



El concepto de combatiente: de La Haya a Guantánamo (II)

Romualdo Bermejo

Análisis n° 7584

8 de marzo de 2010

1. 11S. Las comisiones militares y los talibanes

La guerra contra el terrorismo que se desencadenó tras los atentados del 11-S no fue sólo militar. **Dentro de los Estados Unidos se desató en los medios de comunicación y científicos grandes controversias sobre cómo actuar contra los talibanes y los terroristas de Al-Qaida una vez que fueran detenidos**¹. Así las cosas, no es de extrañar que el 13 de noviembre de 2001, es decir el mismo día que las tropas de la Alianza del Norte entraban en Kabul, el Presidente Bush adoptó una Orden Militar, titulada “**Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism**”, en la que se prevé el establecimiento de Comisiones Militares para juzgar a los terroristas² por violaciones del Derecho Interna-

cional Humanitario y otras normas aplicables³. Orden que no es aplicable a los ciudadanos de los Estados Unidos⁴ contempla, la posibilidad de que los individuos acusados puedan ser condenados a cadena perpetua e incluso a la pena capital⁵.

Como se puede comprobar el alcance *ratione personae* de la Orden es muy amplio al aplicarse a cualquier ciudadano, excepto si es estadounidense, respecto al cual el Presidente determine que existe razón para creer que es o ha sido miembro de la organización Al-Qaida, que haya participado directa o indirectamente (ayudando, conspirando o preparando) en actos de terrorismo internacional que hayan causado o puedan causar perjuicios a los Estados Unidos, a sus nacionales o a sus intereses⁶. Asimismo, conviene destacar que la Orden parte de la premisa

de que los ataques terroristas llevados a cabo dentro y fuera de los Estados Unidos son de tal dimensión que han creado un estado de "conflicto armado que requiere el uso de las fuerzas armadas de los Estados Unidos"⁷. Así las cosas, todo parece indicar, como señala J. Fitzpatrick que:

*"the Military Order of November 13 appears to rest on a perception that the current terrorist emergency is legally of a war like character, and not simply a danger to national security or suitable grounds for military involvement in law enforcement"*⁸.

En realidad, **el espíritu que subyace en esta Orden del Presidente Bush es similar al que existió en 1942 en el caso de los saboteadores alemanes, juzgado por la Corte Suprema de los Estados Unidos**⁹. Se trataba de siete ciudadanos alemanes, que habían vivido en los Estados Unidos, pero que regresaron a Alemania entre 1933 y 1941. Una vez que se declararon la guerra los Estados Unidos y la Alemania del tercer Reich, estos ciudadanos recibieron entrenamiento en explosivos, y en otras materias, en una escuela de sabotaje cerca de Berlín. Después, fueron embarcados en dos submarinos y llevados a los Estados Unidos, desembarcando hacia el 15 de junio de 1942 en las costas de Florida con el fin de cometer diferentes actos de sabotaje en los Estados Unidos. Capturados, el Presidente de los Estados Unidos, Roosevelt, en tanto que Presidente y Comandante en Jefe del Ejército y la Marina adoptó, el 2 de julio de 1942, una Orden en la que se

preveía el establecimiento de una Comisión Militar para juzgarles por violaciones del derecho de la guerra (*laws of war*). Condenados a muerte por la Comisión (Tribunal) Militar, fueron ejecutados, una vez que la Corte Suprema rechazara el *habeas corpus* que habían solicitado. A este respecto, la Corte hizo una neta distinción en el asunto *Quirin* entre combatientes regulares (*lawful combatants*) e irregulares (*unlawful combatants*), al señalar lo siguiente:

*By universal agreement and practice the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful...or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals"*¹⁰.

Desde esta perspectiva, la Orden parece ser bastante expeditiva. No hay que olvidar nunca el choque que supuso para la sociedad estadounidense el 11-S. Pero **la Orden Presidencial se impone unos límites en la guerra antiterrorista y recoge en la Sección 3 unos derechos**

para los detenidos, como que deben estar en un lugar de detención apropiado, tratados humanamente (sin distinciones basadas en la raza, color, religión, género, nacimiento, riqueza, etc), alimentación y trato médico adecuados, y garantizando el ejercicio de la libertad de religión, libertad esta última que no practican muchos de los que han sido detenidos. No todo vale en la lucha contra el terrorismo y la Orden Presidencial es consciente de ello, pero la retórica hay que dejarla en las aulas. La Orden prevé igualmente todo un procedimiento para las Comisiones Militares que juzguen a los detenidos, proceso que debe garantizar “*a full and fair trial*”¹¹.

Un elemento importante que conviene destacar es que **la Orden Presidencial no otorga a los detenidos ningún derecho de recurso ante los tribunales estadounidenses, ante los tribunales de cualquier otro Estado, ni ante algún tribunal internacional**¹². Si esto ocurriera, el poder de las Comisiones Militares se vería seriamente mermado. **No existe pues ninguna posibilidad de poder invocar el *habeas corpus***¹³.

A este respecto, conviene resaltar que el procedimiento de la Orden Presidencial fue desarrollado considerablemente por las **reglas aprobadas por el Departamento de Defensa el 21 de marzo de 2002**¹⁴. En estas normas se recogen los procedimientos para establecer las Comisiones Militares, su ámbito de competencia, la composición de las mismas, así como diversas disposiciones relacionadas con las pruebas,

las garantías jurídicas ofrecidas a los acusados, el proceso de revisión de la sentencia y las condiciones para poder pronunciar una condena y dictar la sentencia. En este último aspecto, conviene resaltar que si en la Orden Presidencial del 13 de noviembre de 2001 bastaba una mayoría de dos tercios para imponer la pena de muerte¹⁵, en las normas del Departamento de Defensa de 21 de marzo de 2002 se requiere la unanimidad de todos los miembros de la Comisión¹⁶. Otro elemento novedoso introducido por el Departamento de Defensa es que recoge la posibilidad de establecer un *panel de revisión*¹⁷, compuesto de tres miembros. No se trata, sin embargo, de una especie de órgano de apelación, pues la Orden Presidencial excluía esta posibilidad. Lo que puede hacer el panel en un plazo de treinta días de reenviar el caso al Secretario de Defensa con una *recomendación* o devolverlo a la Autoridad pertinente para que prosigan las investigaciones.

En nuestra opinión, **las normas recogidas por el Departamento de Defensa recogen la mayoría de las garantías procesales que se consideran esenciales, aunque con algunas pequeñas limitaciones**, debido sobre todo a las características de las Comisiones Militares y de los propios acusados. Esto es lo que se deduce del apartado 6 de las citadas normas en donde se recoge expresamente, como ya hacía la Orden Presidencial, que la Comisión deberá garantizar “*a full and fair trial*”. Desde esta óptica, se garantiza la presunción de inocencia, el princi-

pio de que la culpabilidad debe demostrarse más allá de cualquier duda razonable, el derecho a no declarar en contra de sí mismo etc. Se admite sin embargo, la admisión de pruebas indirectas o de segunda mano con el fin de acelerar el proceso, algo que no ocurre en las jurisdicciones ordinarias¹⁸.

Ya se sabe que no todo el mundo está de acuerdo con el establecimiento de las Comisiones Militares¹⁹, pero lo importante es ver si pueden ser eficaces, respetando por supuesto los derechos de los acusados, tomando en consideración la gravedad de los hechos que se les imputan. Es más, en algunas ocasiones pueden presentar ventajas reales respecto a otras alternativas²⁰, por lo que no conviene excluirlas de oficio, partiendo de la premisa de que como son “militares”, estas serán incapaces de dar a los acusados un proceso justo. **Los militares de un Estado democrático no pueden ser sospechosos de no respetar los derechos de los acusados, porque serán en teoría tan democráticos como los jueces de la jurisdicción ordinaria.**

2. La solución de Guantánamo

Así las cosas, pronto los Estados Unidos tuvieron que hacer frente a la cuestión del estatuto jurídico que debían dar a los talibanes o miembros de Al-Qaida capturados en la compañía militar de Afganistán. En realidad, la cuestión de la aplicación o no del tercer Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra fue evocado

antes de empezar a transferirlos a la base de Guantánamo²¹, ya que **la cuestión se suscitó en relación con el trato que había que otorgar a los detenidos en el aeropuerto de Kandahar**, quienes estaban precisamente bajo la autoridad y control de las fuerzas estadounidenses. Fue precisamente aquí en donde se llevó a cabo la investigación y la selección de los detenidos acusados de mantener vínculos con la organización Al-Qaida para transferirlos después a Guantánamo. Y fue también en Kandahar en donde algunos periodistas y algunas organizaciones no gubernamentales hicieron público algunos malos tratos, como que llevaban la ojos vendados, esposados en pies y manos, y retenidos en un almacén iluminado día y noche con potentes lámparas de halógeno.

Hay que reconocer **que los Estados Unidos empezaron muy pronto a considerar su particular guerra contra el terrorismo siguiendo tres principales directrices: la primera estaría destinada a proteger al país y a sus ciudadanos llevando a cabo operaciones militares eficaces con el fin además de *prevenir* futuros ataques terroristas²²; la segunda es complementaria de ésta, ya que para ello era necesario *detener y juzgar* a los individuos acusados de cometer tales actos por violaciones de las leyes de la guerra y otras normas aplicables (*laws of the war and other applicable laws*); y la tercera es que los detenidos por estas violaciones debían ser juzgados por *tribunales militares*.** Esto es lo que se desprende de la sección 1, de la Orden del Presidente Bush de 13 de noviembre ya citada.

Desde esta perspectiva, varias hubieran sido las alternativas que hubieran podido elegir las autoridades estadounidenses para obtener la información pertinente y juzgar, llegado el caso, a los acusados de cometer actos terroristas, pero se da la casualidad de que no ha sido ni Afganistán, en donde se han llevado a cabo hasta el momento las operaciones armadas antiterroristas, ni los Estados Unidos, el territorio elegido, sino que ha sido la base militar de Guantánamo en la Isla de Cuba, territorio bajo control estadounidense desde que en 1903 consiguieran que se la cedieran en *alquilex* a perpetuidad. **Este territorio no es por lo tanto territorio que esté bajo la jurisdicción estadounidense**²³. Se puede hacer toda clase de cábalas sobre las razones que llevaron a los Estados Unidos a llevar allí a ciertos detenidos, talibanes y de Al-Qaida, acusados de terrorismo, pero lo cierto es que los primeros llegaron el 11 de enero de 2002, como ya hemos apuntado, incrementándose rápidamente el número hasta llegar en una semana a 110. No obstante, pronto se notó la falta de espacio de forma que cuando llegaron a 158, se suspendió el transporte, reanudándose después una vez que se establecieron nuevas plazas²⁴. A finales de agosto de 2002 había unos 625 detenidos, aproximadamente, aunque la Base fue preparada para albergar a más de 2000 detenidos acusados de ser miembros de las milicias talibanes y de Al-Qaida²⁵.

3. Guantánamo: ¿prisioneros de guerra o no?

La cuestión del estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo pronto suscitó vivas polémicas, muchos de los cuales se centraban más en aspectos políticos que jurídicos. Los recelos hacia la Gran Potencia estaban a flor de piel, a pesar de los atentados del 11-S, recelos que en algunos casos, todo hay que decirlo, pueden estar justificados, pero que en otros parece que salen de un auténtico cuento de hadas, al tratar a las autoridades estadounidenses como si fueran auténticos sátrapas.

Hay que reconocer que en esta guerra contra el terrorismo están sucediendo acontecimientos que no dejan de causar una cierta extrañeza, aunque algunos de ellos sean premeditados, como puede ser el caso de los detenidos en Guantánamo. Es obvio que razones de seguridad están detrás de todo esto, ya que se trata de desentrañar unas redes terroristas con un alcance internacional y transnacional evidente cuya potencialidad de destrucción ha sido puesta de manifiesto con los ataques del 11-S. No conviene nunca ignorar estas raíces del problema si no queremos andar por las ramas. No obstante, lo cierto es que uno puede dudar de que lo que se ha hecho o se está haciendo en Guantánamo pueda servir para algo, aunque habrá que ser prudente, porque quedan todavía muchas facetas que son desconocidas.

Así las cosas, lo cierto es que también hay que comprender las profundas preocupaciones que esta situación ha suscitado, preocupacio-

nes que se han acentuado precisamente por el mero hecho de tenerlos como detenidos en un lugar que no es estadounidense, pero que se encuentra bajo la jurisdicción extraterritorial de los Estados Unidos como si se tratara de un “*mo man’s land*” jurídico²⁶. Pero también hay que reconocer que estas preocupaciones se han extendido también al ámbito humanitario, ya que lo que algunas de las actuaciones que se llevaron a cabo con estos detenidos, sobre todo al principio, no puede considerarse como de uso común. Por lo tanto, **todo parece extraño en esta guerra: los objetivos, los métodos, los combatientes y los prisioneros.** Hay que reconocer sin embargo que poco a poco se va aclarando algo en la práctica, aunque la calificación jurídica sigue siendo problemática. En estas circunstancias, no es extraño pues que algunas ONG, como Amnistía Internacional o *Human Rights Watch*, expresaran públicamente su preocupación al Secretario de Estado de Defensa, la primera, y a la Consejera de Defensa, Condoleezza Rice, la segunda, por la falta de garantía de ciertos derechos humanos²⁷.

En realidad, para poder tratar la cuestión del estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo, hay que partir de la premisa de que **el trato que se tiene que otorgar a los combatientes irregulares nunca se ha resuelto de forma satisfactoria hasta el momento.** Esto se debe en gran parte a que, como señala la Profesora Pozo Serrano, las nociones de “combatiente legítimo” e “ilegítimo”, aunque son usadas por la doc-

trina, no aparecen definidos expresamente en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario²⁸. En realidad, la definición legal de combatiente aparece por primera vez en los artículos 43 y 44 del Protocolo Adicional I de Ginebra²⁹, instrumento que no vincula ni a los Estados Unidos ni a Afganistán.

Dicho esto, hay que resaltar que el artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra recoge sin embargo una serie de requisitos en relación con los combatientes que se presumen cuando se trata de los miembros de las fuerzas armadas regulares, y que se exigen, por el contrario, de forma expresa cuando se trata de milicias, de cuerpos de voluntarios o de movimientos de resistencia organizados, siendo en este último caso de dos tipos: los de orden colectivo, que son la existencia de un mando responsable y dirigir las operaciones de conformidad con las leyes de la guerra, y los de orden individual, es decir, tienen un signo distintivo fijo y reconocible a distancia y llevar las armas a la vista, aspectos estos últimos que les permite distinguirse de la población civil con el fin de no poner en peligro la seguridad de ésta que podría ser confundida con esos grupos de resistencia o fuerzas irregulares³⁰.

Conviene destacar, además, que no todos los prisioneros de guerra son combatientes, pues existen determinadas categorías de personas civiles, que sin ser combatientes tienen el estatuto de prisionero de guerra. Tal es el caso de las personas civiles que

siguen a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas, las tripulaciones de la marina mercante y de la aviación civil, la población civil de un territorio *no ocupado* que, al acercarse el enemigo, toma espontáneamente las urnas para combatir a las tropas invasoras si llevan las armas abiertamente y respeta las leyes y costumbres de la guerra, o los corresponsales de guerra, etc. **Por lo tanto, todo “combatiente” tiene el estatuto de prisionero de guerra, pero no todos los prisioneros de guerra son combatientes**³¹. Además, el estatuto de prisionero de guerra sólo es aplicable en los conflictos armados internacionales, sin que exista tal figura en el caso de conflictos armados no internacionales.

Hechas estas consideraciones, hay que reconocer que el tema de los detenidos en Guantánamo ha sido abordado por las autoridades estadounidenses siguiendo los pasos que dio la Corte Suprema de este país en el ya citado asunto *Quirin* de 27 de junio de 1942. **No es extraño pues que se haya adoptado en relación con los detenidos en Guantánamo una actitud represiva por un lado, y preventiva por otro.** Represiva dado que se trataba de poder juzgar a personas que podían haber colaborado de una manera o de otra con los autores de los atentados del 11-S. Y preventiva, ya que se trataba de personas peligrosas vinculadas a la organización Al-Qaida o a los talibanes que podían preparar u organizar nuevas acciones terroristas. Esto no es ninguna improvisación, ya que está recogido en la Orden

Presidencial³². Sin embargo, nada impediría al fin y al cabo que a pesar de ser internados en Guantánamo, pudieran disfrutar del estatuto de prisionero de guerra según el III Convenio de Ginebra³³. Si esto fuera así, el problema estaría resuelto, lo que ocurre es que **las autoridades estadounidenses consideran que estas disposiciones del III Convenio de Ginebra no son aplicables a los detenidos de Guantánamo, porque no les consideran como personas especialmente protegidas por los Convenios de Ginebra. Esto implica que no se les considera ni como prisioneros de guerra, ni como personas civiles protegidas por el IV convenio de Ginebra³⁴, ni como inculpados que estén en prisión preventiva, esperando un proceso judicial.** Son pura y simplemente personas acusadas de pertenecer a una organización terrorista. Esto choca con ciertas tesis defendidas por el CICR en su Comunicado de 9 de febrero de 2002³⁵, aunque estas divergencias se mitigarían posteriormente después de haber visitado los delegados de la institución de Ginebra a los propios detenidos.

Así las cosas, lo cierto es que los detenidos en Guantánamo se encuentran plenamente sometidos a las autoridades militares americanas, algo que concuerda con lo previsto en el artículo 82 del III Convenio. Sin embargo, no existe ningún otro rasgo que demuestre la aplicación de dicho Convenio³⁶, aunque hubo alguna aproximación entre las tesis del CICR y las de las autoridades estadounidenses. Siguiendo este hilo conductor se hubiera podido pensar que estas divergencias

hubieran podido sembrar ciertas dudas en las autoridades estadounidenses que hubieran podido dar cabida a la aplicación del artículo 5 del III Convenio que recoge que “si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4... dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”. No obstante ¿quién invoca la duda y quién decide que esta existe?. El III Convenio no dice nada al respecto y, por lo tanto, nada impide que sea la propia Potencia detenedora la que, actuando dentro de una discrecionalidad razonable, decida otorgar o denegar el estatuto de prisionero de guerra según las informaciones de las que dispongan³⁷. Así pues, **se podrá confiar o no a las autoridades estadounidenses³⁸, pero todo parece apuntar que sí que se habrían preocupado de obtener información del Departamento de Justicia, de la CIA, etc., para determinar quiénes eran los detenidos y qué estatuto habría que otorgarles³⁹**. Por otro lado, conviene resaltar que el recurso a un tribunal competente para dilucidar esta clase de cuestiones no ha sido, en general, muy utilizado, aunque es cierto que los propios Estados Unidos recurrieron a ello en la Guerra de Vietnam y en la del Golfo⁴⁰, guerras que o bien se desarrollaron en otros tiempos (Vietnam) o en otras condiciones completamente distintas, como la del Golfo. No obstante, si una Parte contratante hubiera considerado que esto implicaba una violación del III Convenio, siempre hubieran podido

recurrir al artículo 132 para dirimir la controversia, algo que evidentemente no ha ocurrido⁴¹. Y es que una cosa parece obvia y es la siguiente: **Si algunos Estados critican las medidas adoptadas por las autoridades estadounidenses, y las consideran como que violan el III Convenio ¿por qué no han recurrido al artículo 132?. Quizás esto no se haya hecho, no sólo porque se trata de los Estados Unidos, sino también porque se es consciente de que el Derecho Internacional Humanitario puede presentar ciertas lagunas a la hora de llevar a cabo la guerra contra el terrorismo, lo que podría interpretarse como que la guerra contra Al-Qaida está configurando nuevas normas consuetudinarias en la materia**. Desde esta perspectiva, la Orden Presidencial de 13 de noviembre podría empezar a ser considerada como la premisa de una aún indeterminada costumbre instantánea⁴², aunque todo esto habría que probarlo.

Y es que, como señala Ph. Weckel, todo parece indicar que el rechazo a considerar a los detenidos en Guantánamo como prisioneros de guerra traduce la convicción de que los conceptos “clásicos” como el de milicia armada serían inadecuados en la guerra contra el terrorismo⁴³. Algo de esto ya hemos apuntado anteriormente, pero venimos sobre ello porque hay que insistir sobre el hecho de **que ni su organización, ni su funcionamiento, ni su naturaleza internacional son fácilmente compatibles con el concepto de milicias armadas a las que se refieren los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario**. Esto parece

obvio, ya que una de las prioridades de Al-Qaida es la de confundirse con la población civil. Cuestión distinta es saber si esto ha sido lo que ha ocurrido realmente en el caso de Afganistán o no, porque ya se sabe que los vínculos con el Gobierno talibán eran muy estrechos, por lo menos en lo que a algunos grupos de la organización terrorista se refiere.

Así las cosas, **lo cierto es que en algunas ocasiones, la administración estadounidense ha caído en alguna que otra contradicción, o al menos ha faltado de precisión.** Algo de esto se vislumbra cuando se analiza la Nota de Prensa de 7 de febrero de 2002⁴⁴, sobre el estatuto de los detenidos en Guantánamo. En efecto, en esta nota de prensa se recoge expresamente que los detenidos están recibiendo y continuarán recibiendo un trato humanitario, de conformidad con los principios del III Convenio de Ginebra. Esto no quiere decir, sin embargo, que se esté aplicando a los detenidos el III Convenio de Ginebra de una forma completa ya que la nota establece una distinción neta entre los detenidos talibanes y los que pertenecen a Al-Qaida, de forma que el III Convenio sólo se aplica a los primeros y no a los segundos, a los que considera como que forman parte de un grupo extranjero terrorista y, como tales, sus miembros no pueden invocar el estatuto de prisionero de guerra.

4. Dudas y complicaciones

Hasta aquí todo parece ir por unos derroteros lógicos. Sin embargo, la cosa se complica en el texto siguiente:

“Although we never recognized the Taliban as the legitimate Afghan government, Afghanistan is a party to the Convention, and the President has determined that the Taliban are covered by the Convention. Under the terms of the Geneva Convention, however, the Taliban detainees do not qualify as POWs”.

El párrafo reproducido suscita cuestiones de gran calado. En efecto, **si Afganistán es parte en el Convenio, el Presidente Bush, por mucho que fuese el Presidente de los Estados Unidos de América, no era quien para “determinar” que los talibanes están cubiertos por el Convenio, porque lo estarán o no según las circunstancias.** No obstante, luego se expresa la idea de que tomando en consideración los términos del Convenio, los talibanes detenidos no pueden ser considerados como prisioneros de guerra⁴⁵, sin dar más explicaciones. ¿Quiere esto decir que los talibanes detenidos en Guantánamo no pueden ser prisioneros de guerra porque no eran combatientes de las fuerzas talibanes, sino otra cosa?⁴⁶. Todo es posible, pero esto habría que decirlo. ¿Quiere decir que los talibanes detenidos, a pesar de que formaran parte de las fuerzas armadas, no pueden ser prisioneros de guerra, porque no dirigían sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra? Pues si se trata de una nota de prensa también tendría que decirlo.

Respecto a esta última cuestión, conviene resaltar que la tesis defendida por algunos en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario según la cual, el hecho de que un miembro de las fuerzas armadas haya violado las leyes de la guerra no impide que pueda ser considerado como prisionero de guerra, está lejos de alcanzar la unanimidad. Y es que esta tesis, que se aplica a las milicias y a los cuerpos de voluntarios que forman parte de las fuerzas armadas⁴⁷, aunque tiene ciertos límites (obviamente, en determinados casos esas violaciones conllevan la pérdida del derecho a obtener dicho estatuto), no deja de tener ciertos riesgos. Que un miembro de las fuerzas armadas, a pesar de violar las normas de Derecho Internacional Humanitario pueda invocar el estatuto de prisionero de guerra, no parece tener un efecto precisamente disuasorio para los potenciales transgresores. Así las cosas, todo parece indicar que **muchos miembros de las fuerzas talibanes se han destacado por violar gravemente esas normas. ¿Habría no obstante que otorgarles el estatuto de prisionero de guerra? En nuestra opinión, no siempre.** Dilucidar esta cuestión implicaría un minucioso examen de su responsabilidad en los hechos, el cargo que ocupaban en tales fuerzas, etc. Si a esto añadimos el hecho, que es muy posible, de que algunos talibanes hayan sido detenidos fuera de combate sin que de forma visible y creíble pudieran considerarse como pertenecientes a las fuerzas armadas, el debate está servido, y las cábalas también. Sin embargo, **los talibanes que hayan**

sido hechos prisioneros en combate o pertenezcan a las fuerzas armadas del gobierno y hayan respetado las normas humanitarias, indiscutiblemente tendrán derecho al estatuto de prisionero de guerra⁴⁸. En cuanto al estatuto de los detenidos que sean miembros del Al-Qaeda hay que dilucidar previamente las cuestiones siguientes. Si los detenidos combatieron formando parte integrante de las fuerzas armadas talibanes, tendrían derecho al estatuto de prisioneros de guerra tal y como prevé el artículo 4.A.1 del III Convenio de Ginebra. También lo tendrían si hubieran participado en cuanto miembros de las milicias, de Al-Qaeda o de otros cuerpos de voluntarios, siempre que hubieran respetado las cuatro condiciones requeridas en el artículo 4.A.2.

Pero, he aquí el *quid* de la cuestión, **¿se puede pensar que si estos detenidos son hechos prisioneros en combate, siguiendo lo dispuesto en las precitadas disposiciones, los Estados Unidos no los hubieran considerado como prisioneros de guerra? Personalmente tengo muchas dudas y me inclino a pensar que no tenían esos requisitos.** Cuesta mucho pensar que los miembros de una organización terrorista como Al-Qaeda puedan beneficiarse del estatuto de prisionero de guerra pretendiendo que cumplan los cuatro requisitos del artículo 4.A.2, en particular el último que exige “dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra”⁴⁹. La complejidad de la situación y el caos que reinaba en el Afganistán de los talibanes no debe impedir ver con obje-

tividad la situación del país. Aplicar los Convenios de Ginebra en ese contexto no sólo es difícil sino que requiere todo un alarde de imaginación. La mayoría de los detenidos en Guantánamo no han sido capturados en combate ni se han rendido a las fuerzas enemigas en tanto que combatientes. A pesar de esto, ¿hay

que otorgarles el estatuto de prisioneros de guerra pura y simplemente por ser miembros de la organización terrorista Al-Qaeda, por no respetar el Derecho Internacional Humanitario y por amenazar al mundo con más atentados terroristas?

Notas

¹ A este respecto, ver *AJIL*, 2002, pp. 320-358 en donde bajo la rúbrica "Agora: Military Commissions", los autores Daryl A. Mundis, Ruth Wedgwood, Harold Hongju Koh, Joan Fitzpatrick y Michael J. Matteson analizan, desde diversos puntos de vista y con opiniones diferentes, muchos de los problemas tratados en este trabajo.

² Sección 4 (a). Inútil de señalar que el establecimiento de estas Comisiones Militares ha sido uno de los elementos más criticados de la Orden, sin que hasta el momento se haya recurrido a ellas por falta de candidatos, tal y como señalaba el Secretario de Defensa, D. Rumsfeld, el 21 de marzo de 2002.

³ Cf. Sección 1 (e). Para el texto de esta Orden, cf. <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>. Para un análisis del contenido de esta Orden, cf. MUNDIS, D.A.: "The use of Military Commission to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts", *AJIL*, 2002, pp. 321 y sgs.

⁴ A este respecto, el apartado a) de la Sección 2 de la Orden deja pocas dudas al señalar lo siguiente: (a) The term "individual subject to this order" shall mean any individual who is not a United States citizen with respect to whom I determine from time to time in writing that: (1) there is reason to believe that such individual, at the relevant times, (i) is or was a member of the organization known as al Qaeda; (ii) has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of international terrorism, or acts in preparation therefor that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or adverse effects on the United States, its citizens, national security, foreign policy, or economy; or (iii) has knowingly harbored one or more individual described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2 (a) (1) of this order".

⁵ Cf. Sección 4 (a). En relación con el terrorismo y el Derecho Internacional Humanitario, cf. GASSER, H.P.: "Interdiction des actes de terrorisme dans le droit international humanitaire", *RICR*, 1986, pp. 207-221.

⁸ Sección 1 (a).

⁸ FITZPATRICK, J.: "Jurisdiction of Military Commission and the Ambiguous War on Terrorism", *AJIL*, 2002, p. 347.

⁹ Para más detalles sobre este caso, cf. *AJIL*, 1943, pp. 152-171.

¹⁰ *Ibid*, p. 161. A este respecto, ver los comentarios que lleva a cabo DINSTEIN, Y.: "The Distinction Between Unlawful Combatants and War Criminals", en *International Law at a Time of Perplexity*. Essays in Honour of Shabtai Rosenne, editado por Y. Dinstein, Nijhoff, 1989, p. 104 y sgs. Conviene destacar que este no es el único caso en el que han intervenido estos tribunales militares. Otro caso fue el caso del General Yamashita, Comandante en jefe del Décimocuarto cuerpo de ejército en Filipinas, caso que se convirtió en cita obligada por el reconocimiento del principio de la responsabilidad del mundo militar, al establecer el deber del control y la obligación de reprimir los abusos de sus tropas. Durante la guerra de Corea, no llegaron a utilizarse estos tribunales, a pesar de que estaban previstos.

¹¹ Sección 4. Como ya hemos apuntado las Comisiones Militares serán competentes para juzgar a los detenidos por violaciones del Derecho Internacional Humanitario y otras normas aplicables por las Comisiones Militares.

¹² Sección 7 (2).

¹³ Cf. MUNDIS, D.A.: "The Use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts", *AJIL*, 2002, p. 322.

¹⁴ *Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism. Military Commission Order n° 1*, Departement of Defense, 21 de marzo de 2002.

¹⁵ Sección 4 (a) y par. 7.

¹⁶ Apartado 6 (F).

¹⁷ Apartado 6 (H), par. 4.

¹⁸ Apartado 6 (D) (3).

¹⁹ A este respecto ver los trabajos ya citados del *AJIL*, 2002, pp. 320 y sgs., en donde se puede comprobar la polémica doctrinal. Mientras para algunos (Mundis, Hongju Koh y Fitzpatrick) no son el medio más adecuado para garantizar las normas internacionales del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos, para otros (Wedgwood y Matteson) constituyen una opción legal adecuada.

²⁰ Cf. MALINOWSKI, T.: "Court-Martial Code Offers a Fair Way to Try Terrorist Suspects", *International Herald Tribune*, 29 de diciembre de 2001, Editorial.

²¹ El primer traslado a la Base de Guantánamo tuvo lugar el 11 de enero de 2002, teniendo una amplia repercusión en los medios de comunicación internacionales que no dejaron de suscitar no sólo ya una cierta preocupación, sino que condenaban la forma y el trato dado a los detenidos por parte de las autoridades estadounidenses, a pesar de que éstas insistían en que estaban siendo tratados de acuerdo con lo previsto por el Derecho Internacional Humanitario.

²² Es obvio que la guerra contra el terrorismo puede traer consigo determinadas operaciones preventivas, y esto es en realidad lo que está ocurriendo con el pleno consentimiento de muchos Estados, y sin que muchos que se rasgaban las vestiduras cuando Israel actuaba contra el terrorismo, lo sigan haciendo ahora. En realidad, no hay nada nuevo bajo el sol. Lo que ocurre es que el imán americano es capaz de atraer a los más reticentes, algunos quizás por convicción, y otros, la mayoría, por devoción. Dicho esto habrá que reconocer que la lucha o guerra antiterrorista tendrá que ser "preventiva" si se puede, ya que si este no fuera el caso, la guerra estaría perdida de antemano.

²³ Conviene recordar que la zona Rayos-X, en donde instalaron al principio a los detenidos, es famosa porque ya sirvió de refugio, o de campo de detención, para unos 30.000 haitianos (boat people) que fueron recogidos en el mar en 1996.

²⁴ Cf. MUNDIS, D.H., op. cit., pp. 320-321.

²⁵ Para más detalles, cf. POZO SERRANO, P.: "El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado internacional en Afganistán", *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, pp. 191-192.

²⁶ Cf. WECKEL, Ph.: "Le Statut incertain des detenus sur la base américaine de Guantánamo", *RGDIP*, 2002, p. 357.

²⁷ Estas ONG enviaron al respecto sendas cartas.

²⁸ Cf. POZO SERRANO, P.: "El estatuto jurídico...", op. cit., p. 198.

²⁹ A este respecto, conviene mencionar que el par. 6 del artículo 44 recoge una cláusula de salvaguardia destinada a dejar claro que dicho artículo no tiene por objetivo reemplazar al artículo 4 del III Convenio de Ginebra.

³⁰ Para más detalles, cf. DOMENCCH OMEDAS, J.L.: "Los sujetos combatientes", en *Curso de Derecho Internacional Humanitario*, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja España, Ciudad Real, 1999, pp. 90 y sgs. Ver también DISTEIN, Y.: "The Distinction Between Unlawful Combatants and War Criminals", op. cit., pp. 105 y sgs.

³¹ A este respecto, cf. SWINAROSKI, Ch.: *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, pp. 31-33.

³² Cf. Sección 1 (e).

³³ Cf. Art. 21-24 y 46-48.

³⁴ Una tesis distinta ha sido la que ha seguido el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia quien ha señalado que no puede haber ninguna zona gris (“gap”) entre el III y IV Convenios de Ginebra, siempre que se cumplan los requisitos recogidos en el art. 4 de esta última. Cf. ICTY, IT-96-21, de 26 de noviembre de 1998, par. 271.

³⁵ Parece como si el CICR no hubiera seguido su propia doctrina, al menos tal y como está expuesta en el famoso Comentario a los Convenios de Ginebra, en donde se considera superfluo exigir para las fuerzas regulares las exigencias que figuran en el artículo 4 (2) para las fuerzas irregulares. Cf. PICTET, J. (dir.): “Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre”, Commentaire, pp. 7-71.

³⁶ Cf. por ejemplo los artículos 17-20, 21, 25, 34, etc.

³⁷ Esto cambia radicalmente en el Protocolo I, cuyo artículo 45 prevé expresamente poder gozar del estatuto de prisionero de guerra hasta que un tribunal competente haya decidido al respecto. No obstante, ya sabemos que este Protocolo no es aplicable al caso que nos ocupa, ni esto se ha convertido en norma consuetudinaria.

³⁸ A este respecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para la protección de los Derechos Humanos dejó claro por medio de su Presidenta, Madame Robinson, el 16 de enero de 2002, que existía el deber para la Potencia detenedora de juzgar tales casos.

³⁹ Cf. Le Monde, 10-11 de febrero 2002, p. 3.

⁴⁰ Cf. POZO SERRANO, P.: “El estatuto jurídico...”, op. cit., pp. 210-211.

⁴¹ Si que ha habido sin embargo, una demanda de organizaciones de protección de derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 25 de febrero de 2002, instando a que se adoptaran medidas cautelares en relación con los detenidos en Guantánamo, demanda que fue parcialmente aceptada, decidiendo determinadas medidas en las decisiones de 21 de mayo y de 23 de julio de 2002. Para el texto de estas decisiones, cf. *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, pp.....

⁴² Cf. FITZPATRICK, J.: “Jurisdiction of Military Commissions...”, op. cit., p. 348.

⁴³ Cf. de este autor “Le statut incertain...”, op. cit., p. 365.

⁴⁴ Cf. White House Fact Sheet: *Status of Detainees at Guantánamo*, 7 de febrero 2002. Para el texto, *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, p.....

⁴⁵ A este respecto, conviene resaltar que el Presidente del Gobierno de Afganistán, H. Karzai, también se ha pronunciado en esta materia, denegando el estatuto de prisionero de guerra tanto a los miembros de Al-Qaida como a los talibanes. Cf. FITZPATRICK, J.: “Jurisdiction of Military Commissions...”, op. cit., p. 348, nota 15.

⁴⁶ A este respecto, cf. Artículo 4 A.1 y 3 del III Convenio.

⁴⁷ Artículo 4.A.1 del III Convenio de Ginebra.

⁴⁸ Artículo 4.A.1 y 3.

⁴⁹ En este sentido, algunos autores se muestran categóricos. Cf. LEVIE, H.S.: *Prisoners of War in International Armed Conflict*, International Law Studies, Vol. 59, Saint Louis University Law School, 1977, p. 53.