unidos haya igualmente medido las consecuencias, descritas en este artículo, de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. Para las personas detenidas en Guantánamo y que cayeron en poder de Estados Unidos en Afganistán, la aplicabilidad del derecho internacional humanitario implica que deben ser recono-

¹⁴⁰ Como el primer ministro canadiense Chrétien le reprochó, el 6 de febrero de 2002 en la Cámara de Diputados, a los diputados del Bloque de Québec que hacían preguntas sobre el estatuto y el destino de las personas capturadas por las fuerzas canadienses en Afganistán (ver CORNELLIER, M., “Le Bloc défend les terroristes, dit Chrétien”. *Le Devoir*, 7 de febrero de 2002, ps. 1 y 8).

¹⁴¹ El secretario de Defensa D. Rumsfeld habló en una conferencia de prensa del 8 de febrero de 2002, de “isolated pockets of international hyperventilation”.

¹⁴² CONDORELLI, L. - BOISSON, L., “De Chazournes, “Quelques remarques à propos de l’obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire en toutes circonstances”, *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC. The Hague. Martinus Nijhoff Publishers, 1984, ps. 17/35; CONDORELLI, L. - BOISSON DE CHAZOURNES, L., “Nueva interpretación del art. 1, común a los Convenio de Ginebra: protección de los intereses colectivos”, *837 Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2000, ps. 67/87; LEVRAT, N., “Les conséquences de l’engagement pris par le HPC de ‘faire respecter’ les conventions humanitaires”, en KALSHOVEN, F. - SANDOZ, Y. (dir.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, ps. 263/296; PALWANKAR, U., “Medidas que pueden tomar los Estados para cumplir su obligación de hacer respetar el derecho internacional humanitario”, *805 Revue Internationale de la Croix-Rouge*, nro. 11, 1994.

¹⁴³ Art. 12 (2), Convenio III.

cidas como prisioneros de guerra o bien que de acuerdo con el comportamiento de cada una de ellas al momento de su captura deben hacerlas aparecer, frente a un tribunal instituido por Estados Unidos, como no teniendo derecho al estatus de prisionero de guerra. Entonces estarán protegidas por el Convenio IV de Ginebra y deberán estar detenidas en Afganistán. En ambos casos, la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a la “guerra contra el terrorismo” sería reafirmada y las voces que reclaman una revisión del derecho a este efecto serán relegadas al olvido. Este derecho se aplica a esta “guerra”. No impide, como ya vimos, continuarla. Algunos pensarán que su respeto facilitará la victoria, dado que le mostrará al enemigo y sobre todo a sus simpatizantes potenciales la naturaleza verdadera de las sociedades occidentales. La primacía del derecho se manifiesta siempre por el hecho de que ésta se aplica sobre todo y especialmente en la lucha contra aquellos que se le oponen. Nosotros comprendemos que para las víctimas de los ataques del 11 de septiembre de 2001 la idea de que los soldados americanos y los talibanes son iguales ante el derecho internacional humanitario es chocante. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, la separación estricta entre *jus ad bellum* y *jus in bello* y la igualdad de las partes beligerantes ante el derecho internacional humanitario sigue siendo la piedra angular de esta rama ante las realidades de nuestro mundo, y su única posibilidad de supervivencia.