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 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 humanitario⁷². 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 irregulares⁷³. 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 guerra⁷⁴.

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 talibanes⁷⁵ 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 Inzar 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.