

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