

DE GUANTÁNAMO, A BAGDAD. ESTATUTO JURÍDICO Y TRATO A LOS “DETENIDOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO”*

Ruth Abril**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTO, ACTORES Y RESPONSABILIDADES. III. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS DETENIDOS EN GUANTÁNAMO Y EN IRAK. IV. LOS DETENIDOS EN GUANTÁNAMO Y EN IRAK: INTERNAMIENTO Y PUESTA EN LIBERTAD. V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La llamada “lucha contra el terrorismo” que se inicia a partir de los atentados del 11-s ha tenido dos escenarios bélicos destacados, Afganistán e Irak.

En ambos conflictos, a una guerra interestatal (EE.UU-Afganistán y Coalición EE.UU y Reino Unido-Irak) se le han sumado una serie de acciones encaminadas a la captura de terroristas islamistas. El hecho de que estas acciones se planteen en un contexto bélico y que se enmarquen en la “lucha contra el terrorismo” ha planteado numerosas incógnitas sobre la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario (DIH) así como del estatuto jurídico y protección de las personas detenidas como consecuencia de sus vínculos con el terrorismo. En este sentido, la situación de los detenidos en la base militar de Guantánamo y en Irak plantean difíciles interrogantes de los que nos ocuparemos en las páginas siguientes.

Adelantemos que la utilización de los parámetros de DIH nos va a permitir dar respuestas claras a estos interrogantes, pero al mismo tiempo nos va a demostrar la

* Este trabajo fue presentado en las VI Jornadas de derecho Internacional Humanitario - Homenaje al Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo - sobre los "Nuevos Retos del Derecho Humanitario en los Conflictos Armados. Su edición en inglés "From Bagdad to Guantanamo. Legal statue and treatment given to the detainees in the “war against terrorism”" está siendo editado por Martinus Nihjoff en el libro FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (Ed.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts*.

El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D sobre "Desarrollos recientes y nuevas tendencias en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional", financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Proyecto BJU 2003-00346).

** Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Cardenal Herrera-CEU de Valencia.

necesidad de una cierta evolución de este sector del ordenamiento jurídico para hacer frente adecuadamente a situaciones vinculadas a la “guerra contra el terrorismo”. Comenzaremos estudiando tres cuestiones centrales que van a determinar el resto del estudio, el contexto, los actores y las responsabilidades de EE.UU con estas personas, a continuación nos ocuparemos de los posibles estatutos jurídicos de las personas detenidas y finalizaremos el estudio destacando algunas cuestiones sobre la detención y puesta en libertad de éstas últimas.

II. CONTEXTO, ACTORES Y RESPONSABILIDADES

1. La guerra contra el terrorismo, la intervención en Afganistán y la intervención en Irak

A. *El terrorismo y la lucha contra el terrorismo*

A partir del momento en que empiezan a aclararse los acontecimientos y la autoría de los atentados el 11 de septiembre parece indiscutible, los dirigentes políticos de todo el mundo empiezan a hablar de “guerra contra el terrorismo”. La OTAN califica los acontecimientos como “ataque armado” y las Naciones Unidas activan sus mecanismos para hacer frente a amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión.

El ambiente es marcadamente bélico y, por tanto, podríamos entender que el DIH, el Derecho de la Guerra, se aplicaría en esta guerra entre Estados Unidos y la Red Al-qaeda, responsable de los atentados.

De hecho, se ha argumentado que, dado el grado de violencia de los ataques terroristas, así como la naturaleza y nivel de organización necesarios para llevarlos a cabo, estaríamos ante actos de guerra (ilícitos, pero actos de guerra)¹, y que, por lo tanto, nos hallaríamos ante un conflicto armado y el DIH se aplicaría a las dos partes.

Si embargo, las cosas no son tan claras como parecen; para que haya un conflicto armado, es necesario un cierto grado de violencia y que ésta proceda de determinados sujetos. Una cosa es que, desde una perspectiva sociológica o política, estemos hablando de una “guerra contra el terrorismo” (el narcotráfico, la trata de seres humanos o el SIDA), o que algunos actores declaren “la guerra contra occidente” o “contra EE.UU” y otra que el Derecho Internacional califique tal situación como conflicto armado susceptible de generar la aplicación del DIH². Una cosa es que algunos

¹ La Military Commission Order en su epígrafe 2&1^a indica que los ataques han tenido “*a scale that has created a state of war*”.

En igual sentido: American Bar Association Task Force On Terrorism And The Law. Report And Recommendations On Military Commissions, January 4, 2002 y WEDGWOOD, R., “Al Qaeda, Terrorism and Military Commissions”, AJIL Vol 96, 2002, pp. 228 y ss.

Vease tambien: SCHMITT, N., “Trial, Detention or Release”, Crimes of War Project (www.crimesofwar.org).

² “La cuestión de si los Estados pueden o no librar una guerra contra un grupo terrorista o una organización criminal multinacional nunca se había planteado antes del 11 de Septiembre de 2001, se

países (entre ellos EEUU y GB) se enfrenten al terrorismo como si se tratase de un conflicto de baja intensidad³, y otra, que la utilización de estas técnicas suponga la existencia de un verdadero conflicto armado desde la perspectiva jurídica⁴.

El Derecho Internacional ¿Cuándo considera que existe un conflicto armado? a) cuando haya un “*conflicto armado entre dos o varias Altas Partes contratantes*”, lo cual no es el caso, dado que ni Al-Qaeda ni del resto de grupos terroristas islamistas son un Estado y, por tanto, no pueden ser una Alta Parte contratante. b) “*En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Partes contratantes*” lo cual tampoco es el caso, en la medida en que ni la Red Al-Qaeda ni los grupos terroristas islamistas son grupos disidentes internos⁵.

Ello no impide que, de realizarse por un Estado, se pueda considerar que unos atentados terroristas inician un conflicto entre dos Estados y a, partir de ese momento, aplicar el DIH. Circunstancia esta que, en todo caso, nunca convertiría los atentados terroristas en actos lícitos de guerra⁶.

El DIH se basa en la distinción entre combatiente y no combatiente y entre objetivo militar y bien civil. Los conflictos armados enfrentan a dos o más ejércitos, y ello independientemente de que, debido al incumplimiento del Derecho, los civiles puedan sufrir, tanto o más que los combatientes, los efectos de las guerras. En el caso del 11-s, sin embargo, los destinatarios de los ataques eran exclusiva y deliberadamente, personas ajenas al ejército del Estado, y su propósito era “*intimidar a una población u obligar a un gobierno.... a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*”⁷. Por lo tanto, se

trata de una cuestión nueva que ha surgido en el contexto posterior a esa fecha, y que se ha convertido incluso en objeto de polémica. Sea cual fuere la que se le dé, es evidente que el derecho internacional humanitario se refiere a determinados “objetivos protegidos”, como los civiles no combatientes, los prisioneros de guerra, los enfermos, los heridos y grupos análogos que no pueden ser atacados bajo ningún concepto....” Segundo informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa, relatora Especial. Terrorismo y Derechos humanos UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/35, párr. 63.

³ Véase al respecto: CALDUCH CERVERA, R., “La incidencia los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional” *REDI* Vol LIII (2001) 1 y 2, pp. 190 y ss.

⁴ Más argumentos en igual sentido pueden consultarse en PÉREZ GONZÁLEZ, M Y RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos” *REDI*, vol LIV (2002), pp. 17 y ss.

⁵ En igual sentido véase: FITZPATRICK, J., “Jurisdiction on Military Commission and The Ambiguous War on Terrorism” *AJIL* Vol 96, 2002, pp. 348 y ss.

⁶ RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., “Tratamiento de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario y protección de las víctimas de la guerra” *Tiempo de Paz*, 2002, Primavera, 64, pp. 50-62.

⁷ Art. 2.b Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de Diciembre de 1999.

No hay una definición única de “terrorismo”, pero los elementos recogidos en este Art. están presentes en la mayor parte de las definiciones. Por ejemplo, la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional define como actos de terrorismo “*Actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar hechos criminales con dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas*” UN.Doc A/RES/49/60 de 17 de Febrero de 1995

trataba de actos terroristas. Y, hoy por hoy, el Derecho Internacional considera a éstos últimos como actos criminales y no como actos de guerra, sean estos cometidos en el contexto de un conflicto armado internacional o interno o en situaciones no bélicas.

Así pues, en principio, ni los actos de terrorismo y ni los de represión del terrorismo serán considerados como “guerras” en el marco del DIH.

B. La intervención en Afganistán

Alegando las vinculaciones directas entre Al-qaeda y los talibanes, la respuesta a estos atentados va a acabar con la intervención militar de EE.UU en Afganistán. Esta intervención se inicia el 7 de Octubre de 2001, pero todavía no se considera como finalizada. A día de hoy siguen llevándose a cabo acciones bélicas en Afganistán contra la parte de la resistencia taliban que todavía se esconde en las montañas y buscando a los miembros de Al-qaeda que todavía están libres en ese país.

No ha existido, sin embargo, régimen de ocupación por parte de EE.UU y sus aliados; a la toma de una localidad o puesto le seguía la entrega del mismo a las autoridades de la Alianza del Norte. Además, el 3 de diciembre de ese año y, tras los acuerdos de Bonn, se establece un gobierno de transición que asume todas las funciones soberanas en el territorio afgano.

Así pues en la primera fase de la intervención estadounidense, hasta Diciembre de 2001 había dos regímenes jurídicos funcionando en paralelo, el que regulaba el conflicto talibanes-EEUU (DIH aplicable a los conflictos armados internacionales) y el que regula el conflicto talibanes-Alianza del Norte (DIH aplicable a los conflictos armados internos) y tres combatientes distintos: fuerzas armadas afganas (talibanes) fuerzas armadas de EEUU y fuerzas armadas disidentes (Alianza del Norte)⁸.

A partir de diciembre de 2001, la situación va a cambiar parcialmente, convirtiéndose los talibanes en las fuerzas disidentes y las fuerzas de la Alianza en las fuerzas armadas afganas. Entendemos que el cambio de gobierno no afecta a la calificación de los conflictos y a las normas de Derecho Internacional Humanitario aplicables. Ya no estamos delante de un conflicto que enfrenta a un Estado contra otro,

Véase al respecto: RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., “Tratamiento de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario y protección de las víctimas de la guerra” *Tiempo de Paz*, 2002, Primavera, 64, pp. 50-62

⁸ Al primero se le aplican las cuatro convenciones de Ginebra que protegerán tanto a los prisioneros de guerra (en especial, III. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (IIICG). como a la población civil detenida (en especial, Sección IV (Normas relativas al trato debido a los internados) del Título II (Estatuto y trato de las personas protegidas) del IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IVCG) y el Derecho consuetudinario no recogido en ellas.

Ni EEUU ni Afganistán son parte en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y por lo tanto éstos no serían de aplicación directa).

Al segundo se le aplicará el art. 3 común a las cuatro convenciones y disposiciones consuetudinarias pertinentes.

los talibanes ya no forman parte de la estructura estatal afgana. Sin embargo, tal y como, veremos posteriormente, sí hay un conflicto internacional.

En todo caso, antes y después de esta fecha, los combatientes talibanes capturados por EEUU y los capturados por la Alianza del Norte tienen, en principio, un estatuto jurídico distinto: los primeros deberán ser considerados como prisioneros de guerra y los segundos podrán serlo sólo si las Partes así los acuerdan.

C. La intervención en Irak.

A diferencia de la guerra contra Afganistán, las bases de la actuación de EEUU en Irak no son exclusivamente las vinculadas al terrorismo (apoyo directo e indirecto del régimen de Sadam Husein a distintos grupos terroristas), el reiterado incumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por este país, la existencia de un régimen dictatorial que suponía una amenaza para la población iraquí y para la estabilidad en la región, han sido, también, causas alegadas de la intervención.

En todo caso, al igual que en el supuesto anterior nos encontramos con un conflicto internacional que enfrenta a Irak por un lado, contra la coalición EEUU-Gran Bretaña por otro. Por otro lado, en las primeras fases del conflicto, los grupos de oposición al régimen de Sadam Husein ayudaron a la coalición a la toma de control de algunas zonas estratégicas, y por ello, también se produce un conflicto interno en esta fase de la guerra.

El 19 de Marzo de 2003, el presidente de EEUU declara el inicio de la guerra con la operación “Libertad para Irak”, y las operaciones militares comienzan dos días después, con una ofensiva aérea a la que pronto seguirán la entrada de tropas de la coalición en el país y la toma de posiciones y ciudades en ocasiones de forma autónoma, en ocasiones con la ayuda de las milicias de la “Unión patriótica del Kurdistán” que deciden apoyar la intervención extranjera.

Aunque el régimen de ocupación se va estableciendo a medida que las tropas anglo americanas van controlando partes del territorio, se designa como día de inicio de la ocupación el 10 de abril, fecha en que se anuncia la caída del régimen de Sadam Hussein. Por otro lado, el día 28 de marzo de este año el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprueba una resolución, la 1472(2003), en la que se define claramente la situación como de ocupación y se destaca el papel de EE.UU y de Gran Bretaña como potencias ocupantes⁹.

En este sentido, la resolución 1546 (2004), de 8 de junio, va a modificar parcialmente la situación, al indicar que “*para el 30 de junio de 2004, se pondrá fin a la ocupación, la Autoridad Provisional de la Coalición dejará de existir y Irak reafirmará*

⁹ Esta resolución será completada por la Resolución del mismo órgano de 22 de mayo en idéntico sentido .UN.Doc 1483 (2001).

su plena soberanía”. Esta resolución destaca que “*la presencia de la fuerza multilateral en Iraq obedece a la solicitud del nuevo Gobierno provisional.... Decide que la fuerza multinacional estará autorizada a tomar todas las medidas que sean necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en el Iraq ...*” y se describen las tareas de esta fuerza, en particular, para la prevención y disuasión del terrorismo.

En definitiva, esto supone el fin de la ocupación por parte de la coalición, pero no necesariamente el de las actividades militares ni, por lo que a nosotros nos afecta, el final de las detenciones o del cautiverio de las personas que están en poder de la Coalición.

El régimen jurídico aplicable en este contexto es el mismo que el mencionado para el conflicto Afganistán-EE.UU¹⁰, aunque es de destacar que al haber existido un régimen de ocupación, las disposiciones del IVCG previstas para la protección de los civiles en territorios ocupados también serán de aplicación. Esto último se mantiene, en la medida en que sea necesario, incluso una vez terminada la misma, tal y como prevé el Art. 47 de este texto que destaca la intangibilidad de los derechos de la población civil en poder del enemigo en circunstancias como estas.

2. Los talibanes, la Red Al-qaeda y la resistencia irakí

A. Talibanes

La milicia talibán es un grupo armado que, entre 1996 y 2001, controlaba la mayor parte de Afganistán, incluida la capital. Este control, que llegó a ser del 90% del territorio, hace que, reconocido o no¹¹, deba considerarse que el gobierno de su líder, el Mohamed Omar Akhund (el mulá Omar) era el gobierno de Afganistán y las milicias talibanes, el ejército del país, por lo menos hasta la intervención estadounidense que va a cambiar la situación, convirtiendo a los talibanes en fuerzas de oposición al nuevo régimen y a la Alianza del Norte y luego al gobierno de transición e gobierno del país.

B. La red Al-qaeda y sus vínculos con los talibanes

La red Al Qaeda es un grupo terrorista islámico nacido a finales de los años 80 para unir a los árabes en su lucha contra la presencia soviética en Afganistán, pero que, con el fin de la guerra fría, centra su actividad en la unión de todos los musulmanes en el establecimiento de un gobierno islamista en todos los países musulmanes y en la lucha inicialmente a favor de la causa palestina, luego de Irak y finalmente en contra de EEUU.

Así pues, una cosa es el régimen talibán y otra la red Al-qaeda. Sin embargo, las cosas no están tan claras desde el momento en que la llegada de los talibanes al poder se

¹⁰ Tampoco Irak ha ratificado el PAI.

¹¹ Sólo Pakistán, Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos lo reconocían como gobierno legítimo de Afganistán.

vio facilitada por la ayuda, directa e indirecta, de Al-qaeda y en que existía una tolerancia expresa del gobierno talibán a la presencia, en Afganistán, de parte de la estructura militar de Al-qaeda, de su líder Osama Ben-Laden y de campos de entrenamientos de terroristas.

No obstante, la relación entre ambos no puede ser considerada de identidad: sus objetivos, liderazgo y campo de actuación son distintos. No olvidemos que, mientras que los atentados fueron asumidos expresamente por Al-qaeda, el régimen talibán negó cualquier implicación directa con los mismos. Más que de identidad, podríamos hablar de complicidad o encubrimiento, como, por otro lado, define el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estas relaciones¹².

Es cierto, sin embargo, que algunos miembros de Al-qaeda procedentes de distintos países se han vinculado con el ejército talibán constituyendo, en su mayor parte, un cuerpo de voluntarios conocido con el nombre de “el regimiento 55”.

Como consecuencia de estas relaciones entre los talibanes y la red Al-qaeda, nos podríamos encontrar en Guantánamo nacionales de Afganistán y de otros países; miembros de las milicias talibanes y personas no vinculadas a ellas y; terroristas de la red Alqaeda o de otros grupos terroristas y personas que no estén vinculados a los mismos. Y, como veremos posteriormente, estas personas no tienen, necesariamente, el mismo estatuto jurídico.

C. El ejército y la resistencia iraquí y los grupos terroristas que actúan en Irak.

En este contexto se produce una situación similar a la que hemos mencionado anteriormente: existencia de un gobierno que es depuesto como consecuencia de una intervención extranjera, formación de una resistencia a la intervención extranjera y al nuevo gobierno y una serie de grupos terroristas que se vinculan esta resistencia. La intervención de la coalición angloamericana (coalición) en Irak se enfrenta al ejército iraquí que, comandado por Sadam Hussein, ofrece resistencia a lo largo y ancho del país hasta la definitiva ocupación de todo el territorio, hecho que se produce el 13 de Abril de 2003.

A partir de ese momento, parte de este ejército, que no acepta la ocupación ni el cambio de gobierno, pasa a una situación de “clandestinidad”, desvinculándose de la administración provisional que, desde el 28 de julio, asume oficialmente las funciones gubernativas¹³.

Por otro lado, pronto, junto a estos elementos del antiguo ejército, parte de la población iraquí, tanto la leal al antiguo gobierno, la contraria a la ocupación de los

¹² “Condenando a los talibanes por haber permitido que el Afganistán fuera utilizado como base para la exportación del terrorismo por la red Al-qaeda y otros grupos terroristas y por haber amparado a Usama Bin Laden, Al-qaeda y otros asociados” UN.Doc S/RES/ 1378 (2003).

¹³ La resolución de 14 de agosto reconocía éste como gobierno “internacionalmente reconocido y representativo que ejercerá la soberanía en Iraq” UN.Doc. S/RES/1500 (2001)

aliados, así como nacionales de terceros Estados forman “la resistencia iraquí”, a la que se atribuyen acciones hostiles contra distintos objetivos: contra las tropas anglo-americanas y las fuerzas de seguridad del nuevo gobierno de Irak, contra las tropas de otros Estados que habían llegado al país con funciones de distinto tipo (humanitaria, seguridad, etc), contra el personal de las Naciones Unidas, contra los extranjeros contratados por tanto por las fuerzas de la coalición y terceros países como por el propio gobierno iraquí para garantizar la seguridad en determinados lugares, e incluso contra los extranjeros occidentales que llevan a cabo labores de prensa, reconstrucción, comerciales o de otro tipo.

Es cierto, en todo caso, que no todos los actos pueden atribuirse a la resistencia iraquí, ya que algunos de ellos, han sido reivindicados por grupos terroristas vinculados directamente a la causa islamista y sólo indirectamente al conflicto iraquí y que, por lo tanto, merecerán un análisis separado.

En definitiva, podemos encontrarnos en los centros de detención estadounidenses de Irak con personas a las que se atribuye su pertenencia al antiguo ejército irakí, a la resistencia irakí, y/o a grupos terroristas tanto iraquíes como procedentes de terceros Estados.

El estatuto jurídico de estas personas no será siempre el mismo.

3. Responsabilidades de EE.UU en Guantánamo y en Irak

A. Las responsabilidades de EEUU en la base militar de Guantánamo

¿Por qué se traslada a parte de los detenidos en Afganistán a la base militar de Guantánamo? ¿Es territorio de EEUU o de Cuba?

El interés de esta cuestión estriba en que se nos han indicado que, puesto que la base militar de Guantánamo no es territorio estadounidense sino cubano, no hay obligación, por parte de EEUU, de cumplir allí las disposiciones vinculadas al respeto del DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁴ (DIDH). Se ha estimado, así mismo, que ello supone la imposibilidad de acceder a los tribunales estadounidenses y de aplicar las normas procesales mínimas consagradas en éstos¹⁵.

Por lo que se refiere al DIH en Guantánamo no se plantean dudas: es aplicable. Y ello es así porque existe un conflicto armado (Art. 2 Común a las cuatro convenciones) y porque este sector del ordenamiento jurídico protege a aquellos que se

¹⁴ En este sentido, la fuertemente contestada sentencia del tribunal de Apelación de los EEUU en 1994 sobre los balseros detenidos en la base de Guantánamo parecía darles la razón al indicar que estos detenidos no tienen derechos legales invocables ante los tribunales de EEUU. (Véase al respecto HONGJU KOU “The case against Military Commissions” *AJIL* Vol 96, 2002, p. 342).

¹⁵ Circunstancia esta última que, en todo caso, ha sido desmentida por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 28 de junio de 2004. *Rasul et al v. Bush, President of the United States et al*” que reconoce el derecho al recurso *habeas corpus* a todos los detenidos en poder de EE.UU.

encuentren “bajo el poder” de una Alta Parte contratante en conflicto. Al DIH le es indiferente que esta circunstancia se produzca en el territorio de las personas protegidas, en el de la autoridad en cuyo poder se encuentran, o en el de terceros países¹⁶.

Sin embargo, en la aplicación del DIDH, dos cuestiones deben tenerse en cuenta.

En primer lugar, que el acuerdo por el cual EEUU establece esta base en territorio de Cuba implica, por un lado el reconocimiento de la soberanía de Cuba en ese territorio (espacio terrestre y marítimo), pero, al mismo tiempo, de la capacidad de EEUU de ejercer “*complete jurisdiction and control over and within said areas*”¹⁷. Lo cual supone, en definitiva, que las personas que se encuentren en la base de Guantánamo, están jurídicamente sometidas a la jurisdicción de EEUU.

Pero es que además, y esta es la segunda cuestión, estas personas se encuentran *de facto*, bajo el poder de este país, al aplicárseles el Derecho de EEUU y estar bajo el poder de sus autoridades¹⁸.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece su ámbito de aplicación a las personas que “*se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción*”¹⁹. Lo cual parece exigir que ambas circunstancias deben concurrir cumulativamente.

Sin embargo, de ser ello así, nos encontraríamos con que, en este caso, nadie se haría responsable de la aplicación de la normativa de derechos humanos contenida en esta norma. Cuba no se haría responsable por no estar bajo su jurisdicción y EEUU tampoco por no estar en su territorio. Y ello teniendo en cuenta que ambos países han

¹⁶ Art. 4 IIICG y IVCG.

¹⁷ Agreement between the United States of America and the Republic of Cuba for the lease (subject to be agreed upon by the two governments) to the United States of lands in Cuba for coaling and naval stations, signed in Havana, February 16, 1903, and at Washington on February 23, 1903, continued in effect by treaty of May 29, 1934, Bevans, vol. 6, pp. 1113-1115.

Véase al respecto: PELLET, S., “De la raison du plus forte ou comment les États –Unis ont (ré)inventé le droit international et leur droit constitutionnel” (www.ridi.org/adi).

¹⁸ En igual sentido y apoyándose en el Derecho general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica “...selon sa jurisprudence constante, la notion de « jurisdiction » au sens de l'article 1 de la Convention ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes. La responsabilité de ces dernières peut donc entrer en jeu à raison d'actes ou d'omissions émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors de leur territoire. Conformément aux principes pertinents de droit international régissant la responsabilité de l'Etat, la Cour a dit – ce qui revêt un intérêt particulier en l'occurrence – qu'une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non – elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer, dans une telle région, le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée. Arrêt Loizidou contra Turquía de 18/12/96, pp. 2234-2236, reiterado en asunto Chipre contra Turquía de 10/05/2001.

¹⁹ “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

ratificado este Pacto, que, por otro lado, se ha convertido en costumbre internacional. En definitiva, es una situación doblemente absurda: por un lado, tenemos una norma que ha sido ratificada por los dos Estados directamente vinculados al caso y tenemos, además, que ésta contiene normas consuetudinarias reconocidas como tales toda la Comunidad Internacional y, a pesar de ello, no podemos aplicarlas en este caso porque la propia norma lo impide.

Además, debemos tener en cuenta que la exigencia de encontrarse en territorio del Estado al que se aplica la norma, estaba prevista en un contexto y con una finalidad determinada, excluir la aplicación a los territorios coloniales en los que la misma colonia se hacía responsable del respeto de los derechos humanos y donde, en todo caso, la metrópoli no perdía todas las obligaciones al respecto. Es curioso que los comentarios del Comité de Derechos Humanos a éste y otros artículos²⁰ mencionen exclusivamente el sometimiento a la jurisdicción del Estado para extraer las consecuencias oportunas²¹. En este sentido, el dictamen del TIJ sobre el muro en territorio palestino llega a la misma conclusión, indicando expresamente que “*los redactores del Pacto no tenían la intención de permitir que los Estados eludieran sus obligaciones al ejercer su jurisdicción fuera del territorio nacional. En conclusión, la Corte considera que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es aplicable a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su territorio*”²².

En definitiva, debemos entender que el estar sometido a la jurisdicción del Estado es suficiente para vincular a éste último con las obligaciones del Pacto. Y en todo caso, es de directa aplicación a EEUU la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos y Deberes de los Hombres y los Pueblos y todas las normas consuetudinarias que en materia de derechos humanos están vigentes²³.

²⁰ “El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción” Observación general del Comité de Derechos Humanos N° 3 Aplicación del Pacto a escala nacional (Art. 3) 29/07/81. UN.Doc CCPR Observación general 3.

Así mismo, el comentario al Art. 27 indica que: “El derecho a la no discriminación, reconocido en el párrafo 1 del artículo 2, en el disfrute de los derechos amparados por el Pacto se aplica a todas las personas que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado” Observación general del Comité de Derechos Humanos N° 23. Derechos de las minorías (Art. 27) 08/04/94. UN.Doc CCPR Observación general 23.

²¹ La Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos no exige nada más que la existencia de la jurisdicción de los Estados sobre estas personas. Sin embargo, EEUU no ha ratificado este texto, por lo que no es de aplicación directa.

²² Véase al respecto Opinión consultiva del a Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro e el territorio palestino ocupado, parrs 109 y 111. UN.Doc 1/ES-10/273.

²³ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no puede ser más clara al respecto, así en su informe anual de 2001, y, tras destacar las medidas adoptadas a partir de la US PATRIOT Act y la Military Commission Order, nos recuerda la vinculación de EEUU a las distintas normas internacionales: “La Comisión observa que los Estados Unidos es Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas... Estados Unidos no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, no está obligado [a cumplir ciertas obligaciones del Pacto]... Sin embargo, como Estado miembro de la OEA, Estados Unidos debe respetar los derechos fundamentales

Visto que las normas consuetudinarias de derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son de aplicación al caso, debemos plantearnos la posibilidad de que estas normas sean suspendidas. De hecho, el 14 de Septiembre de 2001 el Presidente de EEUU declara el estado de emergencia²⁴.

Ahora bien, una cosa es que, a efectos internos, esta declaración permita al Presidente del EEUU la asunción de competencias especiales, y otra que esta declaración autorice la suspensión de determinados derechos. Así, el Comité de Derechos Humanos, ha indicado que a tenor de lo dispuesto en el Art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son requisitos esenciales de suspensión de los derechos: informar a los demás Estados de las disposiciones suspendidas y que las medidas sean excepcionales, estrictamente necesarias y proporcionales a la situación y a los objetivos que se pretende. Además hay una serie de artículos que no pueden suspenderse²⁵. Entre estos no se encuentran la libertad y seguridad personales ni el derecho al acceso a los tribunales. Sin embargo, se entiende inderogable el acceso a los tribunales para la defensa de los derechos no derogables (por ejemplo, el derecho a la vida que se vería afectado por una sentencia de muerte), la legalidad de las detenciones y la necesidad de que las sanciones penales sean impuestas exclusivamente por tribunales ordinarios y asegurando el respeto de las garantías procesales mínimas²⁶.

En este sentido, la relatora especial sobre terrorismo y derechos humanos, en su informe de 17 de Julio de 2002, manifiesta su preocupación por algunas violaciones de los derechos humanos que se producen a raíz de los atentados del 11 de Septiembre: *“En opinión del Comité de Derechos Humanos los Estados Partes en el Pacto no pueden en ningún caso invocar su artículo 4 como justificación de actos que violen el derecho humanitario las normas imperativas de derecho internacional, como, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales que garantizan un juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia. El Comité de*

de los individuos contenidos en la Carta de a OEA y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. ..” Informe Anual 2001 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo IV, Desarrollo de los derechos humanos en la región.

²⁴ Declaration of National Emergency by Reasons of Certain Terrorists Attacks by the President of the United States of America (7463).

²⁵ “4. Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia” Observación general del Comité de Derechos Humanos N° 29 Estados de emergencia (Art. 4) 31/08/2001 UN.Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

²⁶ Ibid “16... Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia”.

Sobre las consecuencias que el reconocimiento de este derecho tiene en el enjuiciamiento de los detenidos de Guantánamo, véase: ABRIL STOFFELS, R.: “Las Comisiones Militares y el enjuiciamiento de los supuestos responsables de los atentados del 11 de septiembre ” *Tiempo de Paz*, n° 68, Invierno 2003, pp. 91-111.

Derechos Humanos ha señalado asimismo que sólo los tribunales pueden enjuiciar y condenar a una persona por un delito... Además, como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están implícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender esas garantías durante cualquier otra situación de excepción. También se destaca que debe respetarse la presunción de inocencia”²⁷.

B. Las obligaciones de EEUU en Irak respecto de los detenidos en Afganistán e Irak

Como consecuencia de las actividades vinculadas a la intervención en Afganistán e Irak así como de la ocupación de ésta última, y de las acciones vinculadas a la lucha contra el terrorismo en ambos países, las tropas de EE.UU y de la coalición van a detener a una serie de personas y mantenerlas en custodia en el interior de prisiones y otros centros de detención en el territorio afgano e irakí²⁸.

El hecho de que estas detenciones se desarrollen en el marco de un conflicto bélico abierto y/o de una ocupación²⁹ va a determinar la aplicación del DIH a estas personas (sea en régimen de prisioneros de guerra o de detenidos civiles) ya que se encuentran bajo el poder de una Alta parte contratante enemiga que es el único vínculo que el DIH exige para su protección.

En este sentido y, como ya hemos mencionado anteriormente, la resolución 1546 (2004) va a modificar la situación jurídica y, consecuentemente el régimen jurídico aplicable y las obligaciones de EEUU en Irak. Puesto que esta resolución pone fin al régimen de ocupación de la Coalición, y puesto que no hay conflicto armado entre el gobierno y la coalición, el Derecho Internacional Humanitario dejaría de aplicarse para aplicarse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es el que rige en tiempos de paz. Sin embargo, y tal y como hemos mencionado esto no es del todo exacto, ya que siguen existiendo hostilidades entre la resistencia y la coalición y consecuentemente, se entiende que sigue existiendo un conflicto armado internacional. Además, aquellas personas que gocen del estatuto de prisionero de guerra o sean población civil detenida, mantendrán la protección del DIH hasta su liberación definitiva, tal y como dice el art. 5 Del IIICG y el 6 de IVCG respectivamente.

Por otro lado, aquellas normas de DIDH que sean de aplicación, también vincularán a EE.UU, ya que, tal y como acaba de destacar el TIJ, las disposiciones de este sector del ordenamiento jurídico se aplican también, en la medida de lo posible a

²⁷ Segundo informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa, relatora Especial. Terrorismo y Derechos humanos UN.Doc E/CN.4/Sub.2/2002/35, párr. 52.

²⁸ Para aquellas personas que, aunque capturadas en Iraq, son trasladadas a la base militar de Guantánamo, véase lo dicho en el epígrafe anterior.

²⁹ Sobre el régimen jurídico aplicable en general, CARDONA LLORENS, J., “Liberation ou occupation? Les droits et devoirs de l’Etat vainqueur” en BANNELIER, K., L'intervention en Irak et le Droit International Pedone, Paris, 2004, pp. 221-250.

Véase también: VITÈ, S., “L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales” RICR, n 53, pp- 9-36.

los conflictos armados a las personas sometidas a la jurisdicción del los Estados en conflicto³⁰.

III. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS DETENIDOS EN GUANTÁNAMO Y EN IRAK

A partir del 10 de Enero de 2002 empiezan a llegar a la base militar de EEUU en Guantánamo una serie de personas calificadas por EE.UU como “detenidos de la guerra contra el terrorismo”. Se trata fundamentalmente de personas que han sido capturadas en Afganistán durante las operaciones militares, pero también se encuentran allí personas procedentes de terceros países como Argelia, Pakistán, Arabia Saudita, Yemen, Inglaterra, Irak, Australia o Suecia. Dentro de este grupo de personas se diferencia entre los miembros de Al-qaeda y otros grupos terroristas y los talibanes, pero a ninguno de ellos se les concede el estatuto de prisioneros de guerra.

El gobierno estadounidense alega que mientras que el DIH se aplica a los talibanes, no sucede lo mismo con los miembros de Al-qaeda. Afganistán es Parte en los Convenios de Ginebra, Al-qaeda y otros grupos terroristas no lo son. Sin embargo, se indica que todos serán tratados “con humanidad”, y que además disfrutarán de condiciones similares a las de los prisioneros de guerra³¹.

En igual sentido, a partir del 21 de marzo de 2003 las tropas estadounidenses y británicas presentes en Irak capturan a una serie de personas. Desde el primer momento se distingue entre los miembros del ejército iraquí que se rinden o capturados en combate, a los que, en principio se otorga el estatuto de prisionero de guerra y otras personas a las que se califica de “detenidos de seguridad” que no tienen un estatuto jurídico claro y que deben su detención a su supuesta vinculación a acciones terroristas o a la resistencia iraquí.

1. Los talibanes y el ejército y la resistencia iraquíes

³⁰ Párr 106.

³¹ Véase al respecto el comunicado de prensa de la Casa Blanca de 7 de Febrero de 2002.

La resolución del Parlamento Europeo de 2 de Febrero de ese año, es realmente sorprendente: al tiempo que critica la situación de “*limbo jurídico sin explorar*” en la que se encuentran los detenidos, destaca que son tratados de acuerdo con lo previsto por el derecho internacional humanitario (lo cual es difícil desde el momento en que lo primero que debe hacerse es determinar su estatus, ya que de él se van a derivar sus derechos) y luego destaca la dificultad de determinar el estatuto de estos prisioneros “...*Se muestra de acuerdo en que los prisioneros detenidos actualmente en la base estadounidense de Guantánamo no se ajustan exactamente a las definiciones del Convenio de Ginebra, y que las normas establecidas en estos convenios deben revisarse para responder a las nuevas situaciones resultantes del desarrollo del terrorismo internacional*” y posteriormente hace un llamamiento para que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas emita una resolución determinando el estatuto (como si el consejo de seguridad fuese un órgano judicial con competencias en este campo y capaz de sustituir al Estado, en este caso EEUU, en las obligaciones que el Derecho le impone) (Véase al respecto Human Rights: Guantánamo.European Parliament resolution on the detainees in Guantanamo Bay, 2-2-2002).

A. Los talibanes

EE. UU indica que no son prisioneros de guerra. Para ello, se basa en que las milicias talibanes no reúnen ninguno de los requisitos exigidos en el art. 4 del tercer convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra³².

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

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

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

a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;

b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;

c) llevar las armas a la vista;

d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;

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

Para ello se utilizan dos argumentos que, en nuestra opinión son erróneos:

a) Afganistán no disponía de gobierno hasta diciembre del 2002, por lo tanto, las milicias talibanes no podían ser consideradas como “*fuerzas armadas de una Parte en conflicto*”. Lo cual no es totalmente cierto. Es verdad que Irak no disponía de un gobierno “reconocido”, pero no es verdad que careciese de un gobierno de hecho. Las milicias talibanes y el gobierno del Mulá Omar llegaron a controlar hasta el 90 % del territorio afgano y eran capaces de imponer su poder a la población que se encontraba en ese territorio. Es más, es la imposición de un régimen atentatorio a los derechos humanos fundamentales y la violación de las más elementales normas de humanidad lo que hacía que, como sanción, no se reconociese formalmente este gobierno. Sin embargo, se aceptaba que eran autoridades de hecho del país³³, como lo demuestra el que para la entrada y salida de bienes y personas (ayuda humanitaria), se pidiese la autorización a este gobierno, y que las resoluciones de las distintas organizaciones

³² En igual sentido: WEDGWOOD, R., “Al Qaeda, Terrorism and Military Commissions”, AJIL Vol 96, 2002, pp. 335 y ss.

³³ La posición de Estados Unidos queda reflejada en el siguiente texto: “*Afghanistan has experienced civil war and political instability for 22 years. There was no functioning central government, until December 22, 2001 when the Afghan Interim Administration (AIA) took office. During most of the year, the Taliban, a Pashtun-dominated ultra-conservative Islamic movement, controlled approximately 90 percent of the country, including the capital of Kabul, and all major urban areas, except Faizabad. In 1997 the Taliban issued an edict renaming the country the Islamic Emirate of Afghanistan, and named its leader, Mullah Omar, Head of State and Commander of the Faithful, granting him ultimate authority*”. Country Reports on Human Rights Practices -2001. Released by the Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, March 4, 2002.

internacionales se dirigiesen al "régimen talibán" o a las "autoridades talibanes" para exigirle el respeto de los derechos humanos³⁴.

Existe, pues, un gobierno, pero un gobierno no reconocido, circunstancia que está prevista en el párrafo 3 de artículo antes mencionado.

b) Puesto que no se trata del ejército de un país, nos dicen las autoridades de EEUU, las acciones de los talibanes deben ser analizadas a la luz del párrafo 2 de este artículo: sólo en la medida en que se cumplan los cuatro requisitos en él contenidos, se podrá considerar que los detenidos son prisioneros de guerra. Para EEUU, no se cumplen ninguno de estos requisitos.

Nosotros no somos de esta opinión:

- a) Las milicias talibanes constituían una fuerza armada organizada, que además, llevaba mucho tiempo en conflicto con la "Alianza del Norte", frente a la que utilizaba estrategias de guerra que exigían la existencia de una cadena de mando y una organización castrense adecuada;
- b) Las milicias talibanes no utilizaban un uniforme militar como el que estamos acostumbrados a ver, pero sí que utilizaban un tipo de indumentaria que les permitía diferenciarse de la población civil³⁵ y del resto de los combatientes, con lo cual, el requisito de la distinción se cumplía;
- c) también llevaban las armas a la vista;
- d) Ciertamente, los informes de los distintos organismos y organizaciones humanitarias nos han indicado la frecuencia con que la milicia talibán y las otras Partes en el conflicto afgano infringían el DIH y el DIDH y por lo tanto, en una interpretación estricta de este artículo se podría entender que no cumplen el último requisito impuesto por este artículo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el momento de analizar el cumplimiento del DIH es el del conflicto armado internacional y no los momentos anteriores. No tenemos conocimiento de que realmente, en el desarrollo del conflicto afgano-EEUU se violase de forma generalizada el Derecho Internacional Humanitario por parte de las milicias talibanes. Ni los medios de comunicación, ni los informes de las distintas organizaciones internacionales, ni siquiera los de EEUU nos dan indicaciones al respecto, y por lo tanto, no se debe presumir lo contrario. Lo cual no obsta para que, los responsables de violaciones graves del DIH durante este conflicto³⁶, o durante el conflicto armado que se desarrollaba anteriormente en el país y a las que los informes de los organismos humanitarios aluden, deban responder

³⁴ Véanse al respecto, entre otras, resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y documentos del Parlamento Europeo y Consejo Europeo sobre la situación en Afganistán.

³⁵ Sobre indumentaria véase PFANNER. T., "Les uniformes militaires et le droit de la guerre" *RICR* n 853, pp. 93-130.

³⁶ Sobre violaciones del Derecho Internacional Humanitario en este conflicto, véase: Crimes of War Project: "Report on War Crimes on both sides" *Crimes of War Project* (www.crimesofwar.org).

penalmente por ello en los tribunales afganos o en los tribunales de cualquier otro país.

Así pues, podemos concluir que los miembros de las milicias talibanes debían gozar, en general, del estatuto de prisionero de guerra, una vez que cayesen en poder de Estados Unidos³⁷.

Consecuentemente, los miembros de Al-qaeda que se encuentren dentro de la estructura militar de las milicias talibanes ya sea directamente, ya sea a través del llamado regimiento 55 o de otras milicias o cuerpos de voluntarios a ellos vinculados, pueden considerarse como incluidos dentro del art. 4. del IIICG y gozar del estatuto de prisionero guerra³⁸.

Sin embargo, aquellos individuos o grupos de individuos que no se encuentren de alguna manera vinculados a los talibanes, por mucho que realicen actos de combate, en caso de captura, no podrán ser considerados como prisioneros de guerra.

Por lo que se refiere a la nacionalidad de los combatientes, no encontramos en el IIICG nada al respecto, por lo tanto, no se puede distinguir donde la norma no distingue. No sólo los nacionales afganos, sino los nacionales de cualquier país del mundo, incluso los estadounidenses que formen parte de las milicias talibanes, tienen derecho al estatuto de prisionero guerra.

B. Los miembros del ejército iraquí.

Los miembros del ejército iraquí que han luchado contra la coalición durante las hostilidades que han dado lugar a la ocupación de la coalición y el cambio de gobierno deben ser considerados como miembros de “*las fuerzas armadas de una parte en conflicto*” y por tanto serles reconocido el estatuto de prisioneros de guerra incluso cuando sean capturados durante la ocupación y tras el correspondiente cambio de gobierno. Tal es el caso evidente de Sadam Hussein al que se le concedió el estatuto de prisionero de guerra a pesar de ser capturado durante el periodo de ocupación.

C. Los miembros de la resistencia iraquí

Tal y como hemos indicado anteriormente, la concesión del estatuto de prisionero de guerra va a depender del cumplimiento de una serie de condiciones enumeradas en el Art. 4.2 de IIICG³⁹.

³⁷ En igual sentido: RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L.: “Tratamiento de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario y protección de las víctimas de la guerra” Tiempo de Paz, 2002, Primavera, 64, pp. 50-62

³⁸ En el caso de que se estime que las milicias talibanes no pueden considerarse como fuerzas armadas de una Parte, podríamos considerar a estos combatientes, incluido el regimiento 55 como prisioneros de guerra, en la medida en que, como se ha dicho anteriormente cumplen los requisitos previstos en el Art. 4.A).2

³⁹ Véase al respecto: HENZELIN, M., “Statut des combattans et privation de liberté” en BANNELIER, K., L'intervention en Irak et le Droit International Pedone, Paris, 2004, pp. 171-182

a) Por lo que se refiere a la pertenencia a una de las Partes en conflicto, todos aquellos grupos que se consideran fieles al gobierno de Saddam Hussein y que luchan en defensa de este régimen contra la ocupación extranjera y el cambio de gobierno que como consecuencia de ésta se ha producido, cumplen este requisito. Se entiende, además, que en los supuestos de ocupación que dan lugar a un cambio de gobierno, “la resistencia” pertenece a una Parte en conflicto. Y ello con independencia de que el nuevo gobierno sea reconocido como tal por la Comunidad Internacional y la presencia de las tropas extranjeras sea aceptada por este nuevo gobierno.

No sucede lo mismo con aquellos grupos no iraquíes que luchan contra estos mismos actores en defensa de otros intereses islamistas puesto que no pertenecen (tal y como hemos indicado antes para los miembros de la red Al Qaeda) a una “Parte en conflicto” y por lo tanto o reúnen este requisito.

b) Por lo que se refiere a la existencia de una estructura jerarquizada, se puede concluir que la genuina “resistencia iraquí”, sin tener un mando único, va a aglutinar tanto a antiguos miembros del ejército iraquí como a personas desvinculadas de éste pero respondiendo a una estructura jerarquizada y a unos objetivos únicos.

La estructura jerarquizada de esta resistencia va a quedar patente en las acciones que la coalición y el nuevo gobierno emprenden en todo el país en busca de determinadas personas que son consideradas como los mandos supremos de esta resistencia y cuya captura, debería, en principio, disminuir la violencia en el país.

c) Los requisitos de llevar las armas y un distintivo fijo a la vista no son cumplido por la resistencia iraquí que, además de no llevar elementos que les que les diferencie de la población civil, tampoco han llevado las armas a la vista en la mayor parte de los actos de preparación o huida de sus actividades hostiles contra el ejército enemigo, tanto en los casos de atentados puntuales contra intereses enemigos, como en los supuestos de acciones militares contra la Coalición o grupos afines al nuevo gobierno. Así pues, no sólo incumplen el requisito previsto en el IIICG sino que tampoco cumplirían el más permisivo PAI, que sólo exige portar las armas durante el enfrentamiento militar y los actos de preparación inmediatamente previos.

d) El requisito de dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra tampoco es cumplido por estos grupos. Esto es patente cuando se comprueba que muchas de las acciones llevadas a cabo por estos grupos son verdaderos actos terroristas que no se dirigen contra objetivos militares, en los que se violan de forma muy grave los derechos de los no combatientes tanto en acciones de ataque como en contextos de detención.

No se trata, en nuestra opinión de que algunos de los miembros de la resistencia violen el DIH. Circunstancia que no privaría ni a estos ni al grupo de la posibilidad de beneficiarse, en caso de ser capturados, del estatuto de prisionero de guerra, ni, por otro lado, les eximiría de ser juzgados y sancionados por estas violaciones. Sino de que la resistencia, en general no dirige sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

Es cierto que el PAI elimina este requisito para la concesión a los miembros de un grupo el estatuto de prisioneros de guerra; sin embargo, éste no ha sido firmado por EE.UU alegando, entre otros, la posibilidad de que consigan el estatuto de prisioneros de guerra terroristas no respetan el DIH y que no se distinguen de la población civil⁴⁰. Circunstancia que va a impedir que se pueda exigir a EE.UU la concesión de este estatuto a estas personas, incluso si se acepta que esta norma se ha convertido en costumbre internacional, pudiendo calificar a EE.UU en este contexto de “objeto persistente”.

Por ello, aunque hay que distinguir entre la “genuina” resistencia iraquí (es decir, aquella que lucha para poner fin a la ocupación internacional y para deponer al nuevo gobierno formado a partir de ésta) y los terroristas internacionales (que persiguiendo fines distintos actúan en Irak) ninguno de los dos, en cuanto tales, se beneficiarán del estatuto de prisioneros de guerra.

En este sentido es de destacar el hecho de que en ninguna de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre Irak se mencione ni a la resistencia ni a las fuerzas de oposición al nuevo régimen, apareciendo exclusivamente referencias a “grupos terroristas” en los que parecen encuadrarse todos los grupos que actúan en Irak⁴¹.

Estas personas, por tanto, no pueden considerarse como combatientes lícitos y, consecuentemente, no pueden gozar del estatuto de prisionero de guerra. Se tratará de población civil, sin embargo, el hecho de que realicen actos hostiles (los actos de resistencia) va a determinar que no pueda beneficiarse de la protección que el IVCG y el PAI otorga a la población civil. Sólo se beneficiarán, por tanto, de las normas mínimas de humanidad que se recogen en el Art.3 común y 75 PAI y que han sido consideradas como aplicables en todo contexto y a toda persona.

2. Miembros de Al-qaeda y de otros grupos terroristas internacionales

A. Los que luchan del lado de los talibanes o del ejército iraquí

Según lo dicho anteriormente, los terroristas que se encuentren dentro de la estructura militar de los talibanes ya sea directamente, ya sea a través del llamado regimiento 55, pueden considerarse como incluidos dentro del art. 4.A.1 del IIICG

⁴⁰ Message from the President of the United States US Government printing office, 100th Congress, 1 session, treaty doc 100-2 Washington 1987).

⁴¹ La resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que pone fin a la ocupación en Irak, la resolución 1546 (2004), se acompaña de dos cartas, una de Primer Ministro del Gobierno provisional del Iraq, Sr. Ayad Allawi, y otra del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Sr. Colin L. Powell. En la primera de ellas se habla de “*fuerzas en el país, incluidos elementos extranjeros, que se oponen a nuestra transición hacia la paz, la democracia y la seguridad*”, en la segunda se habla de “*los insurgentes, que incluyen elementos del régimen anterior, combatientes extranjeros y milicias ilegales*”. En los que parece intuirse la aceptación de la composición plural de la resistencia iraquí y con ello, la posibilidad de un estatuto jurídico distinto para cada uno de estos componentes

(como miembros de las fuerzas armadas o como miembros de cuerpos de voluntarios que forman parte de las fuerzas armadas)⁴².

Y lo mismo y por idénticas razones, por lo que se refiere a los terroristas que se encontrasen dentro del ejército iraquí.

En este sentido, la realización de actos terroristas no les va a despojar del estatuto de prisionero de guerra, aunque tampoco les va a privar de la responsabilidad personal en la que incurran como consecuencia de la comisión de estos actos.

B. Los terroristas no vinculados a ningún combatiente legal.

Puesto que el estatuto de prisionero de guerra sólo se obtiene en el marco de un conflicto armado y, puesto que hemos indicado que no existe un conflicto armado, tal y como lo define el DIH, entre EEUU y la red Al-qaeda u otros grupos terroristas islamistas, podemos concluir que los terroristas que no se encuentren vinculados a las milicias talibanes o al ejército iraquí no pueden ser considerados como prisioneros de guerra.

Los terroristas que se encontraban en Afganistán o en Irak en el momento de ser detenidos y que posean la nacionalidad de estos últimos, gozarán, en principio, del estatuto de población civil, aunque sólo quedarán protegidos por las disposiciones previstas en el IVCG si no realizan actos perjudiciales a la seguridad del Estado⁴³.

Está claro que los actos de terrorismo son actos perjudiciales a la seguridad del Estado. No obstante, en el contexto que analizamos, estos actos no están necesariamente vinculados al conflicto entre EE.UU y Afganistán o EE.UU e Irak. Como hemos indicado al principio, el terrorismo islamista tiene objetivos más amplios que se pueden aislar de ambos conflictos. En todo caso, la vinculación de estos actos con el conflicto armado, es algo que presume el Convenio⁴⁴, pero cuya letra se presta a una interpretación más amplia que excluiría a estas personas de la protección general prevista por el IVCG, aunque no de las normas mínimas de humanidad recogidas en los Arts 3 común y 75 PAI que han sido considerados como aplicables en todo contexto y a toda persona.

El Art. 5 IVCG consagra la imposibilidad de ampararse en los derechos y privilegios conferidos por este convenio no sólo aquellas personas que se dedican a actividades perjudiciales a la seguridad del Estado sino también aquellas personas que

⁴² En el caso de que se estime que las milicias talibanes no pueden considerarse como fuerzas armadas de una Parte, podríamos considerar a estos combatientes, incluido el regimiento 55 como prisioneros de guerra, en la medida en que, como se ha dicho anteriormente cumplen los requisitos previstos en el Art. 4.A).2.

⁴³ Si los cometiesen sólo estarían protegidos por las garantías mínimas recogidas en el Art. 75 PAI que se debe considerar como norma consuetudinaria.

⁴⁴ La versión inglesa habla de actos de hostilidad. En la conferencia diplomática de 1974-1977 se definieron estos actos como “*actos de guerra que por su índole o finalidad están destinados a atacar al personal y al material de las fuerzas armadas del adversario*” (Actas XIV, CDDH/III/Sr.2, pag. 16).

resulten “fundadamente sospechosas” de cometer este tipo de actos. El margen de maniobra de los Estados es, por tanto muy amplio, al tiempo que la situación de indefensión de los individuos muy grande, al no existir mecanismo específico que permita controlar lo “fundado” de las sospechas o la realidad de la comisión de estos actos perjudiciales. En definitiva, no se prevén recursos para aquellas personas a las que se ha privado de la protección del convenio, quedando a merced de las gestiones que puedan realizar las Potencias protectoras (allá donde las haya) o el Comité Internacional de la Cruz Roja en su favor.

El resto de los miembros de Al-qaeda no vinculados a los talibanes o al ejército iraquí, no estarían, en principio, protegidos por el DIH.

Sin embargo, podemos distinguir dos escenarios distintos.

- a) Si estas personas se encuentran fuera del territorio afgano o iraquí en el momento de su captura, no deberán verse afectados por el conflicto armado, y se les aplicará el conjunto de normas que rigen en tiempos de paz, el DIDH, en vez del DIH.
- b) los terroristas extranjeros que no estén vinculados a los talibanes o al ejército iraquí y sean capturados en territorio afgano o iraquí, no estarían, tampoco, protegidos por el DIH en tanto que su país de origen no sea considerado beligerante.

No obstante, y como destaca J. L. RODRIGUEZ VILLASANTE⁴⁵ a partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, se podría extender la protección del DIH a estas personas, independientemente de su nacionalidad, dado que, por su situación en el conflicto, se puedan asimilar a la población enemiga y siempre que éste confiera el mayor grado de protección posible a estas personas.

De esta forma, el DIH podría aplicarse a los terroristas que, sin poseer la nacionalidad afgana o iraquí, se encuentren en alguno de estos Estados durante el conflicto o la ocupación y no sean considerados como combatientes. No obstante, la realización de actos hostiles en este contexto va a determinar, al igual que en el caso de los terroristas de estas nacionalidades, que sólo sean protegidos por el Art. 75 PAI.

4. Conclusión. De todos los detenidos, ¿cuáles tienen derecho al estatuto de los prisioneros de guerra?

De todas las categorías mencionadas antes, se deben considerar como prisioneros de guerra: en el conflicto con Afganistán, todos los miembros de la milicia talibán o cuerpos de voluntarios que formen parte de ese ejército, sean o no afganos, estén o no vinculados a Al-qaeda. En el conflicto con Irak, todos los miembros del antiguo ejército iraquí, sean o no iraquíes y estén o no vinculados a algún grupo terrorista armado.

⁴⁵ RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., “Tratamiento de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario y protección de las víctimas de la guerra” *Tiempo de Paz*, 2002, Primavera, 64, pp. 50-62.

No son prisioneros de guerra, por el contrario, los detenidos que no se encuentren vinculados a los talibanes o al ejército iraquí. Sin embargo, se podría diferenciar entre:

- aquellos que se encuentran en Afganistán o Irak y realizan actos hostiles, a los que sólo protege un conjunto de normas mínimas de humanidad,
- aquellos que se encuentran en Afganistán o Irak y no realizan actos hostiles contra EEUU, que gozan de toda la protección prevista por el IVCG para la población civil,
- aquellos detenidos que no se encuentran en Afganistán o Irak y que no se vinculan de forma alguna con el conflicto entre EEUU y estos países, a los que no se aplica el DIH sino el Derecho Internacional que rige en tiempos de paz.

Así pues, existen distintos estatutos jurídicos aplicables a las personas que se encuentran en la base militar de Guantánamo. Está claro, consecuentemente, que EEUU hierra en su apreciación de que ninguno de los “combatientes enemigos” detenidos en Guantánamo goza del estatuto de prisionero de guerra. Pero además hierra doblemente, porque, a la vista de lo dicho anteriormente, debería entender que, por lo menos hay alguna duda acerca del estatuto jurídico de algunas de estas personas detenidas.

En este caso, tal y como prevé el art. 5 (2) IICG y el art. 45.1 del PAI⁴⁶, que, han sido considerados como norma consuetudinaria por EEUU, y tal y como ha venido haciendo EEUU en los conflictos recientes, es preciso que se le aplique provisionalmente el estatuto de prisionero de guerra y que un tribunal (enmarcado dentro del poder judicial) determine su estatuto definitivo⁴⁷.

El argumento de EEUU para justificar este comportamiento es que: este artículo sólo se aplica en caso de que existan dudas sobre el estatuto, las autoridades Norteamericanas no tienen ninguna duda del mismo⁴⁸. Sin embargo, la existencia de estas dudas no debe ser apreciada exclusivamente por las autoridades en cuyo poder se encuentran estas personas, sino que debe ser apreciadas objetivamente. Son pruebas de la existencia de estas dudas: el amplio debate que sobre esta cuestión se ha levantado, así como las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que

⁴⁶ “La persona que participe en las hostilidades y caiga en poder de una Parte adversa se presumirá prisionero de guerra y, por consiguiente, estará protegida por el III Convenio cuando reivindique el estatuto del prisionero de guerra, cuando parezca tener derecho al mismo, o cuando la Parte de que dependa reivindique ese estatuto en su favor mediante una notificación a la Potencia detenedora o a la Potencia protectora. Si hubiere alguna duda respecto a su derecho al estatuto de prisionero de guerra, tal persona continuará beneficiándose de este estatuto y, en consecuencia, seguirá gozando de la protección del III Convenio y del presente Protocolo hasta que un tribunal competente haya decidido al respecto.”

⁴⁷ En igual sentido se manifiesta el Alto Comisionado de Derechos Humanos, en su declaración de 16 de Enero de 2002.

Véase también: NAQVI, Y., “Doubtful prisoner-of-war status” *RICR* n° 847, pp. 571-596.

⁴⁸ Status of Detainees of Guantanamo. Casa Blanca, 7 de Febrero de 2002 (www.whitehouse.gov).

califica esta indefinición de ilícita y pide la determinación por un juez competente del estatuto de estas personas⁴⁹ y el comunicado del CICR que indica no estar de acuerdo con la calificación jurídica realizada por EEUU⁵⁰.

Además, el propio Derecho de este país prevé que un tribunal competente determine si una persona detenida se beneficia de las disposiciones del IIICG⁵¹.

Por lo que se refiere a los detenidos en el conflicto con Irak, sin embargo, no podemos considerar, *a priori*, que existe un error en la concesión del estatuto de prisionero de guerra. Y esto sin perjuicio de expresar la necesidad de aclarar el estatuto de aquellas personas detenidas bajo el concepto de “detenidos de seguridad”, puesto que entre ellos se podrían encontrar, por un lado, personas pertenecientes al ejército iraquí que, sean o no terroristas, cometan o no actos de insurgencia, deberían ser considerados como prisioneros de guerra.

IV. LOS DETENIDOS EN GUANTÁNAMO Y EN IRAK: INTERNAMIENTO Y PUESTA EN LIBERTAD

El interés de todo lo que acabamos de analizar va a estar en el hecho de que la protección que se otorga a unos y otros es distinta según el estatuto jurídico de que se goce. A continuación nos centraremos en ver esta protección bajo dos prismas distintos: el internamiento y la puesta en libertad de los detenidos.

1. Los prisioneros de guerra y la privación de su libertad

El IIICG establece, en su art. 21, que “*La Potencia en cuyo poder se encuentren los prisioneros podrá internarlos*” y en el Art. 118 que “*Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas*”.

⁴⁹ “*After careful deliberation on this request, the Commission decided during its 114th regular period of sessions[1] to adopt precautionary measures, according to which we ask Your Excellency’s government to take the urgent measures necessary to have the legal status of the detainees at Guantanamo Bay determined by a competent tribunal. Given the significance and implications of this request to and for the United States and the detainees concerned, the Commission wishes to articulate the basis upon which it reached this decision*” Inter-American Commission on Human Rights: Detainees at Guantanamo Bay, Cuba, pertinent parts of decision on request for precautionary measures March 12, 2002.

Un análisis de este texto se pueden encontrar en: PÉREZ GONZÁLEZ, M Y RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos” REDI., vol LIV (2002), pp. 34-36.

⁵⁰ “*A tenor del derecho internacional humanitario, los miembros de las fuerzas armadas y de las milicias que forman parte de estas fuerzas armadas capturados por el adversario en un conflicto armado internacional gozan de la protección del III Convenio de Ginebra. Discrepan Estados Unidos y el CICR en cuanto a los procedimientos pertinentes para determinar que las personas detenidas no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. Estados Unidos y el CICR proseguirán el diálogo a este respecto*” CICR Comunicado de Prensa 9 de Febrero de 2002.

⁵¹ US Dept. of The Army. The Law of Land Warfare (para71 Field Manual 27-10-1956).

A pesar de ello, varias cuestiones se plantean en este caso, en primer lugar, el final de las hostilidades activas. Las autoridades americanas nos han dejado de manifestar que la guerra contra el terrorismo será muy larga. Sin embargo, no es esta guerra la que implica la activación del DIH, sino los conflictos armados en Afganistán e Irak.

Pudiera pensarse que la caída de los regímenes taliban y de Sadam Hussein y la instauración de nuevos gobiernos, con la aprobación de la Comunidad Internacional, supondrían el fin de los conflictos. Pero esto no es así, por un lado, los conflictos internos siguen abiertos al seguir existiendo grupos de resistencia taliban en algunas partes de Afganistán y al haber un conflicto abierto entre la resistencia y el gobierno provisional en Irak. Por otro lado, continúan produciéndose actividades militares de EE.UU en ambos países.

La situación es peculiar en ambos casos ya que las actividades militares de EE.UU no son contra el gobierno del país, sino contra los insurgentes: talibanes y resistencia iraquí. Y ello nos hace plantearnos si sigue existiendo un conflicto armado.

Estrictamente hablando, ya no nos encontramos ante un supuesto de “*guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes*”, puesto que ni los talibanes, ni la resistencia iraquí, ni los grupos terroristas que actúan en ambos países son Altas Partes Contratantes, en los primeros casos se trata de movimientos insurgentes y en último de un grupo terrorista. De ahí que, parte de la doctrina⁵² estime que en estos casos no estamos en un conflicto armado internacional al que se apliquen los Convenios de Ginebra y, consecuentemente, se deba proceder a la liberación de los prisioneros de guerra. En esta línea se manifiesta el CICR, al indicar que, desde el fin de la ocupación de EE.UU en Irak y, puesto que su presencia en la zona se fundamenta, ahora, en el consentimiento de gobierno, se ha puesto fin al conflicto armado internacional y, por lo tanto, a la aplicación de los Convenios de Ginebra y resto de la normativa aplicable a los conflictos armados internacionales⁵³.

⁵² “*Tout différend surgissant entre deux Etats et provoquant l'intervention des membres des forces armées, est un conflit au sens de l'article*”.(SANDOZ, Y., SWINARSKY, CH, ZIMMERMANN, B. (ed.), Commentaire des Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, CICR y Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra pág 26).

⁵³ “*Como se indica en la resolución, la presencia y las operaciones militares de la fuerza multinacional en Irak se fundamentan en el consentimiento del Gobierno provisional del Irak. En consecuencia, el CICR ya no considera que la situación en Irak sea la de un conflicto armado internacional entre la coalición encabezada por Estados Unidos y el Estado de Irak y que, por ende, cae dentro del ámbito de aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949. Las hostilidades actuales en Irak entre combatientes armados que se oponen a la fuerza multinacional, por un lado, y/o a las nuevas autoridades, por el otro, constituyen un conflicto armado no internacional. Esto significa que todas las partes, incluida la fuerza multinacional, están obligadas por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y por las normas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados no internacionales*”.(en CICR. 24-08-2004. “Irak después del 28 de junio de 2004: la protección de las personas privadas de libertad sigue siendo una prioridad”, <http://www.CICR.org>)

Otros, estiman que, desde el momento en que hay un uso de la fuerza en otro Estado, estamos en un conflicto armado, y ello independientemente de que ese uso de la fuerza se realice contra el gobierno o contra otros grupos insurgentes y de que goce o no del consentimiento del Estado. La jurisprudencia internacional se inclina por esta segunda postura, entendiendo que hay conflicto internacional desde el momento en que hay una intervención de un tercer Estado en el conflicto, independientemente de a favor de quién se realice ésta⁵⁴.

Nosotros entendemos que en los supuestos en los que el grado de hostilidades entre estos grupos y el tercer Estado es de tal nivel que puede asimilarse a un “conflicto armado” la interpretación que mejor se acomoda al espíritu de los Convenios de Ginebra es la segunda. El objetivo último del DIH no es otro que el de proteger a aquellos que están en poder del enemigo, en este caso, otro Estado, y la primera postura les deja en el más absoluto desamparo. Además, no podemos olvidar que el establecimiento de los gobiernos que actualmente están en el poder se debe a la participación directa de EE.UU en estos países. Esta idea parece ilustrar una situación que podríamos calificar de paralela, la prevista en el Art. 47 IVCG que prevé que cuando se produzca “*un cambio... a causa de la ocupación, en las instituciones o en el Gobierno del territorio de que se trate, sea por acuerdo concertado entre las autoridades del territorio ocupado y la Potencia ocupante, sea a causa de la anexión por esta última de la totalidad o de parte del territorio ocupado*” no se privará a los civiles en poder del enemigo de la protección del convenio.

Consecuentemente, si sigue existiendo conflicto armado, es lícito seguir manteniendo en cautividad a los prisioneros de guerra bajo estos parámetros.

Respecto a la decisión de internar a algunos de estos prisioneros en la base militar de Guantánamo, nada se opone a ello en el IIICG. Éste sólo dispone que no podrán ser enviados a “*regiones donde queden expuestos al fuego de la zona de combate*”(Art. 23 IIICG), circunstancia que se cumple “en demasía” en el caso de los prisioneros de Guantánamo. Y que sólo podrán ser internados “*en establecimientos situados en tierra firme y que ofrezcan toda garantía de higiene y salubridad*”(art. 22 IVCG) circunstancia que, a la luz de los datos de los que se dispone también se cumple en estos casos⁵⁵.

⁵⁴ Véase al respecto: Décision relative à la requête du Procureur aux fins d'obtenir des mesures de protection pour des victimes et des témoins, Le Procureur c/ Tadic, Affaire n° IT-94-1, Ch. prem. inst. II, 10 août 1995, párrs 71 y ss. Donde se habla exclusivamente de una intervención exterior, sin mencionar en ningún momento que esta intervención exterior debe ser en apoyo de la parte no-gubernamental.

⁵⁵ Una cuestión que ha sido denunciada por los medios de comunicación y organizaciones humanitarias, y en la que nosotros no vamos a entrar, es la forma en la que estas personas han sido trasladadas a la base militar de Guantánamo. El Comité contra la Tortura ya ha llamado la atención sobre similares comportamientos en varias ocasiones al analizar el comportamiento de Israel con sus detenidos (Véase al respecto Acta resumida de la 1ª parte de la 336ª sesión del Comité contra la Tortura. Israel, 20-6-98) Un análisis completo de estas condiciones se puede encontrar en: PÉREZ GONZÁLEZ, M Y RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos” REDI., vol LIV (2002), pp. 25 y ss.

Por lo que se refiere al mantenimiento de la detención una vez que termine el conflicto, el IICG dispone que si se ha iniciado, o se inicia durante el conflicto un procedimiento penal contra ellos, se les puede mantener detenidos en concepto de prisión provisional “*Los prisioneros de guerra contra quienes se haya incoado proceso penal por crimen o delito de derecho penal, podrán ser retenidos hasta el fin de la causa y, eventualmente, hasta la extinción de la pena. Lo mismo será de aplicación respecto a los condenados por crimen o delito penal*” (Art 119 IICG).

Aunque el estatuto de prisionero de guerra no lo pierdan en ningún momento ni durante ni después del procedimiento penal, con posterioridad a la sentencia condenatoria, sólo se les aplicarían los arts 78, 108 y 126 IICG vinculados al control por parte de la Potencia protectora de las garantías legales que le corresponden, al mantenimiento del derecho a recibir correspondencia y socorros así como a hacer ejercicio diario a aire libre y a recibir la asistencia médica y espiritual que requieran. Estos derechos los mantendrán hasta su efectiva liberación, incluso una vez finalizado el conflicto.

Cuando hayan terminado las hostilidades y si no se ha iniciado un procedimiento penal, sólo la existencia de una detención preventiva (con vistas a iniciar un proceso penal) o de una detención administrativa (por razones de seguridad) justificarán la no liberación de estas personas. Pero para ello se aplicarán, las normas que rigen en tiempo de paz y a las que nos referiremos posteriormente.

2. Población civil y privación de su libertad

A. Personas protegidas por el DIH

Se trata de las personas capturadas en Afganistán e Irak, pero sin vinculación directa con las milicias talibanes o el ejército iraquí y que han sido detenidas durante el conflicto y/ocupación.

Dentro de estas podemos distinguir entre:

- Las que realicen actos perjudiciales, a las que, como hemos indicado anteriormente, el DIH sigue considerando como población civil, pero sin concederles los beneficios de este estatuto sino simplemente un trato mínimo de humanidad⁵⁶.

Nada dice el IVCG sobre las razones por las cuales el Estado en cuyo poder se encuentran estas personas puede mantenerlas detenidas. Sin embargo, el Art. 75 PAI nos habla de la detención por actos relacionados con el conflicto, que parecen ser más allá de las cuestiones penales, los únicos que pueden justificar su detención. Detención que tendrá en su base, más allá de los casos en los que se imponga una pena de privación de libertad a estas personas, en motivos de seguridad.

⁵⁶ Art. 5 IVCG.

Al igual que a la hora de determinar el estatuto jurídico de estas personas, la existencia de una guerra internacional en la que se enlaza una “lucha contra el terrorismo” va a complicar las cosas. Muchos de los detenidos en Afganistán y en Irak lo van a ser por sus vínculos con los grupos terroristas, los cuales no son necesaria y directamente “actos relacionados con el conflicto armado” en cuanto tal. Sin embargo, si tenemos en cuenta que tanto el origen de los conflictos, como las razones del mantenimiento de la presencia militar de EE.UU en ambos países sí que están vinculados con la lucha contra el terrorismo, y la justificación de su detención en motivos de seguridad⁵⁷, sí que podríamos considerar estas detenciones bajo estos parámetros.

Para estas personas, el Art. 75 PAI dispone que serán tratadas con humanidad, que tendrán derecho a un juicio justo, que se les informará de las razones de su detención, y que serán liberadas, “*lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, prisión o internamiento*”. Se establece, así mismo, que esta protección será de aplicación incluso después del fin de las hostilidades hasta su puesta en libertad.

En consecuencia, aquellos que se sospecha o se tiene la constancia de que están directa o indirectamente vinculados a los grupos terroristas, pero cuyo comportamiento no puede ser castigado de acuerdo con las leyes penales, su puesta en libertad durante el conflicto vendría determinada, fundamentalmente, por el fin de la amenaza terrorista que es la circunstancia que ha justificado su detención. Para aquellos cuyas actividades, puedan ser consideradas como sancionables penalmente, el fin de su cautiverio dependerá, además, del cumplimiento de las penas impuestas.

En todo caso, es preciso destacar que no están previstos mecanismos específicos para controlar ni los motivos de la detención ni de la necesidad de la puesta en libertad de estas personas. Ahora bien, la situación de total indefensión en la que quedan estas personas a las que las sospechas de realizar actos hostiles ha privado de la protección de los convenios, y a las que sólo ampara expresamente el derecho a ser informado de las razones de su detención, hace necesaria la posibilidad de acudir a los tribunales para que estos controlen la licitud de su situación. En este sentido, tal y como ha indicado el Comité de Derechos Humanos, “*el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto*”⁵⁸.

⁵⁷ Circunstancia que se demuestra en que las autoridades americanas califican a la mayor parte de los detenidos en Irak como “detenidos de seguridad”.

⁵⁸ Observación general del Comité de Derechos Humanos Nº 29 Estados de emergencia (Art. 4) 31/08/2001 UN.Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

En ese sentido, son de desatacar las palabras de la Relatora especial sobre Terrorismo y Derechos Humanos: “*A fin de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, el derecho de acudir a la vía judicial, para que los tribunales decidan sin demora acerca de la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto*”. Segundo informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa, relatora Especial. Terrorismo y Derechos humanos . UN.Doc E/CN.4/Sub.2/2002/35, párr. 52.

Puesto que, tal y como hemos visto en la primera parte, el DIDH se aplica de forma complementaria al DIH en situaciones de conflicto, y, puesto que se aplica a todas las personas sometidas a la jurisdicción de un Estado. No sólo aquellas personas que se encuentren en EE.UU o en territorio de Guantánamo sino todas las personas en poder de EE.UU, incluso las que están en Irak tienen derecho a iniciar un procedimiento en el que se determine la legalidad de su detención. Este derecho, por otro lado, ha sido reconocido por el Tribunal de EE.UU para todos los extranjeros que se encuentren en poder de EE.UU incluso cuando estén fuera de su territorio estatal⁵⁹.

Pero, ¿se puede mantener detenidas a estas personas, una vez finalizado el conflicto, alegando exclusivamente cuestiones de seguridad?. Si la respuesta es positiva, el fundamento no estará en el DIH, sino en el DIDH, que sería de aplicación desde el momento en que terminen las hostilidades.

- Para las personas que no realicen actos perjudiciales, sí que se prevé una protección especial, contenida esencialmente en la sección IV del título III del IVCG (arts 79-141). La protección, por lo que se refiere al inicio de la detención se centra en que su internamiento sólo debe producirse “*por razones de imperiosa necesidad*” vinculadas a “*la causa de la guerra*”, (una vez más nos encontramos con un concepto que, en este contexto es de difícil interpretación) y que éstas deben determinarse de acuerdo con un procedimiento “*regular*”⁶⁰ en el que debe estar prevista la apelación⁶¹.

Por lo que a nosotros nos interesa, esto supone que aquellos civiles que no realicen actos hostiles contra EEUU, sólo pueden ser internados después de incoar un procedimiento regular en el que se determine la existencia de “razones imperiosas de seguridad” de encarcelar a esa persona, y ante cuyo fallo pueda, esta última, presentar un recurso de apelación. Además, toda persona internada deberá ser puesta en libertad por la potencia en cuyo poder se encuentre “*tan pronto como dejen de existir los*

⁵⁹ “*But in any event, nothing in Esisentrager or in any of other cases categorically excluded aliens detained in military custody outside the United States from the privilege of litigation in US Courts...Federal Court have jurisdiction to determine de legality of Executive’s potentially indefinite detention of individuals who claim to be wholly innocent of wrongdoing*” Sentencia de 28 de junio de 2004. *Rasul et al v. Bush, President of the United States et al*” pags 16 y 17

⁶⁰ Art. 78.

⁶¹ “*Si la Potencia ocupante considera necesario, por razones imperiosas, tomar medidas de seguridad con respecto a las personas protegidas, podrá imponerles, como máximo, una residencia forzosa o internarlas.*

Las decisiones relativas a la residencia forzosa o al internamiento se tomarán según un procedimiento legítimo, que determinará la Potencia ocupante de conformidad con las disposiciones del presente Convenio. En tal procedimiento se debe prever el derecho de apelación de los interesados. Se decidirá, por lo que atañe a esta apelación, en el más breve plazo posible. Si se mantienen las decisiones, serán objeto de revisión periódica, a ser posible semestral, por un organismo competente constituido por dicha Potencia.

Las personas protegidas obligadas a la residencia forzosa y que, por consiguiente, hayan de abandonar su domicilio, se beneficiarán, sin restricción alguna, de las disposiciones del artículo 39 del presente Convenio” Art. 78 IVCG.

motivos de su internamiento”⁶² o “*lo más rápidamente posible al fin de las hostilidades*”⁶³.

Ahora bien, si los detenidos de Guantánamo lo son, presumiblemente, por estar vinculados al terrorismo, y si consideramos que estos actos de terrorismo son actos perjudiciales para la seguridad del Estado, la mayor parte de estas personas caerán dentro del supuesto anterior, al suponer una amenaza a la seguridad del Estado.

Por lo que se refiere al mantenimiento de la detención después del conflicto, se nos plantean prácticamente los mismos problemas que los vistos para los prisioneros de guerra. Mientras duren los conflictos EEUU-Afganistán, y EE.UU –Irak estas personas pueden permanecer detenidas si ello es necesario por razones de seguridad. Cuando termine el conflicto armado, estas personas deben ser liberadas. Sin embargo, “*los internados en el territorio de una de las Partes contendientes que se hallaren sujetos a proceso penal por infracciones no exclusivamente punibles con castigos disciplinarios podrán ser retenidos hasta el fin del enjuiciamiento y, eventualmente, hasta la extinción de la pena*” (Art. 133 IVCG).

Si no se ha iniciado un procedimiento penal, sólo los supuestos de detención provisional y detención administrativa pueden justificar la retención de estas personas, pero para la determinación de la existencia de las causas que justifican esta detención, es necesario aplicar las normas que rigen en tiempos de paz.

B. Personas no protegidas por el DIH y a las que se aplican las normas que rigen en tiempos de paz y privación de su libertad

Esta situación regiría no sólo para aquellas personas que carezcan de la protección del DIH por no estar directamente vinculadas al conflicto, sino también todas aquellas personas a las que ya no se les debería aplicar el DIH porque el conflicto armado ha finalizado⁶⁴.

Podemos distinguir dos momentos:

a) desde que son capturadas y hasta que se las ponga a disposición judicial (la detención provisional) puede pasar un periodo de tiempo muy breve⁶⁵, en el que además, es posible la interposición del *habeas corpus*⁶⁶.

⁶² Art. 132 IVCG.

⁶³ Art. 133 IVCG.

⁶⁴ Ello no obsta que las normas de Derecho Internacional Humanitario referentes a los prisioneros de guerra y los detenidos se mantengan, en vigor hasta su liberación definitiva (art.5 IIICG) y (5 IVCG).

⁶⁵ “*Otra cuestión es la duración total de la prisión preventiva. Respecto de algunas categorías de infracciones penales en ciertos países, esta cuestión ha provocado alguna inquietud en el Comité, y los miembros han preguntado si las decisiones se han ajustado al derecho de la persona "a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad" que establece el párrafo 3. La prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible. El Comité agradecería que se le facilitase información acerca de los mecanismos existentes y las medidas adoptadas con miras a reducir la duración de la prisión preventiva*” Comité de Derechos Humanos: Observación general N° 8. Derecho a la libertad y

Pasado este periodo, es preciso o poner en libertad al detenido o ponerlo a disposición judicial.

b) En éste último caso, si se establecen cargos contra esta persona, el juez encargado del caso puede determinar la prisión provisional. La duración de la misma dependerá de los cargos imputados pero que, puesto que estamos hablando de los atentados del 11 de septiembre, se puede presumir larga⁶⁷.

También es posible que en este periodo estén detenidas en concepto de “detenidos administrativos”, alegando cuestiones de seguridad⁶⁸. No se plantean problemas para los detenidos capturado territorio estatal, (siempre que se cumplan las normas de procedimiento, forma, duración y condiciones que el Derecho Internacional impone)⁶⁹, pero, encuentro muy dudoso que el Derecho Internacional permita que un Estado detenga a extranjeros que están en otro país, y que no tienen pendiente causa penal alguna, alegando cuestiones de seguridad. Estimamos que esta aplicación extra-

seguridad personales, (Art 9), 30/07/82, UN.Doc. CCPR Comentario General n 816° período de sesiones (1982).

⁶⁶ “*Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal*” Art. 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En ese sentido, son de desatacar las palabras de la Relatora especial sobre Terrorismo y Derechos Humanos: “*A fin de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, el derecho de acudir a la vía judicial, para que los tribunales decidan sin demora acerca de la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto*”. Segundo informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa, relatora Especial. Terrorismo y Derechos humanos UN.Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/35, párr. 52.

⁶⁷ El artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Humanos establece que “*Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”.

⁶⁸ “*Incluso en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública ésta debe regirse por las mismas disposiciones, es decir, no debe ser arbitraria, debe obedecer a las causas fijadas por la ley y efectuarse con arreglo al procedimiento establecido en la ley (párr. 1), debe informarse a la persona de las razones de la detención (párr. 2) y debe ponerse a su disposición el derecho a recurrir ante un tribunal (párr. 4), así como a exigir una reparación en caso de que haya habido quebrantamiento del derecho (párr. 5). Si, por añadidura, en dichos casos se formulan acusaciones penales, debe otorgarse la plena protección establecida en los párrafos 2 y 3 del artículo 9, así como en el artículo 14*”. Observación General del Comité de Derechos Humanos n° 8, El derecho a la libertad y a la seguridad personales (Art 9). 30/07/82 UN.Doc CCPR Comentario general n° 8.

⁶⁹ En una situación especial se encuentran los extranjeros que han sido detenidos dentro de EEUU y a las que se aplica el USAPATRIOT Act, que va a permitir que sean detenidas por un periodo de hasta siete días sin cargos y con un acceso a los tribunales muy limitado. Además para aquellas personas que se le califique de “certified terrorists” pueden estar detenidos indefinidamente, a través de prórrogas de 6 meses. Nótese que no es necesario imputar a estas personas delitos penales, su detención está basada en razones de seguridad y se entiende que su liberación puede poner en peligro la seguridad nacional y la de los individuos.

Esta detención ilimitada por cuestiones de seguridad es ilícita desde cualquier perspectiva y atendiendo a cualquier norma internacional al respecto.

territorial de las leyes de seguridad del Estado no está hoy permitida por el Derecho Internacional.

En todo caso, la detención “administrativa” (aquella motivada por cuestiones de seguridad) sólo puede tener una duración muy limitada⁷⁰ y se produce en supuestos muy específicos. También en este caso cabe el *habeas corpus*⁷¹, procedimiento que, de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, es posible interponer, incluso en situaciones de emergencia⁷².

Por lo que se refiere a la posibilidad de mantenerlos en prisión después de un juicio absolutorio, la medida debe ser considerada a todas luces ilícita⁷³.

V. CONCLUSIONES

De todo lo visto hasta ahora destacan una serie de ideas:

- El Estatuto de los detenidos en Guantánamo está marcado por la existencia de un conflicto armado entre EEUU y Afganistán; y el de los detenidos en Irak por el conflicto entre Estados Unidos e Irak.

⁷⁰ La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos nos recuerda: “El Comité ha planteado en reiteradas ocasiones su preocupación, en el contexto de la adhesión de los Estados al artículo 9 del Pacto (derecho a la libertad y la seguridad personales), por la tendencia a ampliar y prorrogar las facultades de arresto y detención. Ha declarado que el período de detención asta que la persona sea llevada ante un juez u otro funcionario no debe exceder de “unos pocos días” Informe de la Alta Comisionada presentado de conformidad con la resolución 48/141 de la Asamblea General “Los derechos Humanos como marco de unión” UN.Doc E/CN.4/2002/18.

⁷¹ “...en particular la garantía fundamental estipulada en el párrafo 4, es decir, el derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida sobre la legalidad de su prisión, se aplica a todas las personas privadas de libertad por detención o prisión. Además, los Estados Partes tienen, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2, la obligación de garantizar que se ofrezca un recurso efectivo en otros casos en que una persona alegue que ha sido privada de libertad en violación del Pacto...” Observación General del Comité de Derechos Humanos n° 8, El derecho a la libertad y a la seguridad personales (Art 9). 30/07/82 UN.Doc CCPR Comentario general n° 8.

⁷² “16... Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto” observación general sobre el artículo 4 (adoptada el 24 de julio de 2001 durante la 1950ª reunión).

La Constitución americana establece en el Art.1.Secc 9, párr. 2 lo siguiente “El privilegio de la Orden Judicial de Habeas Corpus no será suspendido, salvo en casos de rebelión o Invasión en que así lo requiere la seguridad pública”. Lo cual no se produce en este caso. (Véase al respecto VALLENAS, GAONA, J.R., “Los estados de excepción a la luz de los derechos humano.+s en el sistema americano”, www.filosofiyderecho.com

⁷³ “La Comisión Interamericana ha establecido que el término “arbitrario” es sinónimo de “irregular, abusivo, contrario a derecho”. Ha considerado arbitraria la detención administrativa de personas que ya han cumplido penas impuestas por sentencias judiciales o cuya libertad ha sido ordenada por un tribunal y la imposición de medidas privativas de libertad por razones de seguridad.” Informe n° 35/96,Caso 10.832, Luis Lizardo Cabrera, República dominicana, 7 de abril de 1998.

- El Derecho Internacional tiene criterios suficientes para catalogar y conceder un estatuto jurídico a todas estas personas. Las responsabilidades que el DIH impone a EEUU con estas personas no varían por encontrarse éstas detenidas en territorio de EE.UU o de otro país.
- La figura de “combatiente enemigo” o de “detenido de la guerra contra el terrorismo” no existe como tal en el DIH para designar a personas bajo el poder de un Estado que no es el suyo. Las personas detenidas, o gozan del estatuto de prisionero de guerra y la correspondiente protección, o gozan del estatuto de población civil con la correspondiente protección. Es de destacar en este último caso que la protección es distinta según los detenidos sean o no sospechosos de cometer o hayan cometido o no actos perjudiciales a la seguridad del Estado.
- Mientras que los miembros de las milicias talibanes disfrutarán, en caso de ser capturados, del estatuto del prisionero de guerra, los miembros de la resistencia iraquí no lo harán, Estos últimos no reúnen los requisitos que el DIH establece para poder considerar a los miembros de un grupo armado como prisioneros de guerra. Se tratará de población civil pero que, al cometer actos hostiles contra el Estado enemigo, perderán la protección del IVCG.
- A los actos de terrorismo y a las personas a ellos vinculadas no se aplica *per se* del DIH. Éste sólo se les podrá aplicar en la medida en que, además, estén de una o de otra forma vinculados a un conflicto armado. En caso contrario, se les deberá aplicar el Derecho que rige en tiempos de paz.
- El DIH permite que, por razones de seguridad, se mantengan detenidos tanto a los prisioneros de guerra como a los civiles. Sin embargo, mientras que los prisioneros de guerra pueden estar internados hasta el final del conflicto, para los civiles protegidos por el IVCG, es necesario justificar tanto su detención como la duración de la misma por la existencia de necesidades imperiosas de seguridad.
- Aquellos civiles de los que se sospecha que han cometido actos hostiles o que, efectivamente, se constata que los han cometido gozan de una protección muy limitada reducida a las garantías mínimas de humanidad. Es de destacar el que no esté prevista expresamente por el DIH la posibilidad de que estas personas puedan acudir a los tribunales ni para controlar las razones que les han privado de la protección del IVCG ni las que han determinado su detención e internamiento.
- La protección otorgada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las normas consuetudinarias pertinentes se extienden a todas las personas sometidas a su jurisdicción, incluso las que se encuentran fuera del territorio estatal e incluso en el marco de los conflictos armados.

- A la luz de los desarrollos recientes, se entiende, no obstante, que cualquier persona y en cualquier contexto tiene derecho a acudir a los tribunales para controlar las razones de su detención. Se trata de un derecho consagrado por el DIDH pero que no se deroga en tiempos de conflicto armado.

En general, aunque estemos hablando de la aplicación del DIH a estas personas, las razones y condiciones de su detención en Guantánamo e Irak no están vinculadas (especialmente en el primero) directamente con un conflicto armado, sino con una nueva amenaza a la seguridad de EEUU.

Ciertamente, este nuevo tipo de actores, esta brutalidad en los medios y la inseguridad generada por las técnicas utilizadas y el carácter global del fenómeno terrorista, no están consideradas por el Derecho Internacional de forma específica. Esta circunstancia hace que las figuras hasta ahora existentes y las normas previstas puedan no acomodarse adecuadamente a los intereses de los Estados.

La existencia de conflictos armados entre EEUU y Afganistán y EE.UU e Irak ha admitido la aplicación del DIH, circunstancia ésta que va a permitir aplicar medidas de seguridad más estrictas que las que se aplican en tiempos de paz. Sin embargo, EEUU no ha aceptado aplicar las normas destinadas a determinar el estatuto jurídico de estas personas, a tratarlas de acuerdo con el estatuto jurídico que les corresponde y a separar a aquellas personas vinculadas a la guerra con Afganistán e Irak de aquellas que no lo están.

Entendemos que ésta no es la solución adecuada, el Derecho Internacional debe ser lo suficientemente flexible como para hacer frente a los retos que se plantean y equilibrar los intereses de los Estados con los derechos de los individuos que tan costosamente se han logrado consagrar.

Así pues, en muchas ocasiones el derecho vigente sirve (prisioneros de guerra), en otras, se hace necesario reinterpretar las normas jurídicas a la luz del contexto actual (población civil) y finalmente, en otras, será necesario aplicar los principios generales del derecho que están en la base del ordenamiento jurídico (terroristas no vinculados al conflicto).

En todo caso, cuando el Derecho empieza a chirriar es preciso modificarlo⁷⁴, ya que sino se corre el riesgo de que se deje de aplicar unilateralmente por considerarse no adecuado y no interesar al Estado afectado o que existan personas que se encuentren en una situación de gran desamparo. Y esto es justamente lo que se debe evitar.

La guerra contra el terrorismo no es, por sus características, extensión y actores que participan, un conflicto que se acomode a la estructura del DIH. Tampoco es una situación en la que se puedan aplicar los estándares previstos para luchar contra la

⁷⁴ En igual sentido, véase Resolución del Parlamento Europeo de 7 de Febrero sobre las condiciones de detención de los prisioneros de Guantánamo.

delincuencia o hacer frente a una situación de emergencia. Es una situación especial que amenaza seriamente a la seguridad del Estado desde dentro y desde fuera, con métodos de acción y objetivos específicos, y con una extensión indeterminada en el espacio y en el tiempo.

Pero en la batalla contra el terrorismo, no se puede olvidar que, sólo en el respeto de los derechos humanos fundamentales de todos, incluso de los terroristas, está la base del verdadero éxito de EEUU, de la Comunidad Internacional y de la humanidad en general.