

LOS CAMPOS DE DETENCIÓN DE LA BASE NAVAL DE GUANTÁNAMO: ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO *

Mireya CASTILLO DAUDÍ

Catedrática de Derecho internacional público
Universidad de Valencia

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA BASE NAVAL DE GUANTÁNAMO.—2. LOS ATENTADOS TERRORISTAS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001 Y LA «GUERRA CONTRA EL TERROR».—3. DERECHO APLICABLE.—4. ESTATUTO DE LAS PERSONAS DETENIDAS EN RELACIÓN CON EL CONFLICTO ARMADO Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO.—4.1. Combatientes legítimos en Afganistán.—4.2. Beligerantes de Al-Qaeda detenidos en Afganistán.—4.3. Civiles detenidos en Afganistán.—4.4. Civiles detenidos en terceros Estados.—4.5. Menores.—CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

A finales del siglo XIX, en virtud de diversos tratados, los Estados Unidos establecieron una base militar en la provincia cubana de Guantánamo. Inicialmente destinada a base naval y carbonera¹, tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, la base se convirtió en campo de detención.

El título de Estados Unidos para detener y retener a las personas detenidas así como su estatuto jurídico plantean problemas de Derecho interna-

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Gobernanza ambiental, instrumentos jurídicos internacionales y economía verde: la Conferencia de Río+20 y más allá» (DER2012-34888), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España. El estudio se terminó de redactar en mayo de 2012 y ha sido revisado en septiembre de 2013.

¹ En la década de los noventa, la base fue utilizada para alojar a más de cincuenta mil cubanos y haitianos, refugiados e inmigrantes económicos.

cional humanitario y de Derecho internacional de los derechos humanos. El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos son sectores complementarios del Derecho internacional, que se influyen recíprocamente. Las relaciones entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos han sido estudiadas profusamente por la doctrina, en particular, bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja², y analizado en la jurisprudencia internacional³.

Este estudio se va a centrar en el análisis de las cuestiones de Derecho internacional humanitario.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA BASE NAVAL DE GUANTÁNAMO

Guantánamo es una provincia situada en el oriente de la isla de Cuba. A unos treinta kilómetros de la capital, Guantánamo, se encuentra la «Base Naval de la Bahía de Guantánamo» de los Estados Unidos, conocida como «JTF-GTMO»⁴ o simplemente «Gitmo». La base abarca un área de ciento veinte kilómetros cuadrados, aproximadamente, con una línea de costa de diecisiete kilómetros y medio.

La base naval tiene su origen, por una parte, en el Tratado de Paz entre los Estados Unidos y España, firmado en París el 10 de diciembre de 1898, que puso fin a la guerra entre ambos Estados⁵. En virtud de lo dispuesto en el art. I, España renunciaba a todo derecho de soberanía y propiedad sobre Cuba y reconocía el derecho a que fuera ocupada por los Estados Unidos, que se comprometían a asumir y cumplir «las obligaciones que por el hecho de ocuparla, les impone el Derecho internacional, para la protección de vidas y haciendas», mientras durara la ocupación. Estados Unidos ocupó la isla desde 1899 a 1902.

Por otra parte, el origen de la base naval de Guantánamo se encuentra también en la llamada «Enmienda Platt»⁶, redactada por el Secretario de Estado E. Root, en 1901, y presentada al Senado norteamericano por el Senador O. H. Platt, en 1902, con objeto de que regulara las relaciones entre el nuevo Estado independiente cubano y los Estados Unidos. Pese a la resistencia del nuevo Estado, la «Enmienda Platt» se incluyó como «Apéndice» a la Constitución de Cuba por la Convención Constituyente, en el mes de junio de 1902.

En virtud de lo dispuesto en el art. III del Apéndice de la Constitución, el Gobierno de Cuba consintió que los Estados Unidos pudieran intervenir en la

² Véase por ejemplo: *Revue internationale de la Croix Rouge*, 2008, núm. 871, *Droits de l'homme*.

³ Véase por ejemplo: Cour Européenne des Droits de l'Homme: Grande Chambre, *Affaire Al-Jedda c. Royaume Uni*, Arrêt, 7 juillet 2011.

⁴ *Joint Task Force Guantanamo*.

⁵ Véase texto en http://www.independencia.net/historia/tratado_paris1898.html.

⁶ Véase *Modern History Sourcebook: The Platt Amendment, 1901*, <http://www.fordham.edu/halsall/mo/1901platt.asp>.

Isla «para la conservación de la independencia cubana [...] y para cumplir las obligaciones que, con respecto a Cuba, han sido impuestas a los Estados Unidos por el Tratado de París y que deben ahora ser asumidas y cumplidas por el Gobierno de Cuba». Con tal propósito, en el art. VII del Apéndice, el Gobierno de Cuba se comprometía a vender o a arrendar a los Estados Unidos «las tierras necesarias para carboneras o estaciones navales en ciertos puntos determinados que se convendrán con el Presidente de los Estados Unidos».

El 20 de mayo de 1902 se proclamó la independencia de la República de Cuba. En virtud de lo dispuesto en el art. VII del Apéndice, el primer Presidente de Cuba, Tomás Estrada Palma, y el Presidente de los Estados Unidos, Theodore Roosevelt, en el mes de febrero de 1903, firmaron el Acuerdo entre los Estados Unidos y Cuba *for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations*⁷.

En virtud de lo dispuesto en el art. I del Tratado, la República de Cuba *lease*, es decir, arrendaba, a Estados Unidos «por el tiempo que sea necesario con objeto de establecer bases carboneras y navales, las siguientes áreas marítimas y terrestres situadas en la isla de Cuba: 1.º Guantánamo...» En el art. III del Tratado Estados Unidos reconocía «*the continuance of the ultimate sovereignty of the Republic of Cuba over the described areas of land and water*»; por su parte, Cuba reconocía que durante el periodo de ocupación por Estados Unidos, éstos ejercerían «*complete jurisdiction and control over and within the said areas...*».

Ese Tratado fue complementado con el Tratado de 2 julio de 1903, por el que Estados Unidos se comprometía a pagar a Cuba una suma anual de dos mil dólares, en monedas de oro de los Estados Unidos, durante el tiempo que durara la ocupación y el uso de las tierras a la que se refería el Tratado de febrero de 1903 (art. I)⁸.

El Tratado entre Estados Unidos y Cuba de 29 de mayo de 1934⁹ reafirmó la vigencia de las estipulaciones del Tratado de febrero de 1903, en lo relativo a la base naval de Guantánamo, hasta que aquellos Estados acordaran su enmienda o su derogación (art. III).

Así pues, la base naval de Guantánamo es una parte del territorio cubano sometida a la «jurisdicción y control» de los Estados Unidos; Cuba es la titular de la soberanía sobre el mismo.

Desde el triunfo de la revolución, en 1959, Cuba ha mantenido que la ocupación norteamericana de Guantánamo es ilegal, un vestigio del colonialismo, porque el Tratado de 1903 fue celebrado mediante la amenaza del uso de la fuerza¹⁰, a cambio de la retirada de las fuerzas armadas de los Estados

⁷ Véase texto en http://avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp.

⁸ DE ZAYAS, V. A., «Guantánamo Naval Base», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009, <http://www.mpepil.com>.

⁹ Véase texto en http://avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba001.asp.

¹⁰ BENÍTEZ VALDÉS, G., «Los instrumentos de Derecho internacional y la invalidez jurídica de la presencia militar norteamericana en la Bahía de Guantánamo», 2008, <http://www.ilustrados.com>.

Unidos, que ocupaban la isla. Desde 1960 Cuba ha rechazado el pago de la renta acordada en el Tratado de 1903¹¹. Asimismo, Cuba ha protestado repetidamente contra la presencia de Estados Unidos en Guantánamo ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos.

Por su parte, Estados Unidos ha manifestado reiteradamente su intención de permanecer en Guantánamo indefinidamente porque el Tratado de 1903 tiene una duración indefinida y sólo puede terminar por mutuo acuerdo¹². En el mes de enero de 1961, el Gobierno de los Estados Unidos anunció la ruptura de las relaciones diplomáticas y consulares con Cuba, pero tuvo buen cuidado de subrayar que la misma no afectaba al estatus de la base naval de Guantánamo.

2. LOS ATENTADOS TERRORISTAS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001 Y LA «GUERRA CONTRA EL TERROR»

El 11 de septiembre de 2001, en Nueva York, Washington, D.C. y Pennsylvania, se produjeron los horribles ataques terroristas causantes de la muerte de casi 3.000 civiles y enormes daños materiales¹³.

El 12 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1.368 (2001) en la que afirmaba que «esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales». Asimismo expresaba que estaba dispuesto a tomar «todas las medidas que sean necesarias para responder a los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 y para combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas».

El 18 de septiembre de 2001, el Congreso de los Estados Unidos adoptó la resolución conjunta *Authorization for Use of Military Force*¹⁴ (AUMF), autorizando al Presidente a utilizar toda la fuerza que considerara necesaria y adecuada contra cualquier Estado, organización o persona que hubiera planeado, autorizado, perpetrado o ayudado a cometer los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, o acogido a tales organizaciones o personas, con objeto de prevenir actos de terrorismo internacional que pudieran cometerse en el futuro contra los Estados Unidos por parte de tales Estados, organizaciones o personas¹⁵.

¹¹ DE ZAYAS, A., «Guantánamo Naval Base», *op. cit.*, nota 8.

¹² *Ibid.*

¹³ Véase National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, http://govinfo.library.unt.edu/911/report/911Report_FM.htm.

¹⁴ Véase texto en <http://news.findlaw.com>.

¹⁵ BRADLEY, V. C. A. y LANDMAN GOLDSMITH III, J., «Congressional Authorization and the War on Terrorism», *Harvard Law Review*, vol. 118, May 2005, y TUSHNET, M., «Controlling Executive Power in the War on Terrorism», <http://www.harvardlawreview.org>.

El 20 de septiembre de 2001, el Presidente anunció al Congreso el comienzo de la *War on Terror*, y el 7 de octubre de 2001, anunció el comienzo de las operaciones militares en Afganistán¹⁶, con el nombre de *Enduring Freedom*, conjuntamente con el Reino Unido, y con la ayuda de una coalición de fuerzas de otros Estados, entre los que se encontraban Alemania, Australia, Canadá y Francia. Además, otros cuarenta Estados de Oriente Medio, África, Asia y Europa autorizaron el tránsito aéreo, el uso de sus aeropuertos o compartieron sus Servicios de Inteligencia¹⁷.

El 13 de noviembre de 2001, el Presidente Bush adoptó la *Military Order Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*¹⁸. En esta disposición, el Presidente proclamaba que aquellos individuos que no fueran nacionales de los Estados Unidos, y que, según declaración escrita del Presidente, fueran o hubieran sido miembros de Al Qaeda y hubieran contribuido en alguna forma a la comisión de actos terroristas o hubieran acogido a sabiendas a algún individuo incluido en esa descripción, debería ser detenido por cualquier agente de los Estados Unidos o de cualquier otro Estado, a petición de los Estados Unidos, y puesto bajo control del Secretario de Estado de Defensa, en las condiciones que éste determinara, en cualquier lugar de los Estados Unidos o fuera del mismo.

Las personas detenidas en tales condiciones serían tratadas humanamente y sin discriminación, y se les garantizaría la práctica de su religión. Esas personas serían juzgadas exclusivamente por Comisiones Militares, nombradas por el Secretario de Defensa¹⁹, y serían castigadas según el Derecho aplicable, a cadena perpetua o incluso a la pena de muerte. Tales personas no podrían invocar ningún recurso ni procedimiento alguno reconocido en su favor por los tribunales de Estados Unidos²⁰, por tribunales extranjeros o por un tribunal internacional.

Durante el conflicto armado de Afganistán fueron detenidos numerosas personas, combatientes y civiles, talibanes o vinculados a Al Qaeda o

¹⁶ El Presidente solicitó a los líderes talibanes de Afganistán que entregaran a los líderes del grupo terrorista Al-Qaeda que se encontraran en ese país, que cerraran sus campos de entrenamiento, que entregaran a todos los terroristas a las autoridades competentes y que facilitaran el acceso de los Estados Unidos a los citados campos de entrenamiento. Lejos de acceder a esta petición, Afganistán manifestó su intención de seguir siendo el santuario de Al-Qaeda (ALDRICH, G. A., «The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants», *American Journal of International Law*, October 2002, vol. 96 núm. 4, pp. 891-898).

¹⁷ <http://www.globalsecurity.org>.

¹⁸ Véase texto en <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov>.

¹⁹ Véase *Military Commissions Act of 2006*, adoptada por el Congreso el 17 de octubre de 2006; en su virtud, el Congreso creaba un foro en el que el Gobierno pudiera perseguir a los terroristas de Al-Qaeda de conformidad con la seguridad nacional (véase U.S. Senate republican Policy Committee: *Legislative Notice*, Number 19, July 14, 2009, *Military Commissions Act of 2009 (FY Defense Authorization Bill Section 1031)*, <http://rpc.senate.gov>, y CERONE, J., «The Military Commissions Act of 2006», *ASIL Insights*, November 13, 2006, vol. 10, Issue 30).

²⁰ En particular, la *Military Order* citada afirmaba expresamente: «... *it is not practicable in military commissions under this order the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts*».

sospechosos de serlo²¹. Además, a petición de Estados Unidos, otros Estados, tales como Bosnia-Herzegovina, Gambia, Tailandia y Zambia, procedieron a la detención de personas civiles, que Estados Unidos consideraba sospechosos de vinculación con Al Qaeda. Entre todos ellos había algunos menores. Desde el mes de enero de 2002, muchos de los detenidos (más o menos 779)²² fueron trasladados a la base naval de Guantánamo e internados en campos de detención («Campo Delta», «Campo Iguana» y «Campo Rayos X»)²³.

En cuanto empezaron a llegar los primeros detenidos a la base naval, la doctrina internacionalista²⁴ se planteó la cuestión del derecho de Estados Unidos a detener a tales personas así como su condición, a la luz del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos²⁵. Resultaba dudoso que sus reglas pudieran aplicarse a la llamada «guerra contra el terror»²⁶.

3. DERECHO APLICABLE

El Derecho internacional humanitario se aplica en situaciones de conflicto armado²⁷. El Derecho internacional de los derechos humanos también puede resultar aplicable en la misma situación. Las obligaciones convencionales de los Estados en esos regímenes convencionales de Derecho internacional prescriben normas o protecciones que se interrelacionan y se refuerzan mutuamente²⁸.

El Derecho internacional humanitario reconoce dos clases de conflictos armados: los conflictos armados internacionales y los conflictos armados sin carácter internacional²⁹. El conflicto armado internacional implica el uso de la fuerza entre dos Estados; los conflictos armados sin carácter internacional

²¹ POZO SERRANO, P., «El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado internacional en Afganistán», *Anuario de Derecho internacional*, 2002, XVIII, pp. 171-204.

²² Véase *Human rights first: Fact Sheet. Guantanamo by the Numbers*, 1 March 2012, <http://www.humanrightsfirst.org>.

²³ ALANDETE, D., «El limbo legal de la prisión de Guantánamo cumple diez años», *El País*, 11 de enero de 2012, y *Le Monde*, «Chronologie du camp de Guantanamo», <http://www.lemonde.fr>.

²⁴ Véase CERONE, J., «Status of Detainees in International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings», *The American Society of International Law, ASIL Insight*, January 2002, <http://www.asil.org>, y PATEL, F., «Who can be detained in the "War on Terror"? The Emerging Answer», *The American Society of International Law, ASIL Insight*, October 20, 2009, vol. 13, Issue 18.

²⁵ Véase, por ejemplo, «Agora: Military Commissions», en *American Journal of International Law*, April 2002, vol. 96, núm. 2, pp. 320-359.

²⁶ Véase FRANCK, T. M., «Criminals, Combatants, or What? An Examination of the Role of Law in Responding to the Threat of Terror», *American Journal of International Law*, October 2004, vol. 98, pp. 686-688.

²⁷ ICRC Comité international de la Croix Rouge: *La guerre et le droit international humanitaire*, <http://www.cicr.org>.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, 22 octubre de 2010, <http://www.cidh.org/terrorism>, p. 62.

²⁹ Según los comentarios del art. 3, «(A) *non international armed conflict is distinct from an international armed conflict because of the legal status of the entities opposing each other*».

consisten en hostilidades entre las fuerzas armadas de un Estado y grupos armados organizados³⁰.

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, los principales convenios de Derecho humanitario son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977³¹, es decir: el Convenio I de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; en el Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; en el Convenio III de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra; en el Convenio IV de Ginebra sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos de 12 de agosto de 1949. Los dos protocolos son: el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)³², ambos de 8 de junio de 1977³³. Muchas de sus disposiciones son normas generales de Derecho internacional³⁴, que obligan a todos los Estados y pueden considerarse como un Derecho verdaderamente universal³⁵. Afganistán es parte en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 desde el 26 de septiembre de 1956; Estados Unidos es parte en esos Convenios desde el 2 de agosto de 1955; Estados Unidos no es parte en los Protocolos³⁶. Este Estado es parte en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados de 25 de mayo de 2000, desde el 23 de diciembre de 2002.

Según el art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra, cada uno de los Convenios «se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por una de ellas...». Así

³⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja: *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*, 1 de enero de 2011, <http://www.icrc.org>.

³¹ Con más de seiscientos artículos, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 son los principales instrumentos del Derecho internacional humanitario.

³² Sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario a los conflictos internos, véase MERON, T., «The Humanization of Humanitarian Law», *American Journal of International Law*, 2000, vol. 94, pp. 256-260.

³³ Véase el texto de ambos Protocolos en <http://icrc.org>. El 8 de diciembre de 2005 se adoptó un nuevo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la adopción de un Signo Distintivo Adicional (Protocolo III), véase texto en *ibid*.

³⁴ Véase *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, S/25704, 3 May 1993, p. 9, y MERON, T., «The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law», *American Journal of International Law*, April 1996, vol. 90, núm. 2, pp. 238-249.

³⁵ En los cuatro Convenios de Ginebra, por ejemplo, son parte 194 Estados. Véase la relación de Estados partes en los principales Convenios de Derecho Internacional Humanitario en <http://www.icr.org>.

³⁶ Sin embargo, el Departamento de Estado ha reconocido expresamente que determinadas disposiciones del Protocolo I, así como «*the basic core*» del Protocolo II reflejan el Derecho internacional consuetudinario (véase *Gherebi et al. v. Obama*, Case 1:04-cv-01164-RBW, 2009, United States District Court for the District of Columbia).

pues, los Convenios de Ginebra se aplican a los conflictos armados internacionales; en cuanto tales debían aplicarse al conflicto armado entre Estados Unidos y Afganistán. Los Convenios de Ginebra no serían aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional y, en concreto, al conflicto armado entre Estados Unidos y Al-Qaeda, a reserva de lo dispuesto en el art. 3 común a los mismos, aplicable en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

Así las cosas, puede afirmarse que Estados Unidos parecía estar librando en Afganistán dos conflictos armados de distinta naturaleza: un conflicto armado internacional contra Afganistán y los talibanes, al que eran de aplicación los Convenios de Ginebra, y un conflicto armado sin carácter internacional contra un grupo armado organizado, Al-Qaeda, al que tales disposiciones no eran aplicables³⁷.

El 7 de febrero de 2002, el Presidente Bush resumió la posición de Estados Unidos en relación con los Convenios de Ginebra, el conflicto armado de Afganistán y Guantánamo afirmando, en esencia, lo siguiente³⁸:

1. Teniendo en cuenta que tanto Estados Unidos como Afganistán eran parte en el Convenio III de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra, Estados Unidos aplicaría el Convenio al conflicto armado de Afganistán entre los talibanes y los Estados Unidos.

2. La organización terrorista Al-Qaeda no era parte en el Convenio III de Ginebra, en consecuencia, Estados Unidos no aplicaría el Convenio al conflicto armado entre Estados Unidos y Al-Qaeda en ninguna parte del mundo.

3. Según lo dispuesto en el art. 4 del Convenio III, ni los prisioneros talibanes ni los prisioneros de Al-Qaeda tenían derecho al estatus de prisioneros de guerra.

4. Aunque el Convenio III de Ginebra no contemplara la guerra contra el terrorismo, Estados Unidos estaba comprometido con los principios que lo inspiran, en consecuencia, los talibanes y los miembros de Al-Qaeda detenidos en Guantánamo serían tratados con humanidad, de acuerdo con los principios generales del Convenio y se permitiría la visita y la actuación del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)³⁹.

El Presidente no mencionó los restantes Convenios de Ginebra.

³⁷ ALDRICH, G. A., «The Taliban, Al Qaeda...», *op. cit.*, nota 16, p. 898. En el mismo sentido, véase *Gherebi et al. v. Obama*, *op. cit.*, nota 36.

³⁸ Véase *Fact Sheet: Status of Detainees at Guantanamo*, February 7, 2002, <http://www.presidency.ucsb.edu>.

³⁹ El CICR ha visitado a las personas detenidas en Guantánamo desde el mes de enero de 2002. Hasta el mes de diciembre de 2011, el CICR había visitado ese centro de internamiento en 81 ocasiones (Comité international de la Croix Rouge: *Personnes détenues par les États-Unis dans le cadre d'un conflit armé et de la lutte contre le terrorisme - Le rôle du CICR*, 9-1-2012, <http://www.icrc.org>).

4. ESTATUTO DE LAS PERSONAS DETENIDAS EN RELACIÓN CON EL CONFLICTO ARMADO Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Los Convenios de Ginebra distinguen entre distintas categorías de personas: miembros de las fuerzas armadas y personas civiles; «personas que cometen actos de beligerancia» y «personas que no participan directamente en las hostilidades», «prisioneros de guerra», etc. Esa distinción resulta decisiva para determinar su estatuto y su régimen de protección⁴⁰.

Así, en el ámbito de los Convenios de Ginebra, las personas que participan en las hostilidades en un conflicto armado internacional pueden ser calificados de combatientes legítimos o privilegiados, en el sentido de persona autorizada por una Parte en un conflicto armado internacional a participar en las hostilidades, cometer actos de beligerancia, inclusive causar la muerte o herir al enemigo o capturarlo, así como destruir o conquistar objetivos militares enemigos, y no pueden ser enjuiciados por la comisión de tales actos. Esos actos, normalmente ilícitos y delictivos, al cometerse en relación con un conflicto armado internacional, por combatientes legítimos, respetando las reglas del Derecho internacional humanitario, son actos lícitos que se califican como «el privilegio del combatiente»⁴¹. Los combatientes legítimos, cuando caen en poder del enemigo, tiene derecho al *status* y protecciones del prisionero de guerra previstos en el Convenio III de Ginebra.

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, las personas civiles⁴² que participan directamente en las hostilidades son consideradas combatientes «ilegítimos» o «no privilegiados», aunque esta expresión no aparezca en los Convenios de Ginebra⁴³. Las personas civiles, que por definición, no son combatientes, no tienen derecho a participar en las hostilidades ni están legitimados para realizar actos de beligerancia; si los cometen se convierten en delincuentes, y pueden ser enjuiciados por esas acciones según el Derecho interno del Estado

⁴⁰ GILL, T. y VAN SLIEDREGT, E., «Guantánamo Bay: A Reflection On The Legal Status And Rights of Unlawful Enemy Combatants», *Utrecht Law Review* (September) 2005, vol. 1, Issue 1, p. 30, <http://www.utrechtlawreview.org>.

⁴¹ Tal como ha afirmado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el «privilegio del combatiente es en esencia una licencia para matar o herir a combatientes enemigos y destruir otros objetivos militares del enemigo» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe sobre terrorismo y derechos humanos, *op. cit.*, nota 28, párr: 68).

⁴² Según el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY), «por lo que se refiere a la protección de las víctimas de un conflicto armado, el término “personas civiles” significa personas que no son miembros de las fuerzas armadas ni de un grupo militar organizado de una parte en el conflicto» [ICTY Trial Chamber, Prosecutor v. Galic, Case N0. IT-98-29-T (Dec. 5, 2003)], y «por lo que se refiere al art. 3, “personas civiles” significa las personas que no son miembros de las fuerzas armadas o que ya no son miembros de las mismas» [ICTY Trial Chamber, Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-T (Mar. 3, 2000)].

⁴³ GILL, T. y VAN SLIEDREGT, E., «Guantánamo Bay: A Reflection On The Legal Status And Rights of Unlawful Enemy Combatants», *op. cit.*, nota 40, pp. 32 y 33.

que los captura⁴⁴. Esa distinción es fundamental porque la participación no autorizada en las hostilidades como combatiente ilegítimo, sin título para hacerlo, socava la lógica de la protección de las personas civiles y otras personas protegidas, que es la piedra angular del Derecho de los conflictos armados⁴⁵.

En un conflicto armado internacional, tanto los combatientes legítimos como los ilegítimos pueden ser sometidos a detención e internamiento, interrogatorios y juicios por crímenes de guerra; incluso las personas civiles protegidas en el Convenio IV pueden ser objeto de detención⁴⁶. La detención es una situación de hecho, resultado de la fuerza: las personas que caen en poder del enemigo están detenidas porque están en poder de quien las ha capturado. La justificación principal de la detención de combatientes enemigos en tiempo de conflicto armado es impedir que vuelvan al campo de batalla para reincorporarse a las hostilidades.

En los conflictos armados sin carácter internacional no existe el estatuto de combatiente, en el sentido de que los estatutos de prisionero de guerra o de persona civil protegida, estipulados en los Convenios III y IV, respectivamente, no son aplicables⁴⁷. La detención de personas en el marco de un conflicto armado sin carácter internacional está regulada por el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra⁴⁸, el Derecho internacional humanitario consuetudinario, las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno⁴⁹.

La detención de personas por infracciones cometidas sin relación alguna con un conflicto armado está regulada por las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno.

Tal como subraya el Comité Internacional de la Cruz Roja, la detención de las personas en un conflicto armado o en el contexto de la lucha contra el

⁴⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*, cit. en nota 29.

⁴⁵ GILL, T. y VAN SLIEDREGT, E., «Guantánamo Bay: A Reflection On The Legal Status And Rights of Unlawful Enemy Combatants», *op. cit.*, nota 40, p. 32.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, arts. 27 y 27 del Convenio IV. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) ha reconocido en los asuntos *Prosecutor v. Galic* [ICTY Trial Chamber, Prosecutor v. Galic, Case No. IT-98-29-T (Dec. 5, 2003)] y *Prosecutor v. Blaskic* [ICTY Trial Chamber, Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-T (Mar. 3, 2000)] que, en un conflicto armado sin carácter internacional, los miembros de un grupo armado pueden ser detenidos, independientemente de su participación directa en las hostilidades.

⁴⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja: *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*, *op. cit.*, nota 30.

⁴⁸ Esta disposición se aplica en «caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes», y se refiere a «las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención, o por cualquier otra causa...», es decir, este artículo contempla la detención de «personas que no participen directamente en las hostilidades».

⁴⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja: *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*, *op. cit.*, nota 30, y WATKIN, K., «Warriors Without Rights' Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy», *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research Harvard University Occasional Paper Series*, Winter 2005, núm. 2, <http://www.hpcrresearch.org>.

terrorismo debe encuadrarse en el marco jurídico apropiado. Nadie debe ser privado de libertad ni interrogado al margen de éste⁵⁰.

Recordemos que en la *Military Order Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* de 2001, el Presidente proclamaba que los terroristas internacionales, incluidos los miembros de Al-Qaeda, habían cometido actos terroristas contra Estados Unidos «*on a scale that has created a state of armed conflict*» que requería el recurso a las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos y proclamaba que determinados individuos deberían ser detenidos por cualquier agente de los Estados Unidos o de cualquier otro Estado, a petición de los Estados Unidos, y puesto bajo control del Secretario de Estado de Defensa, en las condiciones que éste determinara, en cualquier lugar de los Estados Unidos o fuera del mismo.

Las personas detenidas en los campos de la base naval de Guantánamo eran de diversa condición: algunas de ellas, combatientes talibanes o civiles o miembros de Al-Qaeda, participantes en las hostilidades, algunos de ellos menores, fueron detenidas en Afganistán durante el conflicto armado; otras personas, algunas de ellas menores, fueron detenidas, a petición de Estados Unidos, en otros Estados en los que no existía un conflicto armado y trasladados a Guantánamo.

Así las cosas, es posible distinguir las siguientes categorías de personas: combatientes talibanes detenidos en Afganistán; beligerantes vinculados a Al-Qaeda detenidos en Afganistán; civiles detenidos en Afganistán; civiles detenidos en terceros países; menores.

4.1. Combatientes legítimos en Afganistán

Estados Unidos afirmó categóricamente que los prisioneros talibanes no tenían derecho al estatus de prisioneros de guerra.

Según lo dispuesto en el art. 4 del Convenio III de Ginebra, son prisioneros de guerra:

«Las personas que, perteneciendo a alguna de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) miembros de las fuerzas armadas de una Parte contendiente, así como miembros de milicias y cuerpos de voluntarios que forman parte de esas fuerzas armadas; 2) miembros de otras milicias y miembros de otros cuerpos voluntarios, incluso los movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una Parte contendiente y que actúen fuera o dentro de su propio territorio [...] siempre que esas milicias o cuerpos voluntarios, incluso los movimientos de resistencia organizados, llenen las condiciones siguientes: a) que figure a su cabeza una persona responsable por sus subordinados; b) que lleven un signo distintivo fijo y fácil de reconocer a distancia; c) que lleven francamente las armas; d) que se conformen, en sus operaciones, a las leyes y costumbres de la guerra...»⁵¹.

Esas condiciones son cumulativas.

⁵⁰ Comité Internacional de la Croix Rouge: *Personnes détenues par les États-Unis... op. cit.*, nota 39.

⁵¹ Véase el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja a este artículo en <http://www.cicr.org/dih.nsf>.

Según el Secretario de Prensa de la Casa Blanca, los talibanes no podían ser considerados prisioneros de guerra según el Convenio porque no se distinguían de la población civil de Afganistán ni se habían conformado, en sus operaciones, a las leyes y costumbres de la guerra. Por el contrario, ellos habían contribuido, a sabiendas, al logro de los objetivos del grupo terrorista Al Qaeda.

Sin embargo, tal como subraya el Comité Internacional de la Cruz Roja, nadie puede estar al margen del Derecho si cae en poder del enemigo⁵²: Estados Unidos hubiera debido conceder, cuanto menos, a los talibanes el beneficio de la duda acerca de su condición, y tener en cuenta lo dispuesto en el art. 5.º del Convenio III:

«El presente Convenio se aplicará a las personas aludidas en el art. 4 en cuanto caigan en poder del enemigo y hasta su liberación y repatriación definitiva.

De haber duda respecto a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el art. 4, de las personas que hayan cometido actos de beligerancia y que hayan caído en manos del enemigo, las dichas personas gozarán de la protección del presente Convenio, en espera de que su estatuto haya sido determinado por un tribunal competente».

Según esta disposición, «de haber duda», hubiera debido ser un tribunal, y no el Presidente, actuando de forma unilateral, el que determinara, caso por caso, si las personas detenidas debían ser consideradas o no prisioneros de guerra. Sin embargo, Estados Unidos puso de manifiesto en sus respuestas a los Representantes Especiales del Alto Comisario de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en octubre de 2005, que no se consideró necesaria la intervención de tribunal alguno porque no había ninguna duda acerca del estatuto de las personas detenidas⁵³.

4.2. Beligerantes de Al-Qaeda detenidos en Afganistán

El Presidente de los Estados Unidos declaró que la organización terrorista Al-Qaeda no era parte en el Convenio III de Ginebra, en consecuencia, Estados Unidos no aplicaría el Convenio al conflicto armado entre Estados Unidos y Al-Qaeda en ninguna parte del mundo. En particular, los prisioneros de Al-Qaeda no tenían derecho al estatus de prisioneros de guerra, aunque serían tratados con humanidad.

En Afganistán, los miembros de Al-Qaeda, organización armada enemiga sin carácter estatal, participaban en las hostilidades de un conflicto armado sin carácter internacional; en cuanto tales constituían un objetivo militar

⁵² Human Rights Watch Press Backgrounder: *Background Paper on Geneva Conventions and Persons Held by U.S. Forces*, January 29, 2002, <http://www.hrw.org>.

⁵³ Response of the United States of America Dated October 21, 2005 to Inquiry of the UNCHR Special Rapporteurs Dated August 8, 2005 Pertaining to Detainees at Guantanamo Bay, <http://state.gov/documents>.

enemigo que podía ser atacado mientras asumieran una función continua de combate⁵⁴, y cuyos miembros podían ser detenidos.

Sin embargo, en cuanto personas detenidas en el marco de un conflicto armado sin carácter internacional, su condición estaba regulada por el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra⁵⁵, el Derecho internacional humanitario consuetudinario, las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho de los Estados Unidos.

En particular, el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra dispone⁵⁶:

«En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar al menos las disposiciones siguientes:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades⁵⁷, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención, o por cualquiera otra causa, serán en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin ningún distingo de carácter desfavorable basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos en todo tiempo y lugar respecto a las personas arriba aludidas:

a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados a la dignidad personal, en especial tratos humillantes y degradantes;

d) las sentencias dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo enjuiciamiento, por un tribunal legalmente constituido y dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

[...]».

⁵⁴ Véase MELZER, N., *Comité Internacional de la Cruz Roja: Participación directa en las hostilidades según el Derecho internacional humanitario*, 2010, p. 73.

⁵⁵ El Tribunal Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986 relativa a las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua [*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986] afirmó que el art. 3 común a los Convenios de Ginebra enuncia determinadas reglas que deben aplicarse en los conflictos armados sin carácter internacional. Asimismo, afirmó que las reglas mínimas aplicables a los conflictos armados internacionales y a los conflictos armados sin carácter internacional son idénticas y que los principios pertinentes deben buscarse en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que se refiere expresamente a los conflictos armados sin carácter internacional (pár. 218).

⁵⁶ Véase el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja a este artículo en <http://www.icrc.org>.

⁵⁷ Sobre el concepto «Participación directa en las hostilidades», véase MELZER, N., *Comité Internacional de la Cruz Roja: Participación directa en las hostilidades según el Derecho internacional humanitario*, op. cit., nota 54, pp. 20-40.

4.3. Civiles detenidos en Afganistán

En términos generales, civiles son las personas excluidas de las categorías enumeradas en el art. 4 del Convenio III. Las personas civiles, por definición, se distinguen de los combatientes en que no toman parte en las hostilidades. Las personas civiles serían las «personas que no llevan armas» en nombre de una parte en el conflicto⁵⁸, personas que no son miembros de las fuerzas armadas ni de un grupo militar organizado de una parte en el conflicto»⁵⁹. En cuanto tales, gozan de la protección definida en los Convenios de Derecho internacional humanitario, en particular del Convenio IV, y en las reglas de Derecho internacional humanitario consuetudinario.

Las personas civiles que participan directamente en las hostilidades pierden el derecho de protección contra los ataques directos mientras participan en cada acto específico que pueda ser considerado una participación directa en las hostilidades.

En el caso de Afganistán, al tratarse de un conflicto armado internacional, los civiles que participaran directamente en las hostilidades podían ser considerados combatientes ilegítimos; al caer en poder del enemigo, caso de concurrir las condiciones establecidas en el art. 4 del Convenio III, debían ser considerados prisioneros de guerra.

4.4. Civiles detenidos en terceros Estados

A petición de Estados Unidos, algunos Estados ajenos al conflicto, tales como Bosnia-Herzegovina, Gambia y Pakistán procedieron a la detención de personas civiles⁶⁰, de diversas nacionalidades (Arabia Saudí, Argelia, Australia, Canadá, Francia, Kuwait, Reino Unido, República Federal Alemana, Turquía, Yemen...), que aquel Estado consideraba sospechosos de vinculación con Al-Qaeda⁶¹, y que posteriormente fueron trasladados a la base naval de Guantánamo. Su condición jurídica era ajena al ámbito de aplicación del

⁵⁸ Sobre el concepto de persona civil véase MELZER, N., *Comité Internacional de la Cruz Roja: Participación directa en las hostilidades...*, op. cit., nota 54.

⁵⁹ ICTY Trial Chamber, *Prosecutor v. Galic*, Case No. IT-98-29-T (Dec. 5, 2003).

⁶⁰ *Amnesty International: Guantanamo and Beyond: The continuing pursuit of unchecked executive power*, 2005, <http://web.archive.org>.

⁶¹ En la concepción de Estados Unidos de la «guerra global contra el terrorismo», tales personas eran co-beligerantes de un conflicto armado sin carácter internacional. Sin embargo, tal como han subrayado los tribunales norteamericanos, una organización terrorista no puede ser considerada como asociada a Al-Qaeda, por el solo hecho de que comparta, en abstracto, los objetivos o la filosofía de esta organización, y sus miembros no deberían ser detenidos sólo por esa razón (*Hamlily v. B. Obama et al.*, United States District Court for The District of Columbia, 19th May 2009); «la simpatía o la asociación con una organización enemiga no convierte a una persona en miembro de esa organización» (*Gherebi v. B. Obama et al.*, United States District Court for The District of Columbia, 22nd April 2009). La cuestión decisiva es saber el lugar que ocupa esa persona en la estructura de la organización o si participa en o está bajo el mando de la organización (*Hamlily v. B. Obama et al.*).

Derecho internacional humanitario y debía analizarse a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos.

4.5. Menores

Según diversas fuentes⁶², al menos quince menores habrían estado detenidos en Guantánamo desde 2002.

Estados Unidos no es parte en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 pero sí es parte en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados de 2000. El órgano encargado de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en el Protocolo es el Comité de los Derechos del Niño (el Comité) (art. 8), instituido en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El 26 de febrero de 2008, el Comité invitó a Estados Unidos a que le comunicara por escrito información relativa a una lista de cuestiones que debían abordarse al examinar el informe inicial presentado por aquel Estado; entre ellas se encontraba la cuestión relativa al número de niños detenidos en Guantánamo y en otros centros de detención administrados por los Estados Unidos fuera del territorio nacional desde 2002⁶³.

En sus repuestas al cuestionario, Estados Unidos informó de lo siguiente⁶⁴:

a) El número de niños detenidos en Guantánamo...

«... Combatientes menores de edad han permanecido detenidos en la base naval de Guantánamo [...] Actualmente no hay ningún menor detenido en Guantánamo. Durante toda su existencia, nunca ha habido más de ocho personas allí detenidas que en el momento de su captura tuvieran entre trece y dieciocho años. Sigue sin conocerse con exactitud la edad de esas personas, ya que la mayoría no sabían cuál era la fecha y ni siquiera el año de su nacimiento. El personal médico no pudo determinar la edad exacta. Los tres menores de dieciséis años detenidos en Guantánamo fueron trasladados de nuevo a Afganistán en enero de 2004. Otros tres fueron devueltos a sus países de origen en 2004, 2005 y 2006, respectivamente.»

b) El tiempo que han permanecido privados de libertad.

⁶² BALL, J., «Guantánamo Bay Files: Children and senile old men among detainees», *The Guardian*, 25 April 2011, <http://www.guardian.co.uk>; HAMILTON, C., ANDERSON, K., BARNES, R. y DORLING, K., *Administrative detention of children: a global report*, Unicef, February 2011, pp. 199 y ss., <http://www.unicef.org>; PINCUS, W., «U.S. Has Detained 2.500 Juveniles as Enemy Combatants», *The Washington Post*, May 15, 2008, y «Guantanamo's Children: The Wikileaks Testimonies, 2011», <http://humanrights.ucdavis.edu/reports/>.

⁶³ Véase Comité des Droits de l'Enfant, Quarante-huitième sesión 19 mai-6 juin 2008, CRC/C/OPAC/USA/Q/1 26 février 2008.

⁶⁴ Véase Comité de los Derechos del Niño, 48.º periodo de sesiones 19 de mayo a 6 de junio de 2008, CRC/C/OPAC/USA/Q/1/Add.1/Rev.1 2 de junio de 2008.

Estados Unidos subrayaba que las fuerzas estadounidenses habían capturado a menores que presuntamente estaban participando activamente en las hostilidades contra Estados Unidos. En su opinión la edad no es un factor determinante para decidir si se detiene o no a un individuo en virtud del Derecho de los conflictos armados:

«... la duración del periodo de detención de los menores [...] dura un promedio de doce meses [...]. Los Estados Unidos no mantienen actualmente detenido a ningún menor en Guantánamo. De los ocho menores que fueron detenidos, sólo dos, que actualmente tienen veintiuno y alrededor de veintitrés años, respectivamente, permanecen allí detenidos y están a la espera de ser juzgados por una comisión militar».

c) Los cargos formulados en su contra.

Según Estados Unidos:

«El derecho de los conflictos armados autoriza a las partes en conflicto a capturar y detener a combatientes enemigos sin necesidad de acusarlos de un delito [...] retener a los detenidos mientras durara el conflicto [...] es conforme a los Convenios de Ginebra⁶⁵. El principal fundamento para la detención en tiempo de guerra es impedir que los combatientes vuelvan al campo de batalla para reincorporarse a las hostilidades [...]. Se han formulado cargos contra los dos detenidos que fueron capturados siendo menores y que permanecen detenidos en Guantánamo⁶⁶.

d) La asistencia letrada de que disponen.

Según Estados Unidos:

«... se comunica a todos los detenidos, independientemente de su edad, el motivo de su detención, que es objeto de revisión periódica [...]. La determinación inicial del estatuto del detenido corre a cargo de las fuerzas que realizan la captura [...]. Todos los detenidos en Guantánamo pueden estar representados por un abogado y revisar su condición de combatiente enemigo ante los tribunales federales estadounidenses...».

e) La forma en que las comisiones militares tienen en cuenta los derechos de los menores.

⁶⁵ En el caso *Hamdi v. Rumsfeld* (542 U.S. (2004)), el Tribunal Supremo de Estados Unidos afirmó que la autorización del Congreso al Presidente, de 18 de septiembre de 2001, para recurrir a la «*necessary and appropriate force*», incluía la competencia para detener y retener a los detenidos mientras durara el conflicto; tal competencia era un principio tradicionalmente aceptado y asentado de los conflictos armados.

⁶⁶ Estados Unidos precisaba que, uno de los detenidos, Omar Khadr, «tiene actualmente veintiún años y será juzgado por los hechos siguientes: asesinato en violación del derecho de los conflictos armados, asesinato frustrado, en violación del derecho de los conflictos armados, conspiración, apoyo material al terrorismo y espionaje». El otro detenido, Mohammed Jawad, «que tiene actualmente veintitrés años, es acusado de asesinato frustrado, en violación del derecho de los conflictos armados [...]. El Sr. Khadr y el Sr. Jawad son los únicos dos detenidos que fueron capturados cuando tenían menos de dieciocho años que el Gobierno estadounidense ha decidido enjuiciar en virtud de la Ley de comisiones militares de 2006». Así pues, «Estados Unidos ha decidido enjuiciar a dos personas acusadas de haber cometido delitos de guerra cuando tenían menos de dieciocho años».

Estados Unidos informó de que:

«...la Ley de comisiones militares de 2006 prevé el establecimiento de comisiones militares encargadas de juzgar a combatientes enemigos ilegales extranjeros de manera plenamente conforme al art. 3 de los Convenios de Ginebra [...]. Los juicios garantizarán que los combatientes ilegales presuntos autores de crímenes de guerra sean juzgados ante tribunales regularmente constituidos que ofrezcan todas las garantías procesales que el mundo civilizado considera esenciales [...].

No es la primera vez que se somete a menores a juicio por crímenes de guerra. De hecho, el párrafo 4 del art. 6 del Protocolo II [...]. establece que no se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieran menos de dieciocho años de edad en el momento de la infracción, de lo que se desprende que no está prohibido un enjuiciamiento en el que no se dicte una pena de muerte. Esto también es aplicable a los tribunales internacionales para Rwanda, la ex Yugoslavia y Sierra Leona⁶⁷ [...]».

En las «Observaciones finales» relativas a Estados Unidos, aprobadas el 6 de junio de 2008, en relación con el punto relativo a «Niños soldados capturados», el Comité de los Derechos del Niño manifestó lo siguiente:

«29. Preocupan al Comité las denuncias que indican la detención de niños en la Bahía de Guantánamo durante varios años y la utilización de tratos crueles, inhumanos o degradantes contra ellos. Además le preocupa gravemente que los niños que habían sido reclutados o utilizados en conflictos armados no son considerados primordialmente víctimas, sino que se los clasifica como “combatientes enemigos ilícitos”, se los acusa de crímenes de guerra y se los enjuicia ante tribunales militares sin tener debidamente en cuenta su condición de niños.

30. El Comité recomienda al Estado parte que: *a)* vele por que los niños sólo sean detenidos como medida de último recurso y por que se reduzca el número global de niños detenidos. Si se tienen dudas sobre su edad, se debe presumir que los jóvenes son niños. *b)* garantice que los niños, aun cuando se sospeche que hayan cometido crímenes de guerra, permanezcan detenidos en condiciones adecuadas que tengan en cuenta su edad y vulnerabilidad. El Estado parte debe evitar mantener a niños detenidos en la Bahía de Guantánamo. *c)* informe a los padres o parientes cercanos sobre el lugar de detención del niño. *d)* proporcione a todos los niños asistencia jurídica, independiente, adecuada y gratuita. *e)* garantice a los niños un examen periódico e imparcial de su detención y lleve a cabo dicho examen con mayor frecuencia que los relativos a adultos. *f)* vele por que los niños detenidos tengan acceso a un mecanismo independiente de reclamación. Investigue de manera imparcial las denuncias de tratos crueles, inhumanos o degradantes contra niños detenidos y enjuicie a los responsables de esos actos...».

Con todo, Estados Unidos hubiera podido invocar en su favor la disposición contenida en el art. 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos

⁶⁷ El estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona excluye de su competencia a las personas que tuvieran menos de quince años en el momento de la comisión de los crímenes sometidos a la competencia del Tribunal. Las personas que tuvieran entre quince y dieciocho años en el momento de la comisión del crimen están sujetos a la competencia del Tribunal, aunque «deberán ser tratados con dignidad, teniendo en cuenta su juventud y la conveniencia de promover su rehabilitación y reintegración, respetando los estándares en materia de derechos humanos, en particular, los derechos de los niños».

Armados, relativo a la obligación de los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado de reclutar o utilizar en las hostilidades a menores de dieciocho años. En su virtud, los Estados Partes deben adoptar «todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización...».

Podemos recapitular todo lo anterior subrayando que, cualquiera que fuera su estatuto o condición, todos los detenidos en la Bahía de Guantánamo pasaron a ser calificados por el Pentágono como *Unlawful Combatant*⁶⁸ o *Enemy Combatant*.

En la *Military Commission Act of 2006*, se definía a los *Unlawful Enemy Combatant* de la forma siguiente:

«The term “unlawful enemy combatant” means- «(i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, Al Qaeda, or associated forces); or (ii) a person who, before on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense».

Así pues, según Estados Unidos, todos los detenidos en la base naval eran «combatientes enemigos ilegales», y carecían de la protección del Derecho internacional humanitario. Su condición jurídica dependía de las disposiciones específicas adoptadas por el Ejecutivo norteamericano, en particular, la *Military Order* de 2001, modificada por la *Military Commission Instruction No. 1*, de 21 de marzo de 2002 y por la *Military Commission Instruction No. 2*, de 21 de junio de 2003⁶⁹, y estaban sometidos a la jurisdicción de Comisiones Militares, sin que pudieran invocar ningún recurso ni procedimiento alguno reconocido en su favor por los tribunales de Estados Unidos, por tribunales extranjeros o por un tribunal internacional.

Con todo, progresivamente, los tribunales norteamericanos, en particular el Tribunal Supremo, establecieron límites no sólo a la discrecionalidad sino a la arbitrariedad del Ejecutivo. Tal como afirmó ese Tribunal en el caso *Hamdi v. Rumsfeld* (2004): «...state of war is not a blank check for the President...».

En esa línea, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su sentencia de 29 de junio de 2006 sobre el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, afirmó la necesidad de aplicar el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, en los conflictos armados sin carácter internacional:

«Common article 3... affords some minimal protection, falling short of full protection under the Conventions, to individuals associated with neither a signatory

⁶⁸ DORE, M. C., *What is an «Unlawful Combatant», and Why it Matters*, 2002, <http://writ.news.findlaw.com>; DÖRMAN, K., «The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”», *International Review of the Red Cross*, marzo de 2003, vol. 85, núm. 849, pp. 45-74, <http://www.icrc.org>, y Human Rights Watch Press Backgrounder, *Background Paper on Geneva Conventions and Persons Held by U.S. Forces*, 2002, <http://www.hrw.org>.

⁶⁹ Los textos de estas disposiciones pueden verse en <http://www.defense.gov>.

nor even a nonsignatory "Power" who are involved in a conflict "in the territory of" a signatory... the official commentaries accompanying Common Article 3 indicate that an important purpose of the provision was to furnish minimal protection to rebels involved in one kind of "conflict not of an international character"... the commentaries also make clear "that the scope of the Article must be as wide as possible...".

Common Article 3 obviously tolerates a great degree of flexibility in trying individuals captured during armed conflict; its requirements are general ones, crafted to accommodate a wide variety of legal systems. But requirements they are nonetheless...».

Asimismo, en este mismo asunto, el Tribunal Supremo estimó que las comisiones militares establecidas para juzgar a los detenidos no podían ser consideradas «un tribunal legalmente constituido y dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados», en el sentido del art. 3 común a los Convenios de Ginebra⁷⁰.

El 22 de enero de 2009, el nuevo Presidente de los Estados Unidos, B. Obama adoptó la *Executive Order - Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of detention Facilities*⁷¹, «con objeto de adoptar las medidas adecuadas para disponer de los individuos detenidos en la base naval y cerrar cuanto antes las instalaciones de detención de Guantánamo, de acuerdo con la seguridad nacional y los intereses de la política exterior de los Estados Unidos y el interés de la Justicia».

En esa disposición, el Presidente ordenó la revisión inmediata del estatuto de cada uno de los detenidos en Guantánamo, su liberación inmediata, en su caso, o su traslado, en condiciones adecuadas⁷². En el caso de que se procediera al procesamiento de los detenidos, deberían respetarse las garantías previstas en la Constitución de los Estados Unidos. Las condiciones de su detención deberían ajustarse en todo caso a lo dispuesto en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra.

El 14 de julio de 2009, el Senado aprobó la *Military Commissions Act of 2009*. En esta disposición, la expresión *unlawful enemy combatant* fue sustituida por la expresión *unprivileged enemy belligerent*, con el sentido de «cualquier individuo que haya tomado parte en las hostilidades contra Estados Unidos o los miembros de la coalición, que hubiera apoyado conscientemente con medios materiales las hostilidades contra Estados Unidos o los miembros de la coalición o que fuera miembro de Al-Qaeda en el momento previsto

⁷⁰ La sentencia del *District Court for the District of Columbia Nabil Hadjarab, Shaker Amer, Ahmed Belbacha, y Abu Wa'El Jihad Dhiab v. Barack Obama* de 7 de marzo de 2013 afirma su falta de competencia para pronunciarse sobre las condiciones de confinamiento y el trato a los detenidos.

⁷¹ Véase el texto en <http://www.whitehouse.org>. Véase la reacción de la prensa norteamericana en MIKKELSEN, R., «Guantanamo inmates no longer "enemy combatants"», May 14, 2009, <http://www.reuters.com>, y WILBER, D. Q. y FINN, P., «U.S. Retires "Enemy Combatant", Keeps Broad Right to Detain», *The Washington Post*, March 14, 2009.

⁷² La revisión ordenada por el Presidente fue efectivamente realizada, afectando a 240 detenidos (véase Department of Justice, Department of Defense, Department of State, Department of Homeland Security, Office of the Director of National Intelligence, Joint Chiefs of Staff: Final Report. *Guantanamo Review Task Force*, January 2010).

en la disposición». Asimismo, en esa disposición se amplió la aplicación de las reglas de procedimiento y prueba aplicables en las cortes marciales de los Estados Unidos a las comisiones militares.

Con todo, en la actualidad, los centros de detención de la base naval de Guantánamo siguen abiertos⁷³ y, según el CICR, en el mes de diciembre de 2011, todavía permanecían detenidas más de 171 personas de 24 nacionalidades distintas⁷⁴.

CONCLUSIONES

Por muy grandes que sean los desafíos que el terrorismo internacional y la guerra contra el mismo plantean al Derecho internacional, sus reglas deben seguir aplicándose. Los Estados están obligados a seguir cumpliendo estrictamente sus obligaciones internacionales asumidas en el marco del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos.

RESUMEN

LOS CAMPOS DE DETENCIÓN DE LA BASE NAVAL DE GUANTÁNAMO: ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el Presidente de Estados Unidos, G. W. Bush, ordenó la apertura de una prisión fuera del territorio de los Estados Unidos, como lugar de detención de personas capturadas en la «guerra contra el terror». Los campos de detención están situados en la base naval americana de Guantánamo, en el sureste de Cuba, cuya condición jurídica trae causa de los Tratados de 1898, 1902 y 1934. El estatus de los detenidos a la luz del Derecho internacional de los conflictos armados plantea problemas en el ámbito de la comunidad internacional que también han sido analizados por los tribunales norteamericanos. La prisión de Guantánamo sigue abierta y más de cien personas siguen allí detenidas.

Palabras clave: Base naval de Guantánamo, combatientes, conflictos armados, Derecho internacional humanitario.

ABSTRACT

THE GUANTANAMO BAY DETENTION CAMPS: QUESTIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Following the terrorist attacks of 11 September 2001, the President of the United States, George W. Bush ordered his Secretary of Defense to find an «appropriate location» for a

⁷³ Véase *Amnesty International: Guantanamo: A Decade of Damage to Human Rights*, 16-XII-2011, <http://www.amnesty.org>.

⁷⁴ Comité internacional de la Croix Rouge: *Personnes détenues par les États-Unis...*, cit. en nota 38. Según la prensa norteamericana, en junio de 2013, permanecían en Guantánamo 166 detenidos (ROSENBERG, C., «Guantanamo prison to synchronize force-feedings to Ramadan fast», *Miami Herald*, 2-VII-2013).

detention camp outside US territory to serve as a detention centre for holding prisoners captured in the «war against terror». The camps assigned this purpose are on the American naval base in Guantánamo Bay, in Naval Base, southeast Cuba. According to the Treaties of 1898, 1902 and 1934, the «Joint Task Force-GTMO» is under the exclusive jurisdiction and control of the United States. The status of the detainees gives rise to a number of controversies in the determination of the applicable law, and alleged breaches of international humanitarian law have been brought before the US Courts. Today, the detention centre remains open and more than a hundred prisoners remain detained and without any immediate hope of release.

Keywords: Guantanamo Bay Naval Base, combatants, armed conflicts, International Humanitarian Law.

RÉSUMÉ

LES CAMPS DE DETENTION DE LA BASE NAVALE DE GUANTANAMO: ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Dans le sillage des attentats du 11 septembre 2001, le président des États Unis, G. W. Bush, ordonnait l'ouverture d'une prison hors frontières destinée à accueillir des personnes capturées dans la «guerre contre le terrorisme». Ce lieu de confinement est situé sur la base navale américaine de Guantánamo, au sud-est de Cuba, et sa condition juridique ressort des Traités de 1898, 1902 et 1934. Le statut juridique des détenus, à la lumière du droit international des conflits armés est un sujet de polémique au sein de la communauté internationale et dans les tribunaux américains. La prison de Guantánamo reste toujours ouverte et plus d'une centaine d'hommes y sont incarcérés.

Mots clés: Base navale de Guantánamo, combattants; conflits armés, Droit international humanitaire.