



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO (SEMIPRESENCIAL)

CURSO ACADÉMICO 2023/24

CONVOCATORIA JUNIO

TÍTULO:

**GUERRA GLOBAL CONTRA EL TERROR: APLICACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO A LAS DETENCIONES DE GUANTÁNAMO Y
ABU GHRAIB**

AUTOR: Rodríguez Rubio, Isabella

En Málaga, a 16 de junio de 2024

TABLA DE CONTENIDOS

I- INTRODUCCIÓN..... 3

II- GUERRA CONTRA EL TERROR: VIOLACIONES DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES EN GUANTÁNAMO BAY Y ABU GHRAIB 4

 1- Contexto y las tres advertencias de bin Laden 4

 2- 11/S y el inicio de la Guerra contra el Terror 7

 3- Guantánamo y Abu Ghraib 8

 3.1. Guantánamo..... 8

 3.2. Abu Ghraib 10

III- DEFINICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH), Y FUENTES DE DERECHO 12

 1- Marco histórico del derecho internacional humanitario 12

 2- Fuentes de derecho 12

 2.1. Tratados internacionales 12

 2.2. Derecho consuetudinario 15

 2.3. Principios generales..... 15

IV- APLICACIÓN DEL DIH A CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES Y CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES 22

 1- Conflictos armados internacionales y no internacionales..... 22

 2- Casos híbridos 24

V- CLASIFICACIÓN DE LA GUERRA CONTRA EL TERROR ACORDE AL DIH. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN 25

 1- La Guerra contra el Terror acorde al DIH 25

 2- Aplicabilidad del DIH a los detenidos bajo la Guerra global contra el Terror ... 31

 3- Casos concretos de Guantánamo y Abu Ghraib 36

VI- CONCLUSIÓN 40

VII- BIBLIOGRAFÍA 43

Guerra global contra el Terror: aplicación del derecho internacional humanitario a las detenciones de Guantánamo y Abu Ghraib

TABLA DE ABREVIATURAS

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja

CIJ: Corte Internacional de Justicia

DIH: Derecho Internacional Humanitario

EE. UU.: Estados Unidos

EMSP: Empresas Militares y de Seguridad Privada

URSS: Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas

I- INTRODUCCIÓN

La Guerra global contra el Terror protagonizó numerosas violaciones de derechos humanos a través de todo el planeta, alcanzando a aquellos Estados ajenos a los verdaderos conflictos armados que se estaban desarrollando. Por ello, a raíz del reconocimiento internacional de las atrocidades a las que se encontraban sometidos los detenidos de Guantánamo y Abu Ghraib, surgió un debate concerniente al estatuto legal de cada uno de los detenidos, y de las obligaciones acaecidas sobre los Estados responsables de dicha detención.

Por ello, el objetivo de este proyecto consiste en determinar la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las detenciones llevadas a cabo bajo el amparo de la Guerra global contra el Terror. En particular, este proyecto se centrará en abordar los estatutos legales de los detenidos en Guantánamo y Abu Ghraib, como consecuencia de las incontables violaciones de derechos humanos que se perpetraron, así como el total despojo de protección que fue impuesto sobre los mismos.

Para responder a esta cuestión, será necesario desglosar los diversos componentes que forman parte de la Guerra global contra el Terror, esto es, distinguir entre los conflictos armados internacionales que se desarrollaron acorde a los Convenios de Ginebra de 1949, y aquel anunciado por Estados Unidos contra un enemigo global, careciendo de delimitación geográfica. Así, a fin de analizar las detenciones llevadas a cabo en Guantánamo y Abu Ghraib, también será necesario distinguir entre las detenciones perpetradas bajo un conflicto armado, y las detenciones llevadas a cabo en operaciones policiales de carácter convencional.

Por último, resulta útil abordar los hechos históricos en los que se desarrolla este proyecto, de cara a ofrecer una perspectiva amplia sobre el fenómeno objeto de gran debate en el siglo XXI, la Guerra global contra el Terror.

II- GUERRA CONTRA EL TERROR: VIOLACIONES DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES EN GUANTÁNAMO BAY Y ABU GHRAIB

El 11 de septiembre de 2001 es una fecha que sigue resonando en la memoria histórica de cualquier Estado. Como la crónica de una catástrofe anunciada, los hechos acontecidos aquella mañana de septiembre desencadenaron una serie de declaraciones que sumieron el panorama mundial en una campaña global contra todo “enemigo terrorista”.

A lo largo del siguiente capítulo, procederemos a realizar un breve análisis histórico para entender el contexto en el que las instituciones de Guantánamo y Abu Ghraib recobraron vida.

1- Contexto y las tres advertencias de bin Laden

De cara a poder entender los eventos acontecidos el 11 de septiembre de 2001, es esencial mencionar el contexto de la creación de Al-Qaeda y las declaraciones anunciadas de su líder, Osama Bin Laden, que finalmente desencadenaron en este evento catastrófico. La autoría del grupo terrorista Al-Qaeda sobre los hechos del 11 de septiembre contribuyeron de manera significativa a consolidar su hegemonía en el yihadismo global durante los próximos años.

Como indican Edwin Bakker y Leen Boer en su trabajo sobre la evolución de Al-Qaeda, esta remonta sus orígenes a la organización Maktab al-Khadamat, fundada inicialmente en 1984 en Peshawar por Sheikh Abdullah Azzam, de origen palestino, como organización que proporcionaría ayuda y asistencia en el conflicto afgano-soviético, canalizando ciertos recursos como dinero, armas o combatientes extranjeros¹.

El conflicto Afgano-Soviético comenzó en 1979, cuando la antigua Unión Soviética (URSS) decidió intervenir en el territorio afgano como medida preventiva para sostener el régimen comunista, que se enfrentaba a diversas dificultades con la población local. Esta intervención desplazó el carácter local del conflicto hacia una vertiente internacional, no únicamente por la intervención per se, sino que, al producirse dicho evento en el marco de la Guerra Fría, propició la intervención de otros actores externos como Estados Unidos.²

La intervención soviética supuso un momento clave para la yihad internacional, con múltiples consecuencias aún latentes, debido a que emergieron muchas organizaciones, incluso algunos grupos franquiciados o asociados, con carácter posterior, al tiempo que se produjo un llamamiento internacional a combatientes extranjeros para que intervinieran en el conflicto, apelando a su deber religioso de yihad defensiva³.

En este complejo contexto, Osama Bin Laden se encontraba ubicado junto a Abdullah Azzam como su alumno, y proporcionando apoyo financiero a la organización para lograr un mayor alcance y expansión. Osama era hijo de la familia Bin Laden, dueña

¹ Edwin Bakker and Leen Boer, “Al-Qaeda”, *The Evolution of Al-Qaedaism: Ideology, Terrorists, and Appeal*. Clingendael Institute, 2007: 9

² Leah Farrall, “Revisiting Al-Qaida’s Foundation and Early History”, *Perspectives on Terrorism* 11, no. 6 (2017): 17

³ *Ibid.*, 17

de la mayor empresa constructora del mundo islámico, cuyos estudios en su país natal, Arabia Saudí, estuvieron muy influenciados por sus profesores, lo que finalmente le llevó a unirse a la lucha de los muyahidines en la guerra afgana⁴.

Acorde a Peter Bergen y Paul Cruickshank, la creación de Maktab al-Khadamat surgió inicialmente con el objetivo principal de contribuir a la lucha de los muyahidines contra los soviéticos, como organización de suministro y ayuda a los combatientes, como milicias de la resistencia⁵. Sin embargo, a lo largo del conflicto, la organización sufrió cierto declive al surgir muchas discrepancias entre Azzam y Bin Laden, debido al afán de Bin Laden de crear una unidad militar independiente de origen árabe-islamista que luchara contra los soviéticos, contrariamente al objetivo inicial que había ideado Azzam⁶. Dentro de este marco de conflicto y disputa, Bin Laden decidió crear Al-Qaeda en 1988, absorbiendo a su antecesora tras la muerte de Abdullah Azzam en 1989⁷, y con el objetivo de intervenir activamente en el conflicto afgano-soviético.

Pese a ello, el fin del conflicto con la retirada de las tropas soviéticas en 1989 vino acompañado de una preocupación colectiva por parte de los reclutas de Bin Laden que, animados por la victoria redundante contra la gigante URSS, se planteaban nuevas metas bajo el paraguas de la organización Al-Qaeda. De esta forma, Bin Laden defendía la necesidad de continuar con la expansión del legado del islam a otros países, luchando por derrocar de forma violenta a gobiernos apóstatas⁸ y represores para establecer auténticos gobiernos islamistas. Con el fin de cumplir esta meta, Al-Qaeda serviría de apoyo a todas aquellas organizaciones, coordinando el movimiento yihadista a nivel internacional⁹.

Al-Qaeda, grupo clave de la ideología yihadista-salafista, apoyó las luchas locales desde el fin del conflicto afgano en 1989, pero decidió cambiar su proyección exterior en 1996, desplazando el foco del enemigo cercano al enemigo lejano, de la lucha contra los gobiernos árabes locales al lejano mundo occidental, apuntando especialmente al actor norteamericano¹⁰.

Tras el 11/S, son numerosas las opiniones que debaten si dicho ataque se podría haber evitado, si el 11/S realmente se trató de la crónica de un evento anunciado. Pese a ello, es un aspecto que no será debatido en este trabajo, pero es indiscutible que las

⁴ Bakker and Boer, "Al-Qaeda" (2007), 9-10

⁵ Farrall, "Revisiting Al-Qaida's Foundation and Early History" (2017), 18

⁶ Peter Bergen & Paul Cruickshank, "Revisiting the Early Al Qaeda: An Updated Account of its Formative Years", *Studies in Conflict & Terrorism* 35, no.1 (2012): 6-7

⁷ Bakker and Boer, "Al-Qaeda" (2007), 10

⁸ Bailey Ulbricht, "Justifying relations with an apostate during a Jihad a Salafi-Jihadist group's relations with Turkey in Syria", Middle East Institute (2019): 3

Apóstata es un concepto abiertamente utilizado por Al-Qaeda y por cualquier grupo salafista-yihadista para hacer referencia a aquella persona que ha rechazado la fe del Islam, es decir, aquella persona que entró en la fe para posteriormente abandonar la misma. Acorde a este artículo, una persona no podrá ser asesinada por su condición de apóstata hasta ser ofrecido el arrepentimiento tres veces.

Resulta necesario no confundir dicho concepto con "incrédulo / no creyente", haciendo referencia a aquella persona que rechaza la fe islámica.

En el contexto del párrafo, donde se aborda el rechazo de Al-Qaeda respecto a los gobiernos apóstatas de la región, podría interpretarse como aquellos gobiernos islamistas que colaboran o establecen relaciones con otros gobiernos apóstatas, al poner en riesgo su posición como creyente con esta acción.

⁹ Bergen and Cruickshank, "Revisiting the Early Al Qaeda: An Updated Account of its Formative Years" (2012), 8

¹⁰ Assaf Moghadam, "Motives for Martyrdom: Al-Qaida, Salafi Jihad, and the Spread of Suicide Attacks", *International Security* 33, no. 3 (2008): 58

*fatwas*¹¹ que emitió Bin Laden contribuyeron en gran medida como advertencias. Por ello, para lograr comprender la relación de las citadas fatwas con los posteriores ataques de septiembre de 2001, resulta necesario entender el verdadero significado de las fatwas de 1996 y 1998, desde la perspectiva de bin Laden.

La fatwa generalmente comprende un carácter sentencioso, y es por ello por lo que la declaración de guerra por parte de bin Laden en ambas fatwas, como veremos a continuación, trascendía de su carácter declaratorio. A través de las mismas, el líder expresaba la obligación moral de cualquier persona de religión musulmana de llevar a cabo la *yihad* contra el enemigo americano-sionista en nombre de una guerra defensiva del Islam proclamada por el líder, legitimando así cualquier agresión en contra del enemigo e incluso justificándola, como bien aborda el profesor Ahmed S. Hashim¹².

La primera *fatwa* tuvo lugar en 1996, cuando Bin Laden declaró la guerra abierta contra Estados Unidos como consecuencia de la presencia de tropas estadounidenses en Arabia Saudí, consagrada como tierra santa, y bajo permiso de las autoridades saudíes. La presencia de las potencias del oeste era considerada como una ocupación extranjera, como bien describe Gage Ramsden¹³. Cabe notar que dicha declaración amenazante no fue tomada en tan seria consideración hasta la segunda *fatwa* de 1998, un llamamiento de ataque directo contra civiles americanos, bajo el concepto de “Frente Islámico Mundial contra Judíos y Cruzados”, donde claramente dictó que:

*“To kill Americans and their allies, both civil and military, is an individual duty of every Muslim who is able, in any country where this is possible, until the Aqsa Mosque [in Jerusalem] and the Haram Mosque [in Mecca] are freed from their grip and until their armies, shattered and broken-winged, depart from all the lands of Islam, incapable of threatening any Muslim”*¹⁴

La segunda fatwa tuvo mayor impacto debido a dos consideraciones clave, por un lado, Estados Unidos pasó a ser considerado un enemigo directo del Islam por parte de Al-Qaeda y, por otro lado, Al-Qaeda desplazó su estrategia contra enemigos locales hacia un enemigo lejano como la gran potencia mundial norteamericana¹⁵.

Finalmente, la tercera advertencia trató de un ataque terrorista contra las embajadas americanas en Nairobi y Dar-es-Salaam¹⁶, un ataque que resaltó las anteriores amenazas emitidas y causaron que Al-Qaeda finalmente cayera en la órbita de preocupación norteamericana, al trascender su percepción lejana para acercarla a suelo americano.

¹¹ Jakob Skovgaard-Petersen, “A Typology of Fatwas”, *Die Welt Des Islams* 55, no. 3/4 (2015): 278

Acorde a este artículo, debe entenderse el concepto de *fatwa* como una declaración realizada con rango de ley.

¹² Ahmed S. Hashim, “The world according to Usama Bin Laden”, *Naval War College Review* 54, no. 4 (2001): 22

¹³ Gage Ramsden, “Have We Won the War on Terror? Al-Qa’ida and Afghanistan Two Decades After 9/11”, *American Intelligence Journal* 38, no. 2 (2021): 45-46.

¹⁴ Hashim, “The world according to Usama Bin Laden” (2001), 27-28

¹⁵ Ramsden, “Have We Won the War on Terror? Al-Qa’ida and Afghanistan Two Decades After 9/11” (2021), 46

¹⁶ Moghadam, “Motives for Martyrdom: Al-Qaida, Salafi Jihad, and the Spread of Suicide Attacks” (2008), 59

2- 11/S y el inicio de la Guerra contra el Terror

El secuestro de cuatro aviones comerciales, con la significativa destrucción del World Trade Center en Nueva York y las incontables bajas civiles, supusieron un hito que marcó un antes y un después en la historia mundial y en el panorama del terrorismo internacional, dando lugar a la denominada “Guerra global contra el Terror”.

Tras el 11/S, podríamos afirmar que la política exterior y militar de EE. UU. daría un giro de ciento ochenta grados. La administración americana lanzaría una campaña de lucha antiterrorista, directamente asociada con grandes medidas represivas y el aumento de las violaciones de los derechos humanos. Así, la dureza con la que el presidente norteamericano George W. Bush abordó la campaña no solo afectó a los terroristas que serían clasificados bajo la etiqueta de “enemigos”, sino que también influyó la política exterior de EE.UU. con otros países tras expresar el presidente que el resto de los países estaban de su lado, o bien del lado del enemigo¹⁷.

La política nacional de seguridad de EE.UU., desde 2001, pasó a girar en torno al terrorismo, elaborando una estrategia que giraba en torno a las denominadas “4 D’s” de George W. Bush: disminuir las condiciones que propicien el surgimiento del terrorismo, defender el territorio norteamericano de manera proactiva, prevenir y negar cualquier santuario desde el cual pudieran actuar las organizaciones, así como derrotar a toda entidad terrorista a nivel global¹⁸.

A través de dicha estrategia, el gobierno de Bush optó por tomar una actitud comprometida para erradicar y vengar el ataque al corazón del país, debido a la subestimación del terrorismo como una amenaza lejana, así como desmitificar la inviolabilidad del gigante norteamericano. Así, se declaró a nivel global la denominada “Guerra contra el Terror”, donde Estados Unidos tuvo un rol principal a través de su intervención directa, con el envío de tropas a territorios exteriores, e intervención indirecta, a través de la canalización o financiación de recursos, como puede ser de inteligencia o equipamiento. Bush determinó que el establecimiento de gobiernos democráticos en la región de Oriente Medio sería la piedra angular de este programa, alegando, al igual que figuras posteriores como Barack Obama, que el establecimiento de democracia en aquellos países llevaría intrínsecamente a una reducción de grupos terroristas¹⁹.

Con ello, el primer paso de Bush fue proceder al envío de tropas norteamericanas a Afganistán, hogar del régimen talibán que daba refugio a los operativos principales de Al-Qaeda tras su expulsión de Sudán del Sur en 1996 debido a la presión internacional. Allí, Bin Laden y sus reclutas pudieron establecer amplios campos de entrenamiento para los muyahidines²⁰. Precisamente a través de la invasión de Afganistán, Estados Unidos comenzó a detener a sospechosos bajo la etiqueta de “terroristas” y, así, el primer escuadrón de prisioneros llegó a la prisión de Guantánamo, en un plazo exacto de cuatro meses desde los ataques a Washington y Nueva York²¹.

¹⁷ Michael J. Boyle, “The War on Terror in American Grand Strategy”, *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)* 84, no. 2 (2008): 191

¹⁸ A. Trevor Thrall, and Erik Goepner. “Step Back: Lessons for U.S. Foreign Policy from the Failed War on Terror”, Cato Institute (2017): 3

¹⁹ *Ibid.*, 5

²⁰ Rohan Gunaratna and Aviv Oreg, “Al Qaeda's Organizational Structure and its Evolution”, *Studies in Conflict & Terrorism* 33, no.12 (2010): 1049

²¹ Diane Marie Amann, “Abu Ghraib”, *University of Pennsylvania Law Review* 153, no. 6 (2005): 2088

3- Guantánamo y Abu Ghraib

3.1. Guantánamo

La prisión de la Bahía de Guantánamo, así como la prisión de Abu Ghraib, han dado lugar a escándalos de índole político que han cuestionado la legitimidad y posición mundial de Estados Unidos, abriendo un debate internacional sobre la clasificación de la Guerra contra el Terror bajo el marco del derecho internacional humanitario.

Ambas prisiones causaron gran impacto ante la sociedad por las condiciones en las que se encontraban sometidos sus prisioneros, así como las incontables violaciones de derechos humanos que desacreditaron las justificaciones norteamericanas de la Guerra contra el Terror. Por ello, antes de analizar el contexto global y legal de la Guerra contra el Terror, así como proporcionar un análisis jurídico de la condición de los detenidos, es necesario recordar, de manera sucinta, la historia de esta prisión para comprender la compleja ausencia de legalidad que la envuelve, y así poder constatar la responsabilidad norteamericana ante los citados hechos.

Bahía de Guantánamo constituye el principal centro de detención del ejecutivo estadounidense, resurgiendo su importancia en enero de 2002 como evento clave para el futuro desarrollo de la Guerra contra el Terror, al recibir esta institución el primer grupo de prisioneros, envueltos en capuchas y con Afganistán como su punto de arresto.

Enero de 2002 fue el inicio de un largo periodo de abusos que no vieron la luz hasta el año 2003. Sin embargo, la mala reputación que envuelve a la prisión de Bahía de Guantánamo le precede, debido a que dicha institución ya ejercía su función como centro de detención que evitaba la entrada de refugiados cubanos y haitianos en suelo estadounidense, función que fue apoyada con la construcción de centros de detención adicionales en el mismo territorio. A partir de 1995, los centros de detención fueron clausurados por sus condiciones infrahumanas a raíz del emprendimiento de acciones legales por parte de refugiados cubanos y haitianos, sin que la propia prisión desapareciese²².

Sin embargo, su importancia histórica retrocede hasta la subordinada concesión de autonomía por parte de EE. UU. a Cuba en 1901, bajo la denominada Enmienda de Platt, quedando establecida la posible intervención militar de EE.UU., entre otras medidas, junto a la obligación cubana de arrendar tierras a los americanos para establecer bases carboneras y navales²³. Con ello, EE. UU. accedió a la Bahía de Guantánamo en 1903 y prolongó su posesión debido a que, pese a la derogación de la citada enmienda en 1934, ambas partes acordaron mantener el arriendo del territorio, extendiéndolo hasta su cancelación por mutuo acuerdo o por abandono estadounidense. Sin embargo, no es de obviar las continuas protestas de gobierno cubano, que reclaman el territorio como suyo, alegando su ocupación ilegítima, pero debiendo recordar el papel activo que fue otorgado a Estados Unidos en dicha negociación.

Su existencia ha sido ampliamente debatida²⁴ a nivel internacional, especialmente en lo que concierne a su confusa soberanía y sistema legal, debate que fue intensificado por los motivos explicados a lo largo del proyecto presente. En lo que concierne a su

²² Amy Kaplan, "Where Is Guantánamo?", *American Quarterly* 57, no. 3 (2005): 840

²³ *Ibid.*, 835

²⁴ *Ibid.*, 832

soberanía, el acuerdo de arriendo de 1903 entre Cuba y EE. UU. estipula en su artículo 3 que:

*“Estados Unidos reconocen la continuación de la soberanía última de la República de Cuba sobre las áreas de tierra y agua arriba descritas, por otra parte, la República de Cuba consiente que, durante el período de la ocupación por los Estados Unidos de dichas áreas bajo los términos de este acuerdo, los Estados Unidos ejercerán jurisdicción y control completos sobre y dentro de dichas áreas”*²⁵.

Pese a dicha disposición, la larga presencia de EE.UU. en el territorio implica que la asignación de soberanía es extremadamente difícil de determinar, clasificando el territorio como un “agujero negro legal”, acorde a la autora Amy Kaplan²⁶. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos defendió la completa jurisdicción norteamericana en la petición de *habeas corpus*, a raíz del arriendo de 1903, bajo el caso *Rasul* contra *Bush*²⁷. A la luz de la sentencia de 2004 en el caso *Rasul* contra *Bush*, la Corte Suprema de Estados Unidos defendió el derecho de los detenidos a someter peticiones con relación a *habeas corpus* ante la misma, principio regulado en su Carta Magna. Pese a la influencia de las violaciones cometidas en Abu Ghraib, y a las numerosas cuestiones planteadas, la Corte únicamente emitió su veredicto respecto a esta específica cuestión, no abordando otros aspectos como los derechos constitucionales de los detenidos. Cabe señalar que dicha decisión supuso una limitación al ejecutivo, así como una contracción a diversas sentencias y apelaciones anteriores, bajo alegato de que se trataban de extranjeros fuera de la soberanía estadounidense²⁸.

Dichas declaraciones obtuvieron un gran impacto, tras contrastarlas con las numerosas violaciones a las que se sometían los prisioneros, así como que las dudosas condiciones en las que vivían. Con ello, los prisioneros eran encerrados en celdas de reducido tamaño, y trasladados con los ojos vendados, indiferentes a su entorno donde las luces se encontraban encendidas las veinticuatro horas del día. Cabe añadir la colocación de los prisioneros en posiciones incómodas o las amenazas personales y familiares que sufrían, destacando la presión, la humillación, el aislamiento o la confusión a nivel sensorial, como técnicas indirectas de interrogación²⁹.

Guantánamo fue, por excelencia, el centro experimental de desarrollo de torturas para extraer información crucial que acercase al ejecutivo estadounidense al enemigo terrorista. Pese a que sorprende la información que proporcionaban los sujetos, no es de extrañar los métodos para su obtención, debido a que muchos de los detenidos no guardaban ninguna relación con el denominado terrorismo y únicamente habían sido catalogados como “combatientes enemigos” para derivarlos de cualquier derecho de la Convención de Ginebra según el criterio estadounidense³⁰. Por supuesto, la categoría de “combatientes enemigos” resaltaba la arbitrariedad del ejecutivo para detener a los

²⁵ “Agreement Between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval stations; February 23, 1903”, *Yale’s Law School*, consultado el 6 de diciembre de 2023, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp. El texto original del citado documento se encuentra en inglés.

²⁶ Kaplan, “Where is Guantanamo?” (2005), 837

²⁷ Amann, “Abu Ghraib” (2005), 2096

²⁸ Jenny S. Martínez, “Process and Substance in the ‘War on Terror’”, *Columbia Law Review* 108, no. 5 (2008): 1049-1051

²⁹ Rita Maran, “Detention and Torture in Guantanamo”, *Social Justice* 33, no. 4 (2006): 153-154

³⁰ *Ibid.*, 164

sujetos, con procedencia de países como Afganistán, Turquía, Bosnia, o Turquía, entre otros³¹.

Conforme a los objetivos planteados para la realización de este Trabajo de Fin de Grado, más adelante se llevará a cabo un análisis concerniente a las protecciones garantizadas por el Derecho Internacional Humanitario. En este punto, no obstante, cabe especificar que, bajo la categoría de “combatientes enemigos”, Estados Unidos rechazaba de forma contundente la clasificación de los detenidos como prisioneros de guerra, así como la protección que ello conllevaría. Así, Bush defiende que no son sujetos protegidos bajo ninguna Convención de Ginebra, por su carácter de “combatientes ilegales”³².

Por último, cabe destacar los procedimientos judiciales a los que se veían sometidos los detenidos. Así, los detenidos se encontraban subordinados a la jurisdicción militar, la cual coordinaría todo el proceso (ejecución incluida, si fuera el caso), celebrando los juicios en secreto, y en ausencia de todas las garantías necesarias para considerarse justos, tales como la comunicación con su abogado o el acceso a pruebas³³.

3.2. Abu Ghraib

A través de las torturas de aislamiento y silencio como duras técnicas de interrogación, Guantánamo sirvió como modelo ejemplar para el desarrollo del segundo centro de detención por excelencia, Abu Ghraib en Irak, inicialmente construido por Saddam Hussein para servir como base de tortura durante su dictadura. De forma adicional a los abusos cometidos en “Camp Delta Guantánamo Bay”, los detenidos en Abu Ghraib fueron sujetos a innumerables atrocidades, entre las que cabe abarcar actos de carácter sexual como masturbaciones forzadas, o el uso de perros peligrosos, entre golpes adicionales³⁴.

De forma general, dichas atrocidades giraban en torno a la vergüenza y humillación debido a que, por ejemplo, la colocación de posturas sexuales forzadas, o la obligación de desnudarse, y de colocarse ropa interior femenina, resultaban actos que claramente contrastarían con la religión musulmana de la mayoría de los detenidos. Por ello, el empeño en conseguir la total humillación de los detenidos es un aspecto para destacar.

Pese a los innumerables informes y a los ecos que perseguían estos abusos, el ejecutivo americano negó de forma contundente cualquier uso de tortura extrema como técnicas de interrogación. Como ejemplo claro de las citadas negaciones, cabe resaltar el análisis por parte del Departamento de Justicia, por encargo de Donald H. Rumsfeld, en el cual se alegaba que ciertos actos no constituían una violación de la Convención contra la Tortura (ratificada por Estados Unidos), por no alcanzar determinada intensidad³⁵.

Sin embargo, el informe sobre Abu Ghraib en febrero de 2004, elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y dedicado a las fuerzas de coalición tras interrogar

³¹ Kaplan, “Where is Guantanamo?” (2005), 840

³² Maran, “Detention and Torture in Guantanamo” (2006), 53

³³ Johan Steyn, “Guantanamo Bay: The Legal Black Hole”, *The International and Comparative Law Quarterly* 53, no. 1 (2004): 9

³⁴ Amann, “Abu Ghraib” (2005), 2092

³⁵ *Ibid.*, 2094

a los prisioneros en Abu Ghraib³⁶, junto a las múltiples quejas por parte de la sociedad civil, lograron que el Comando Central de Estados Unidos nombrara a Antonio Taguba para desarrollar una investigación intensiva acerca de la 800ª Brigada de Policía Militar, a cargo del centro de Abu Ghraib, así como del trato que concernía a los detenidos.

Antonio Taguba emitió un informe en abril de 2004, donde condenó el trato de los detenidos entre octubre y diciembre de 2003, procediendo a enumerar los ejemplos de tales tratos en los párrafos 6 y 8 del informe, primera parte³⁷. De forma adicional a los abusos enumerados en los párrafos anteriores, cabe añadir el trato a ciertos detenidos, tales como “amenazar a los detenidos con una pistola de 9 mm cargada”(párr. 8.b), “amenazas de violación a detenidos varones” (párr. 8.e), o “permitir que un guardia de la policía militar cosiera la herida de un detenido que resultó herido tras ser golpeado contra la pared de su celda” (párr. 8.f), ejemplos extraídos del informe del investigador Antonio M. Taguba³⁸.

El informe Taguba fue clave para dar conocimiento de los abusos cometidos y lograr que llegasen a una sociedad totalmente ajena a dichos actos. De forma consecutiva, Estados Unidos emitió una serie de alegaciones y justificaciones como respuesta al informe Taguba, pero, debido a que no compete al principal objetivo de este Trabajo de Fin de Grado, obviaremos un análisis de las mismas.

Así quedan abordados las violaciones cometidas a los detenidos respecto a ambas instituciones, permitiendo entrever el rol que asumió el ejecutivo norteamericano. La visualización de estos abusos servirá de contexto para poder aplicar el posterior marco jurídico a desarrollar, pero resultaba relevante vislumbrar la seriedad de los actos cometidos para entender el contexto, y evitar deshumanizar los mismos al tomar perspectiva.

³⁶ Pierre Krähenbühl, “Iraq: ICRC explains position over detention report and treatment of prisoners” (conferencia de prensa, Comité Internacional de la Cruz Roja en Ginebra, 8 de mayo de 2004).

La conferencia de prensa aborda el informe del CICR sobre Abu Ghraib, emitido en febrero de 2004, para informar a las fuerzas de coalición sobre el trato estadounidense a los prisioneros retenidos en la prisión de Abu Ghraib, Irak. Sin embargo, el citado informe fue filtrado, pese a su inicial dedicación a las fuerzas de coalición bajo un régimen estricto de confidencialidad. Con razón de este hecho, el director de operaciones del CICR, Pierre Krähenbühl, procede a responder a varias preguntas sobre el informe, entre las que menciona de forma explícita que existen fotografías probatorias del trato humillante y degradante de los prisioneros.

³⁷ Antonio M. Taguba, “AR 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade” (2004): 16-17

³⁸ *Ibid.*, 8

III- DEFINICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH), Y FUENTES DE DERECHO

1- Marco histórico del derecho internacional humanitario

La complejidad que suscita el objeto de este Trabajo de Fin de Grado nos lleva a empezar por los aspectos más elementales, para posteriormente entender el marco jurídico en el que hemos encuadrado la pregunta de investigación, concerniente a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en las detenciones llevadas a cabo bajo la Guerra global contra el Terror.

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, podemos definir el derecho internacional humanitario (DIH) como el conjunto de normas destinado a limitar los efectos de los conflictos armados, protegiendo a aquellas personas no combatientes, y limitando los medios de hacer la guerra³⁹. Por tanto, resulta imprescindible tener presente la distinción crucial entre el llamado *jus in bello* y el *jus ad bellum*. El primero hace referencia a los principios, normas y reglas aplicables durante el transcurso de hostilidades en un conflicto armado. En contra, el *jus ad bellum* corresponde a la regulación internacional sobre el uso de la fuerza, en particular con relación a la legalidad de usos de la fuerza que sí, posteriormente, pueden dar lugar a un conflicto armado⁴⁰.

La codificación del derecho internacional humanitario comenzó en el siglo XIX, pese a regulación de carácter reciente, aunque un análisis de sus antecedentes históricos ya ubica acuerdos bilaterales de carácter humanitario entre las partes de un determinado conflicto. Por ello, a nivel histórico, cientos de antecedentes demuestran los diversos intentos por regular y limitar los conflictos armados en base a la costumbre, en un principio, y posteriormente en base a tratados bilaterales, cuyo carácter temporal los restringía únicamente a la batalla para la que habían sido creados. Por ello, pese a que no fueron regulaciones consolidadas que sirvieran como antecedente efectivo del actual derecho internacional humanitario, cabe destacar el “Código de Lieber” de 1863, que trató de codificar las leyes durante la Guerra de Secesión de Estados Unidos, limitando únicamente su aplicación a las fuerzas del norte de Estados Unidos⁴¹. El citado documento fue promulgado por el Presidente Lincoln mediante la Orden General núm.100 del Departamento de Guerra, y el Código fue alabado por diversos expertos por su “espíritu de humanidad” en las leyes que el mismo recogía⁴², y por el considerable impacto que tuvo en la posterior codificación de las leyes de la guerra.

2- Fuentes de derecho

2.1. Tratados internacionales

Pese a que han existido leyes para guerras específicas a lo largo de la historia, la auténtica codificación con fuerza vinculante se consolidó a raíz del Convenio de Ginebra

³⁹ Servicio de Asesoramiento en DIH, “¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?”, *Comité Internacional de la Cruz Roja* 454, no.3 (2022): 1

⁴⁰ *Ibid.*, 1

⁴¹ “El surgimiento del derecho internacional humanitario contemporáneo”, *Comité Internacional de la Cruz Roja*, modificado el 13 de mayo de 2010. <https://www.icrc.org/es/doc/who-we-are/history/since-1945/history-ihl/overview-development-modern-international-humanitarian-law.htm>

⁴² Rotem Giladi, “A different sense of humanity: occupation in Francis Lieber’s Code”, *International Review of the Red Cross* 94, no.885 (2012): 1

del 22 de agosto de 1864 con el objetivo de proteger a los militares heridos en los ejércitos en campaña, y la Declaración de San Petersburgo de 1868, regulando y prohibiendo la utilización de ciertos proyectiles durante los conflictos armados, acorde al Comité Internacional de la Cruz Roja⁴³.

A raíz de dicho punto de partida, surgió el derecho internacional humanitario actual, con la creación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ratificados universalmente, y como núcleo consolidado de esta disciplina legal. Dichos convenios fueron posteriormente complementados con la promulgación en 1977 de los Protocolos I y II, concernientes a los conflictos armados internacionales y no internacionales, respectivamente, y del Protocolo III en lo que concierne al emblema distintivo nacional⁴⁴.

Como bien destaca el profesor Francisco Jiménez García en su manual “*Conflictos armados y derecho internacional humanitario*” tradicionalmente existe una distinción doctrinal entre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados, el derecho de la Haya y el derecho de Ginebra. El primero concierne al derecho de la guerra en sentido estricto, esto es, regula la conducta de los beligerantes ya sumidos en el conflicto. En su contra, el derecho de Ginebra regula la protección de las víctimas dentro del conflicto, asimilando su estudio al tradicional concepto de derecho internacional humanitario que es universalmente conocido⁴⁶. Sin embargo, es de destacar que ambas disciplinas se encuentran estrechamente relacionadas y, es por ello por lo que la línea distintiva es muy difusa, recogiendo el conjunto de normas del derecho internacional humanitarios tanto el derecho de La Haya, como el derecho de Ginebra.

El derecho de La Haya, por su parte, fue finalmente codificado en las Convenciones de 1899 y 1907, basando su legislación en la citada Declaración de San Petersburgo, para así regular y limitar la conducta de los beligerantes dentro de un conflicto armado. En su contra, el derecho de Ginebra fue recogido en las Convenciones de 1864, 1906, 1929 y 1949, para así regular la protección de las víctimas de un conflicto, siendo el propio artículo común tres⁴⁷ a las cuatro Convenios de Ginebra de 1949 el que hace referencia a los conflictos armados no internacionales, y el que también recoge una serie de protecciones mínimas generales, como se analizará posteriormente.

De esta manera, el derecho internacional humanitario ha sido finalmente consolidado en un marco jurídico complejo conformado por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, elaborados a la luz del final de la Segunda Guerra Mundial, junto a los posteriores Protocolo adicional I concerniente a los conflictos armados internacionales) y Protocolo adicional II (concerniente a los conflictos armados no internacionales).

En particular, cabe enfatizar en los cuatro Convenios de Ginebra, que trataron de elaborar una legislación más adecuada y concreta que sus precedentes del siglo XVIII y XIX, debiendo distinguir entre: Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), Convenio de Ginebra relativo al trato debido a

⁴³ Servicio de Asesoramiento en DIH, “¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?” (2022), 2

⁴⁴ *Ibid.*, 7-8

⁴⁶ Francisco Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario*. 4ª ed. (Madrid: Ommpress, 2023): 111

⁴⁷ *Ibid.*, 114

los prisioneros de guerra (Convenio III), y el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)⁴⁹.

El conjunto de normas del derecho internacional humanitario se encuentra basado históricamente en el principio de humanidad, como así demuestra el antecedente de la legislación actual, la cláusula de Martens. Debido a que los tratados anteriores a la segunda Convención de La Haya de 1899 no recogían en profundidad todos los aspectos de la costumbre, se plasmó la cláusula de Martens en el Preámbulo de la citada Convención, de forma que supusiera un tipo de “cláusula residual” para que los beligerantes adecuasen su conducta a las leyes de humanidad, incluso en aquellos casos donde carecía de regulación específica. La cláusula reza así⁵⁰:

“En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.”

El principio de humanidad influyó de manera significativa en la creación del vigente artículo común tercero de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, que dice así:

*“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto **tendrá la obligación** de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:*

*1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, **tratadas con humanidad**, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo...”*⁵¹

A través del citado artículo 3, se reconoce el carácter no internacional de ciertos conflictos armados, así como se imponen obligaciones a las Partes Contratantes para asegurar la protección de las personas que no participan en las hostilidades o han depuesto las armas. El citado artículo es de suma importancia, debido a que recoge unas obligaciones mínimas que deben ser respetadas en cualquier conflicto armado, independientemente de su carácter.

⁴⁹ “Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales”, *Comité Internacional de la Cruz Roja*, modificado el 1 de enero de 2014. <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>

⁵⁰ Rupert Ticehurst, “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, *Revista internacional de la Cruz Roja* (1997): 131-132

⁵¹ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (1949): artículo 3

2.2. Derecho consuetudinario

Los tratados anteriormente citados contribuyeron a la consolidación de un marco legal con fuerza vinculante a nivel universal que regulase los métodos de hacer la guerra. Sin embargo, como es bien compartido dentro del derecho internacional, y en especial dentro de la disciplina objeto de estudio, también es de relevante importancia como fuente de ley la denominada costumbre. De esta forma, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁵² define la costumbre como la “práctica generalmente aceptada como derecho”, quedando definida a través de dos criterios de carácter crucial. En lo concerniente a los mismos, la costumbre queda definida por dos criterios principales: la práctica general y la aceptación generalizada.

Así, la costumbre es de suma relevancia para aquellos casos en los que el DIH convencional no sea de aplicación, o bien exista algún aspecto que no se encuentre regulado en el citado marco legal. Por ello, se trataría de una práctica general por parte de todos los Estados que, aunque carece de carácter legal de forma expresa, es aceptada con el carácter vinculante de una ley. Cabe destacar su papel esencial para la regulación de conflictos armados no internacionales, cuyo estudio legal es más limitado y tiende a recurrir al citado derecho consuetudinario⁵³.

Como señala Claude Bruderlein, la costumbre resulta una fuente extremadamente útil y significativa, ya que puede interpretar la falta de claridad en algunos textos convencionales a la vez que puede resultar de aplicación frente a aquellos Estados que no han ratificado los instrumentos convencionales⁵⁷. Resulta útil el desarrollo de la costumbre para reforzar la protección de las víctimas de conflictos armados, principalmente debido a que los actores y escenarios de estos se encuentran en constante evolución y diversificación, existiendo el riesgo de aumentar la vulnerabilidad de las víctimas.

2.3. Principios generales

Tras examinar las fuentes de derecho reguladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cabe abordar los principios del derecho internacional humanitario debido a su aportación crucial en el proceso de codificación, debiendo destacar el principio de distinción entre combatientes y la población civil, así como el principio de proporcionalidad.

A) Principio de distinción entre combatientes y no combatientes

Como así desarrolla el profesor Francisco Jiménez García, el principio de distinción entre combatientes y no combatientes constituye una norma consuetudinaria del derecho internacional humanitario, una norma que cuenta con peso histórico debido a su mención en la Declaración de San Petersburgo de 1868, donde se posicionaban a las fuerzas armadas como objetivo militar legítimo⁵⁹.

⁵² Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945): artículo 38

⁵³ Servicio de Asesoramiento en DIH, “¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?” (2022), 3

⁵⁷ Claude Bruderlein, “La costumbre en el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, no.108 (1981): 617-619

⁵⁹ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 194

Cabe destacar que la propia CIJ probó la posición de este principio como principio cardinal del DIH, al alegar en el asunto de la *Legalidad de la amenaza y uso de las armas nucleares* que el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, así como el principio de no causar daños innecesarios a los combatientes, constituyen principios cardinales del derecho humanitario, reforzando su importancia ante la comunidad internacional como lee su declaración traducida:

“(La Corte) hace hincapié en dos principios cardinales: (a) el primero tiene por objeto la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca deben hacer de los civiles el objeto de un ataque y, en consecuencia, nunca deben utilizar armas que sean incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares, mientras que (b) según el segundo de estos principios, no se deben causar sufrimientos innecesarios a los combatientes.”⁶¹

Pese a su carácter consuetudinario, dicho principio también ha quedado regulado en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, concerniente a los conflictos armados internacionales, que será objeto de estudio en el siguiente apartado. Dicho protocolo plasma a la perfección este principio general al citar en su artículo 48 que:

*“A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto **harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes**, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.”⁶³*

Asimismo, dicho principio también aplica a los conflictos armados no internacionales, al quedar regulado en el artículo 13 del Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, leyendo de la siguiente forma:

*“No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. **Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil**”⁶⁴*

Ambos protocolos recogen el principio de distinción, enfatizando en su carácter esencial. Sin embargo, la definición del concepto de “combatiente” diverge entre una y otra, al carecer de este estatuto los conflictos armados no internacionales. Pese a ello, dicho detalle no exime al Protocolo Adicional II de ofrecer una definición respecto a las fuerzas armadas beligerantes, como veremos en los párrafos siguientes.

En primer lugar abordaremos el caso de los conflictos armados internacionales y, por ello, acorde al profesor Francisco Jiménez García, el Protocolo adicional I ofrece una definición del concepto de “combatiente” en su artículo 43, derivando el mismo a aquellas fuerzas armadas que cumplen con tres requisitos: encontrarse bajo un mando responsable, encontrarse sometidos a un régimen de disciplina interna que les permita cumplir las disposiciones del derecho humanitario, distinguirse de la población civil y

⁶¹ Corte Internacional de Justicia, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons” (1996)

⁶³ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977): artículo 48

⁶⁴ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977): artículo 13

portar sus armas abiertamente⁶⁵. Así, los miembros de las fuerzas armadas que cumplan con los citados requisitos serán asimilados bajo la categoría de “combatientes” y se verán obligados a distinguirse, salvo que las circunstancias no lo permitan excepcionalmente.

Asimismo, los Convenios de Ginebra I y II también enumeran como combatientes a las fuerzas armadas de un Estado, como quedó expuesto anteriormente, y exponen de manera adicional la categoría de “combatientes circunstanciales”, como recuerda el profesor Francisco Jiménez García⁶⁶. Los combatientes circunstanciales, o levantamientos en masa, conciernen a:

“La población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y costumbres de la guerra”⁶⁷

Por ello, se tratarían de partícipes directos en las hostilidades, siendo susceptibles de ataque y viéndose obligados a cumplir con los requisitos de distinción, circunstancias que serán aplicadas hasta que cese su involucración en el conflicto.

En lo concerniente a una definición de “civil”, la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* del Comité Internacional de la Cruz Roja, delimita dicha figura con un criterio negativo, abordando el concepto como aquella figura que no queda clasificada como parte de las fuerzas armadas o levantamiento en masa⁶⁸.

Pese a ello, el Comité es consciente de la confusión que dicha definición puede suscitar y hace especial mención en los conflictos internacionales a aquellos casos de milicias irregulares que no constituyen parte de las fuerzas armadas y que carecen de protección civil, dado que carecería de sentido que gozasen de la protección legal civil por no cumplir los requisitos de combatientes. Es por ello por lo que el Comité dictamina que las fuerzas armadas irregulares, tales como milicias o cuerpos de voluntarios ajenos a las fuerzas armadas regulares, deberán cumplir con los cuatro requisitos que definen el estatuto de combatiente, esto es: subordinación a un mando responsable, llevar un distintivo fijo, portar las armas abiertamente y librar sus actividades acordes a las leyes y costumbre de la guerra.

Dichos requisitos permiten el acceso excepcional de estas milicias irregulares al estatuto de combatiente, aunque el Comité ha especificado que la ausencia de algunos de los requisitos tampoco causa su automática clasificación como civil, sino que una suficiente organización militar permite su consideración como combatientes⁶⁹.

En segundo lugar abordaremos los conflictos no internacionales, donde el Protocolo adicional II carece de definición de combatiente por no existir dicha categoría en los conflictos internos, aunque identifica en su artículo uno que el Protocolo concierne a los conflictos entre las fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes o grupos armados, bajo “*la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho*

⁶⁵ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 197

⁶⁶ *Ibid.*, 197

⁶⁷ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (1949): artículo 13

⁶⁸ Nils Melzer, “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm.272 (2008): 21-22

⁶⁹ *Ibid.*, 22

territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”⁷⁰.

Por ello, el artículo identifica a las fuerzas armadas regulares como posible parte beligerante, a la vez que identifica a los grupos armados no estatales como partes del conflicto, siempre y cuando cumplan con los citados requisitos. Así, y acorde al profesor Francisco Jiménez García, la práctica muestra que los miembros de los grupos armados no gozan de protección civil si se encuentran involucrados en una participación directa en las hostilidades, identificando así su rol como parte beligerante en el conflicto al ejercer una función de combate continua⁷¹.

De forma adicional, la consideración de los miembros de un grupo armado no estatal como objetivos militares legítimos es un argumento que refuerza el Comité Internacional de la Cruz Roja en su *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*⁷² al tratar de esclarecer esta cuestión haciendo referencia al artículo común tres, el cual cita en su primer apartado la protección debida a:

*“Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo...”*⁷³

Con ello, el Comité vuelve a utilizar un criterio negativo para delimitar a aquellas personas que sí gozarán protección civil, excluyendo tanto a las fuerzas armadas regulares como a los grupos armados no estatales, siempre que los miembros de estos últimos participen directamente en las hostilidades.

Sin embargo, es indiscutible que la participación en las hostilidades por parte de grupos armados disidentes dentro de los conflictos armados no internacionales despierta cierta confusión ante la doctrina, especialmente a raíz de la evolución de otros métodos de guerra, tales como los ataques de drones por parte de fuerzas estatales.

Por ello, la profesora Pilar Pozo Serrano⁷⁴ defiende la complejidad de los grupos armados en los conflictos no internacionales, especialmente su determinación como civil o miembro de un grupo armado. Así, resulta complejo determinar la afiliación al grupo armado, debido a que el grupo puede contar con una estructura sólida que integre ramas culturales o políticas y, por ello, la profesora defiende la necesidad de precisar si la mera afiliación al grupo convertiría a una persona en objetivo militar legítimo. De manera adicional, la profesora Pozo Serrano cuestiona el criterio de la función de combate continua, alegando el criterio de la “puerta giratoria” por el que un integrante recuperaría la protección como civil al cesar el combate, alternando dicha situación de forma

⁷⁰ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977): artículo 1

⁷¹ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 199

⁷² Melzer, “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario” (2008), 28

⁷³ III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949): artículo 3

⁷⁴ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 201

constante⁷⁵. Sin embargo, dicha posición ha sido contrarrestada por múltiples comentaristas, al alegar que resultaría injusto y desventajoso para las fuerzas armadas, que son objetos legítimos en todo caso, salvo que cese su condición por herida o enfermedad.

En respuesta, cabe recordar el apunte realizado por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto al abordar la teoría de la puerta giratoria, defendiendo que la misma no es el resultado de una disfunción del derecho humanitario, sino una consecuencia directa de su correcta aplicación, sin que ello lo exima de su problemática aplicación por beneficiar los miembros de los grupos que podrían ejercer de “granjeros de día y combatientes de noche”⁷⁶.

Los matices de los párrafos anteriores resultaban necesarios para comprender que existen múltiples opiniones doctrinales respecto a la participación de los miembros de los grupos armados en el conflicto, donde la práctica y el Comité Internacional de la Cruz Roja⁷⁷ defienden el criterio de la función continua de combate, a través del cual un miembro confirma su afiliación al grupo una vez que asume *de facto* una función de combate, recuperando su protección cuando cese.

En concreto, el CICR exige para ello la integración duradera en el grupo armado no estatal que actúa como fuerzas armadas, comprendiendo una participación directa en las hostilidades para lograr su distinción del resto de los civiles⁷⁸. Abordado de otra forma, el Comité exige ambos requisitos: que el miembro se encuentre integrado en una estructura similar a la de las fuerzas armadas regulares, y que desarrolle una participación directa en las hostilidades, tales como la preparación de futuras maniobras, y excepcionando a aquellas personas que, por ejemplo, han abandonado el grupo armado de forma temporal o permanente.

En línea con los párrafos anteriores, cabe mencionar de manera sucinta y excepcional el rol que desarrollan las empresas militares y de seguridad privada (EMSP), al incrementarse su presencia en los conflictos actuales, tales como el grupo Wagner en la guerra de Ucrania o la compañía Blackwater en Irak.

Debido a su irregular naturaleza, su actuación legal inicialmente queda limitada al marco legal del territorio en el que actúan, o bien al propio contrato efectuado entre el Estado contratante y el grupo en cuestión⁷⁹. De forma consecuente, se elaboró el Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados, con el objetivo de determinar la responsabilidad de los miembros partícipes y asegurar el cumplimiento del derecho internacional humanitario en el marco de un conflicto armado, pese a que carece de fuerza jurídica vinculante y constituye parte del derecho consuetudinario⁸⁰.

⁷⁵ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 199

⁷⁶ José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, “El derecho internacional humanitario ante los desafíos que planean los actores no estatales”, *Revista Española de Derecho Internacional* 68, no. 2 (2016): 308

⁷⁷ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 199

⁷⁸ Melzer, “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario” (2008), 33-34

⁷⁹ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 208-212

⁸⁰ Departamento Federal de Relaciones Exteriores, “Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados”, *Comité Internacional de la Cruz Roja* (2008): 33

A través del Documento de Montreux, los miembros de una EMSP tendrán consideración de civiles, “*a menos que se hayan incorporado a las fuerzas armadas regulares de un Estado o que sean miembros de fuerzas, unidades o grupos armados organizados bajo un mando que sea responsable ante el Estado; o que pierdan por alguna otra razón su protección, en la medida que determine el derecho internacional humanitario*”⁸¹ (párrafo 26.c)). Asimismo, dicho documento también determina la responsabilidad del Estado contratante por las violaciones cometidas por los miembros de una EMSP en determinados casos, tales como la incorporación de la empresa a las fuerzas armadas estatales.

B) Principio de proporcionalidad

Siguiendo en línea con el primer principio enumerado, el principio de distinción entre combatientes y no combatientes resulta acertado introducir otro principio cardinal del derecho internacional humanitario: el principio de proporcionalidad.

Regulado en el artículo 51.5.b) del Protocolo adicional I, el principio de proporcionalidad establece la obligación de las partes beligerantes de evaluar la ventaja militar en su conjunto respecto al daño incidental que será causado a población civil y bienes de carácter civil. De esta forma, se evaluará la estrategia y ventaja militar conjunta (esto es, en el caso de ser numerosas maniobras) y posteriormente se analizará el daño incidental derivado del mismo. Cabe observar que resulta complejo el citado equilibrio entre la protección de civiles y la ventaja militar, a lo que cabe considerar una dificultad añadida debido a que dicha evaluación se lleva a cabo por una parte en ausencia de una norma imperativa que guíe la decisión futura de llevar a cabo la maniobra⁸².

Siguiendo en línea con la teoría del profesor Jiménez García, y en estrecha relación con este principio, es de considerar el principio de precaución como principio complementario al principio de proporcionalidad, al encargarse de analizar los métodos empleados para la previsión de daños. Regulado en el artículo 57.2 del Protocolo adicional I, el principio de precaución establece, entre otros, que los ataques deberán (art.57.2.a):

*“II. tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil...”*⁸³

Con ello, el Protocolo adicional I enfatiza en la necesidad de escoger medios factibles que permitan evaluar los daños previsibles de manera correcta y precisa, para tomar una decisión informada y garantizar el cuidado de la protección civil⁸⁴.

Pese a ello, como ya ha quedado expuesto en párrafos anteriores, el análisis de la ventaja militar respecto a los daños incidentales queda a discreción de las partes debido a la ausencia de normas reguladoras específicas sin que, en ningún caso, implique una

⁸¹ Departamento Federal de Relaciones Exteriores, “Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados” (2008), 15

⁸² Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 236-238

⁸³ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977); artículo 57.2.a

⁸⁴ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 239-240

actuación libre e indiscriminada. Resulta clave leer el artículo 58 del Protocolo adicional I, al establecer que:

“Hasta donde sea factible, las Partes en conflicto:

- a) se esforzarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 del IV Convenio, por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control; ...”⁸⁵*

Bajo la luz de los principios de precaución y proporcionalidad, el legislador introduce la frase “hasta donde sea factible”, lo que puede inducir a duda respecto a la apreciación del artículo. Sin embargo, el profesor Francisco Jiménez García⁸⁶ hace referencia a la disposición 57.5 del Protocolo adicional I (*“Ninguna de las disposiciones de este artículo podrá interpretarse en el sentido de autorizar ataque alguno contra la población civil, las personas civiles o los bienes de carácter civil”*), de manera que en ningún caso pueda interpretarse el artículo 58 en contradicción con los principios cardinales del derecho humanitario, ni que en menor medida pudiera justificar una derogación de la protección civil.

⁸⁵ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977): artículo 58

⁸⁶ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 243

IV- APLICACIÓN DEL DIH A CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES Y CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Tras un análisis del núcleo legal del DIH, cabe analizar su aplicación en escenarios bélicos de variado carácter. Como se ha indicado, su aplicación varía en función de si se trata de conflictos armados internacionales (CAI) y conflictos armados no internacionales (CANI).

Sin embargo, la constante evolución de los conflictos, así como el desarrollo y diversificación de los grupos no estatales en su carácter y actuación, ha causado el surgimiento de otros términos tales como conflictos internacionalizados, conflictos concurrentes, o conflictos armados no internacionales de carácter transfronterizo. Dicho dato no resta importancia al reconocimiento de ambas categorías, debido a que la codificación final del derecho internacional humanitario en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y la regulación de los conflictos internos implicó un significativo avance para una disciplina que pudo extender su protección a las realidades bélicas.

A lo largo de este capítulo, serán objeto de análisis los tipos de conflictos armados dignos de regulación, así como las diferencias entre ambos y sus respectivos marcos jurídicos. El citado análisis resulta de crucial carácter para abordar y clasificar de forma posterior el objeto de este proyecto, la Guerra contra el Terror por parte de Estados Unidos contra actores no estatales.

1- Conflictos armados internacionales y no internacionales

La primera distinción para analizar la aplicación del derecho internacional humanitario reside en una clasificación dual entre conflicto armado internacional o no internacional (también denominado conflicto interno).

Acorde al artículo común segundo a los cuatro Convenios de Ginebra, el derecho internacional humanitario se aplicará “...*en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar...*”. A través de este artículo, el legislador reconoce la aplicación del derecho humanitario a los conflictos armados internacionales⁸⁷.

De manera adicional, es a través del artículo común tres de los cuatro Convenios de Ginebra, donde el legislador regula las disposiciones de obligatorio cumplimiento en caso de un conflicto armado no internacional. De esta forma, ambos artículos reconocen el ámbito de aplicación del derecho humanitario, exponiendo su aplicación a conflictos armados internacionales y no internacionales, así como casos de ocupación, e independientemente de que la situación bélica haya sido reconocida por ambas partes.

Sin embargo, el artículo común tres falla en ofrecer una definición expresa de los conflictos armados no internacionales, debiendo recurrir al propio Protocolo adicional II para obtener una definición de conflictos internos⁸⁸. Así, su artículo uno aplicará un

⁸⁷ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 142-143

⁸⁸ *Ibid.*, 156

criterio de descarte al definir como conflictos armados internos a todos aquellos que no queden cubiertos por el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. El artículo primero del Protocolo II establece que será de tal carácter siempre y cuando se desarrolle en el:

“Territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”⁸⁹.

Sin embargo, a través del su artículo 1.2, el Protocolo adicional II precisa que no tendrán consideración de conflictos armados no internacionales aquellas *“situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos”⁹⁰*

Cabe recordar que los antecedentes del derecho internacional humanitario regulaban únicamente los conflictos armados internacionales, por considerar que los conflictos internos eran competencia de cada parte contratante. Por ello, la regulación de los conflictos armados no internacionales (también denominados “conflictos internos”) supone un importante avance en la codificación del derecho internacional humanitario, al observar una creciente presencia de conflictos de dicho carácter en los actuales escenarios bélicos.

Concerniente a los conflictos internos, el profesor Francisco Jiménez García enumera los dos criterios esenciales que establece la normativa vigente y los tribunales penales internacionales para clasificar un conflicto como no internacional⁹¹.

En primer lugar, las partes implicadas deben tener cierto grado de organización, tomando en consideración la capacidad militar del grupo, la capacidad de llevar a cabo operaciones militares, la existencia de una estructura de mando y mecanismos internos de disciplina, el control de un territorio sobre el cual ejercen cierta responsabilidad, así como su capacidad de negociación y pactar acuerdos.

En segundo lugar, la jurisprudencia exige que la violencia ejercida por el grupo alcance cierto grado de intensidad y prolongación en el tiempo. Para ello, queda en consideración el número e intensidad de enfrentamientos, la extensión de destrucción material, el impacto en civiles (tales como su desplazamiento forzoso de las zonas de combate), así como el tipo de material militar empleado.

Jiménez García también aborda la complejidad de abordar la existencia de múltiples grupos en un conflicto armado. De esta forma, en caso de existir múltiples grupos y resultar difusa su determinación, debemos analizar su participación en el conflicto, dándose tres posibles casos.

En cuanto al primer caso, el propio cumplimiento de los criterios explicados anteriormente da lugar a su consideración como parte. El segundo caso concierne a

⁸⁹ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977): artículo 1.1

⁹⁰ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977): artículo 1.2

⁹¹ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 157-158

aquellos grupos que no cumplen los requisitos específicos para ser parte, pero establecen vínculos entre sí para dar lugar en la práctica a un solo grupo que cumpla con los criterios establecidos. Por último, el tercer caso hace referencia a aquellos grupos que no pueden abordarse en los casos anteriores, pero, debido a vínculos acreditados con un grupo que satisface los criterios, puede considerarse como parte en el conflicto⁹².

2- Casos híbridos

La dualidad de conflictos en el DIH no exime de que la evolución de dichos conflictos haya dado lugar a nuevos tipos de carácter más complejos, denominados como conflictos internacionalizados o casos híbridos, como expondremos a continuación siguiendo el manual del profesor Jiménez García⁹³.

Los conflictos internacionalizados podrían ser definidos como aquellos conflictos armados no internacionales en los cuales ha aparecido algún aspecto que cambia su naturaleza, como podría ser la extensión del conflicto a algún país vecino, o incluso los ataques por grupos armados desde un territorio foráneo. El propio profesor Francisco Jiménez García hace especial mención de dichos conflictos debido a su compleja naturaleza, enumerando diversos tipos presentes en la actualidad.

Por un lado, como ya ha quedado descrito, la complejidad de esta dualidad reside en que, en numerosos escenarios, pueden presentarse dos conflictos de manera simultánea, esto es, encontrarse un Estado inmerso en un conflicto internacional con otro Estado, a la vez que presenta diversos enfrentamientos con grupos no estatales. Bajo esta situación, el conflicto se denomina “conflictos armados concurrentes”, por tratarse de dos conflictos armados de distinta naturaleza que ocurren de manera simultánea.

Por otro lado, existen otras categorías adicionales como los “conflictos armados no internacionales de carácter transfronterizo”, donde el Estado confronta a grupos armados no estatales que encuentran refugio u operan militarmente desde un Estado vecino.

De manera alternativa, también cabe observar la evolución de un conflicto armado internacional a no internacional, y viceversa. Como bien explica el profesor Jiménez García, citando el criterio del Comité Internacional de la Cruz Roja, un claro ejemplo de esta transformación podría ser evaluado en la invasión de Afganistán de 2001. Acorde al citado Comité, inicialmente el conflicto constaba de naturaleza internacional por enfrentar a Estados Unidos y aliados contra el régimen talibán como gobierno de facto en el territorio afgano, mientras que el conflicto se tornó no internacional a partir de 2002 por enfrentar al nuevo gobierno afgano (apoyado por EE. UU.) contra el previo régimen afgano y otros grupos estatales.

Por ende, pese a que dicho caso será objeto de análisis en futuros capítulos, resulta de notable interés citar de manera sucinta dicho ejemplo para poder apreciar la complejidad que enfrenta el derecho internacional humanitario por el número de actores, su diversa índole, así como sus estrategias militares desde orígenes foráneos.

⁹² Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 158

⁹³ *Ibid.*, 163-164

V- CLASIFICACIÓN DE LA GUERRA CONTRA EL TERROR ACORDE AL DIH. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN

En capítulos previos se ha abordado el contexto histórico de los hechos acontecidos tras el 11 de septiembre de 2001, así como el marco legal del derecho internacional humanitario requerido para analizar el objetivo de este trabajo, esto es, determinar la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los detenidos en Guantánamo y Abu Ghraib.

Por ello, dos cuestiones esenciales serán abordadas en el siguiente capítulo.

Por un lado, resulta necesario comprender el concepto de “Guerra global contra el Terror” como término de carácter abstracto que abarca tanto conflictos armados, como varias operaciones antiterroristas lanzadas a nivel global, descartando así su análisis como un conflicto armado en su tradicional percepción.

Por otro lado, este capítulo procederá a desglosar las diversas dificultades que recogen los propios conflictos armados que formaron parte de la citada “Guerra Global contra el Terror”. Entre ellos, abordaremos el conflicto armado internacional entre la Coalición y Afganistán e Irak, así como el “conflicto armado internacional” contra al-Qaeda por parte de Estados Unidos, quien dificultó la protección de los detenidos al tratar de excluir la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. A fin de determinar el estatuto de los detenidos, será necesario determinar el marco jurídico de cada conflicto.

1- La Guerra contra el Terror acorde al DIH

De cara a comprender la clasificación de la Guerra global contra el Terror dentro del marco legal del DIH, resulta indispensable comprender que dicho concepto de carácter abstracto no referencia a un conflicto armado en particular, sino que abarca una serie de conflictos armados desarrollados de manera simultánea, junto a múltiples operaciones antiterroristas libradas bajo el amparo de dicha “guerra”⁹⁴. Esta mezcla entre conflictos armados y medidas legales convencionales causa incertidumbre a la hora de determinar el marco legal internacional al que debe someterse cada operación, así como la delimitación geográfica de cada una.

En términos generales, la Guerra global contra el Terror logró materializarse en dos conflictos armados: Afganistán e Irak. Sin embargo, la dificultad surge al analizar la declaración de EE. UU. que diferencia entre un conflicto internacional en Afganistán, junto a un conflicto armado internacional independiente contra al-Qaeda. Así, de cara a comprender la intencionalidad de EE. UU., así como el marco legal aplicable, será necesario desglosar cada uno de ellos.

En el caso de los primeros, respecto a Afganistán e Irak, se tratarán de conflictos armados internacionales de manera indisputable⁹⁶, acorde al artículo común segundo de los Convenios de Ginebra, debido a que se libran entre dos altas partes Contratantes: la Coalición (liderada por EE. UU.) y el gobierno de otros Estados, Afganistán e Irak. Cabe matizar que Afganistán, en un plano teórico, se encontraba en manos del gobierno de Burhanuddin Rabbani y la Alianza del Norte, aunque el gobierno *de facto* del país estaba

⁹⁴ Silvia Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror”, *International Review of the Red Cross*, no.857 (2005): 46

⁹⁶ *Ibid.*, 46

a cargo de los Talibanes, debido a que controlaban alrededor del noventa por ciento del territorio⁹⁷.

El autor Ben Saul ha expuesto la opinión del Comité Internacional de la Cruz Roja respecto al artículo común segundo (“*el presente Convenio se aplicará, en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes*”), extendiendo su estricta interpretación convencional para incluir aquellos conflictos donde un Estado realiza operaciones en otro sin su consentimiento⁹⁸. Como ejemplo de casos en los que un Estado interviene en el territorio de otro Estado para combatir actores no estatales, Saul aborda el conflicto de Israel y Hezbollah en 2006, citándolo brevemente debido a la semejanza que puede compartir con el caso objeto de este proyecto. En 2006, las fuerzas israelíes atacaron objetivos de Hezbollah (actor no estatal) en suelo libanés, dañando infraestructura del Líbano y dando lugar a diversas opiniones opuestas.

Por un lado, algunos autores defendieron el carácter internacional del conflicto (Israel-Líbano), mientras que otros alegaron que se trataba de un conflicto transfronterizo de carácter no internacional (Israel contra Hezbollah). Finalmente, otros autores defendieron la existencia de dos conflictos simultáneos, donde combinaban un conflicto internacional (Israel-Líbano por dañar infraestructura del Estado a través de la estrategia israelita) y un conflicto interno (de carácter transfronterizo entre Hezbollah e Israel). Como bien explica el autor Ben Saul, desde un punto de vista humanitario, la doctrina se inclina a favor de considerar que se trata de un conflicto internacional entre dos Estados por carecer del consentimiento del Estado que es interferido, posición más favorable para la completa aplicación del DIH⁹⁹.

Aplicado al caso particular, EE. UU. solicitó al gobierno Talibán la expulsión de los miembros de al-Qaeda, solicitud que fue rechazada por este último a la vez que optó por otorgarle santuario, propiciando la subsiguiente invasión del suelo afgano. Por ello, resulta indisputable estipular que existió un conflicto armado internacional en Afganistán¹⁰⁰, argumento que queda reforzado al recordar que Estados Unidos y Afganistán son Altas Partes contratantes de los Convenios de Ginebra de 1949.

Dado que el carácter internacional del conflicto con Afganistán no suscita dudas, cabe recurrir al segundo caso, concerniente al conflicto entre Estados Unidos y al-Qaeda, donde la complejidad del mismo reside principalmente en determinar su existencia, debido a que no existe una identificación adecuada del enemigo, ni una delimitación geográfica exacta. Precisamente, dicha confusión surgió con la declaración de EE. UU. sobre la existencia de una guerra a nivel global contra al-Qaeda, esto es, un conflicto contra un actor no estatal con difusa delimitación geográfica, si es que la hubiere¹⁰¹.

En términos generales, el CICR ha definido el ámbito geográfico de los conflictos armados. En el caso de los conflictos internacionales, el derecho internacional

⁹⁷ Marco Sassòli, “La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, no.78 (2003): 5-9

⁹⁸ Ben Saul, “Terrorism and international humanitarian law,” *Research handbook on international law and terrorism*, chapter 13 (2004): 5-6

⁹⁹ *Ibid.*, 6

¹⁰⁰ George H. Aldrich, “The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants”, Extract from “*Humanitäres Völkerrecht*”, no. 4/2002, a review published by the German Red Cross and the “Institute for International Law of Peace and Armed Conflict” in Bochum (2002): 202

¹⁰¹ Helen Duffy, *The War on Terror and the Framework for International Law*, 2ª ed. (Cambridge University Press: 2015): 399

humanitario aplica a todo el territorio estatal (incluyendo alta mar, ríos y mares sin salida al mar, y el espacio aéreo nacional) mientras que, en el caso de los conflictos internos, la aplicación del DIH se limita a la zona bajo control de una parte del conflicto, aunque no se desarrollen hostilidades en la misma. De forma adicional, el CICR ha defendido su posición a favor de extender la aplicabilidad del DIH a aquellos Estados que asistan a un Estado en conflicto con un actor no estatal, cumpliendo su objetivo de extender derechos y obligaciones a todas las partes del conflicto. Sin embargo, dicha extensión no exime de que el propio Comité rechace de forma contundente una posición a favor de extender esta esfera legal a los miembros de una parte que se encuentran operando en otro Estado, extendiéndose únicamente en aquellos casos en los que en el otro Estado se den los requisitos necesarios para determinar otro conflicto interno (dado cierto nivel de violencia y organización del grupo). Así, el CICR rechaza dicha posición por considerar que justificaría la extensión del conflicto interno a todos aquellos Estados en los que se encuentren dichos miembros, aprobando un tipo de “batalla global”¹⁰².

De forma adicional, y aplicado al caso particular, el CICR apoya esta postura al alegar que el núcleo de al-Qaeda, junto a sus asociados a nivel global, no pueden constituir una única parte en el conflicto, basándose en la información disponible a fecha de la declaración. Por ello, basándonos en esta posición del CICR, la extensión de conflicto internacional contra al-Qaeda quedaría rechazada, al recordar que el DIH limita su aplicabilidad y obliga a una delimitación territorial del conflicto. De hecho, el Comité no solo procede a rechazar un conflicto internacional con al-Qaeda, sino que adopta un enfoque casuístico de cara a analizar cada situación de violencia para determinar su carácter internacional, o no. De esta forma, hace especial énfasis en que no existe un conflicto armado de alcance global, sino que, ante eventos particulares, es necesario analizar la situación legal de cada uno¹⁰³.

Una vez descartada la posibilidad de desarrollarse un conflicto internacional contra una parte no estatal en varios países, cabe analizar si realmente existió un conflicto simultáneo y distinguido con al-Qaeda dentro del territorio afgano, a pesar de que EE. UU. no reconozca el mismo.

En primer lugar, el carácter internacional o interno de un conflicto tiende a determinarse a raíz de la naturaleza de sus partes. Cabe recordar que un conflicto tendrá carácter internacional si bien: son Altas Parte contratantes, son movimientos de liberación nacional, o bien fuerzas irregulares y voluntarias que actúen pertenecientes a algún Estado (como queda plasmado en el artículo 4(2) del Tercer Convenio de Ginebra, concerniente a los prisioneros de guerra)¹⁰⁴.

Respecto a la actuación de milicias voluntarias bajo una Parte del conflicto (art.4 (2) del Tercer Convenio), la relación de al-Qaeda con el gobierno Talibán (gobierno *de facto*) ha suscitado diversas dudas, Sin embargo, aunque al-Qaeda sí que guardaba relación con el gobierno Talibán, ya que el mismo permitía su presencia en el territorio afgano y era conocedor de la ideología de la organización, dichos hechos no pueden demostrar que el gobierno conociese el plan del 11/S, así como participase en el mismo.

¹⁰² International Committee of the Red Cross, “International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts”. (32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 8-10 December 2015): 15-16

¹⁰³ “The applicability of IHL to terrorism and counterterrorism”, *Comité Internacional de la Cruz Roja*, modificado el 1 de octubre de 2015. <https://www.icrc.org/en/document/applicability-ihl-terrorism-and-counterterrorism> .

¹⁰⁴ Saul, “Terrorism and international humanitarian law” (2004), 193-194

Dicha afirmación podría ser apoyada a raíz del caso Tadic, donde la Corte Penal Internacional determinó que, de cara a establecer un nexo entre el grupo no estatal y el Estado, sería necesario un control global del grupo, esto es, coordinando o colaborando en la planificación de sus actividades, sin que fuera suficiente su equipamiento o financiación (o, en este caso, cabría entender su afinidad y cooperación). Por ello, al no establecer un nexo directo entre los Talibanes y al-Qaeda, así como descartar el resto de las posibilidades, cabe determinar que el conflicto también carece de carácter internacional¹⁰⁵.

Con ello, una vez descartado su carácter internacional, debemos recurrir a la jurisprudencia internacional para analizar los criterios que caracterizan un conflicto interno, y así determinar si el conflicto EE. UU.-Al-Qaeda gozó del mismo, siendo dichos requisitos: el nivel de organización de los actores no estatales y el nivel de violencia ejercida¹⁰⁶.

Respecto a la organización de al-Qaeda, existen diversas cuestiones a considerar, tales como la propia definición de la organización (si bien se trata de una ideología, una red de varias células...), así como la catalogación de sus filiales como única parte del conflicto. Así, el artículo uno del Protocolo adicional II, aborda los requisitos necesarios para considerar a los grupos no estatales como partes en un conflicto armado no internacional, siendo necesario que se encuentren *“bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”*¹⁰⁷.

Aplicado al caso de al-Qaeda, por un lado, las hipótesis sobre su organización no resultan claras por no poder definir la misma como una estructura, como una simple red, o bien como un conjunto de asociaciones. Ello resulta en la imposibilidad de determinar si la misma cumplía con los requisitos para constituir una parte no estatal al inicio del conflicto en Afganistán, principalmente debido a su estructura difusa y organización para perpetrar ataques. Sin embargo, la autora Helen Duffy expresa que al-Qaeda sí que pudo haber constituido una parte en el conflicto (debido a su inicial estructura jerárquica), pero su descentralización como consecuencia de las campañas antiterroristas desplazó dicha consideración legal¹⁰⁸. Asimismo, como hemos visto en párrafos anteriores, el CICR alega que carece de suficientes medios para confirmar que al-Qaeda y sus afiliados constituyeran una única parte en el conflicto y, por ende, resuelve la cuestión de unidad de al-Qaeda y sus aliados¹⁰⁹.

Por otra parte, respecto al nivel de violencia, la autora Helen Duffy debate el alcance de la misma, debido a que al-Qaeda (o sus alguna de sus filiales) perpetró ataques en otros Estados como Madrid, Londres o Bali, pero la autoría de los mismos es debatida por no saber con firmeza si se tratan de simples influencias, por lo que determinar el nivel de violencia dentro de unos concretos límites geográficos resulta complejo. A ello cabe añadir que los países que sufrieron dichos ataques, tales como España, no declararon

¹⁰⁵ Sassòli, “La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra” (2003), 6

¹⁰⁶ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 157

¹⁰⁷ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977): artículo 1

¹⁰⁸ Duffy, *The War on Terror and the Framework for International Law* (2015), 395-398

¹⁰⁹ International Committee of the Red Cross, “International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts” (2015), 18-19

encontrarse en una situación de conflicto armado. Por ello, esta autora argumenta que, para poder afirmar que el nivel de violencia ejercido por al-Qaeda en Afganistán alcanza la suficiente intensidad como para declarar un conflicto interno, se requeriría de agrupar todos los ataques perpetrados por al-Qaeda en un solo país y en un solo conflicto, lo cual no es aplicable a este caso particular¹¹⁰.

De esta forma, en base a los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, tampoco cabría abordar la existencia de un conflicto armado no internacional entre Estados Unidos y al-Qaeda en suelo afgano, por no cumplir con el nivel de violencia y la organización necesaria requerida para determinar el mismo.

Sin embargo, resulta imprescindible recordar la importancia del artículo común tres en este contexto, ya que la confusión en determinar un conflicto u otro, así como su reconocimiento, no podrá eximir de garantizar unas obligaciones y protecciones mínimas.

En particular, la sentencia de Hamdan contra Rumsfeld arroja luz sobre esta cuestión. Dicho caso se basa en la detención de Salim Ahmed Hamdan por parte de milicias dentro del conflicto en suelo afgano, así como su posterior entrega a las fuerzas estadounidenses, quienes posteriormente trasladaron a Hamdan a Bahía de Guantánamo, Cuba. Dentro del citado centro de detención, Hamdan fue elegido junto a otros cinco detenidos para ser juzgado por un tribunal militar (establecidos por orden del Presidente norteamericano en 2003), respondiendo de cargos bajo la jurisdicción del mismo, entre los que cabe mencionar conspiración para atacar civiles y participación en terrorismo.

En la sentencia, la Corte Suprema dictaminó que los tribunales militares establecidos por el Presidente Bush carecían de garantías judiciales suficientes, así como que dichos tribunales constituían una violación del artículo común tercero de los Convenios de Ginebra¹¹¹ (al prohibir “*d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados*”¹¹²). Con ello, aunque la Corte falló en pronunciarse sobre la protección que correspondería a los detenidos de al-Qaeda, logró elaborar una respuesta al argumento de EE. UU. de que al-Qaeda no constituía un Estado y, por ende, no cabría conflicto armado conforme al artículo común dos, reafirmando la distinción de dos tipos de conflictos: internacionales e internos¹¹³.

De suma importancia fue la defensa de la Corte Suprema de la aplicación del artículo común tres, al alegar que “*El Tribunal no necesita decidir sobre el fondo de este argumento porque hay al menos una disposición de los Convenios de Ginebra que se aplica aquí, aunque el conflicto relevante no sea entre signatarios*”¹¹⁴. Con ello, la Corte

¹¹⁰ Duffy, *The War on Terror and the Framework for International Law* (2015), 391-395

¹¹¹ Dennis Phillips, “Hamdan v. Rumsfeld: The Bush Administration and “the rule of law””, *Australasian Journal of American Studies* 25, no. 2 (2006): 40–43

¹¹² III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949): artículo 3

¹¹³ Harvard Law School, “Section 7 - International Law and the end of the United States’ War on Terror”, *Program on International Law and Armed Conflict*, consultado el 20 de mayo de 2024. <https://pilac.law.harvard.edu/indefinite-war-legal-briefing/section-7-international-law-and-the-end-of-the-united-states-war-on-terror>

¹¹⁴ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 29 de junio de 2006: 6

Traducción en inglés: “*The Court need not decide the merits of this argument because there is at least one provision of the Geneva Conventions that applies here even if the relevant conflict is not between signatories*”

reconoce la aplicación de unas protecciones mínimas de manera independiente a la determinación de la naturaleza del conflicto¹¹⁵.

Finalmente, cabe mencionar que la distinción de dos conflictos independientes por parte de EE. UU. (contra Afganistán y contra al-Qaeda) fue una decisión del ejecutivo estadounidense que careció del respaldo jurídico objetivo y necesario para clasificar un conflicto, al promulgar en septiembre de 2001 la denominada “Authorization for Use of Military Force”, alegando lo siguiente:

*“The President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, ...”*¹¹⁶

Dicha activación de los poderes de guerra del Presidente fue ciertamente avalada posteriormente por la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, al declarar que *“the President’s decision to treat our conflict with the Taliban separately from our conflict with Al Qaeda is the sort of political military decision constitutionally committed to him”*¹¹⁷

Por ello, la decisión de Estados Unidos de distinguir entre dos conflictos armados en territorio afgano, privando a uno de ellos de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra como veremos a continuación, resulta una decisión eminentemente política, resultando bastante acertada la opinión de la autora M.^a Dolores Bollo Arocena¹¹⁸. Acorde a la misma, el conflicto armado con al-Qaeda al que refiere EE. UU., es empleado en términos metafóricos, esto es, sin que se materialice en un conflicto real por intentar abarcar un objetivo global independientemente de su localización.

En concreto, este proyecto se inclina a favor de rechazar la existencia de dos conflictos armados independientes, así como reafirma la existencia de un único conflicto en el territorio afgano, posición adoptada en base a los siguientes criterios tomados en consideración.

Por una parte, resulta indisputable que la Guerra contra el Terror sí se materializó en varios conflictos de índole internacional, como son Afganistán e Irak, así como en operaciones policiales a escala global. Sin embargo, la decisión de distinguir entre dos conflictos armados internacionales contra Afganistán y al-Qaeda carece de base jurídica o, al menos, se ha fundamentado en base a una interpretación jurídica errónea por decretar EE. UU. que cualquier conflicto no catalogado dentro del artículo común dos, queda fuera de la jurisdicción del derecho internacional humanitario. Esta teoría ofrecería ciertas ventajas al país norteamericano respecto a su responsabilidad con todos los futuros detenidos.

Por otro lado, el propio Comité de la Cruz Roja niega la existencia de un conflicto armado internacional que abarque varias fronteras sin ningún tipo de delimitación geográfica, en base a que ello requeriría una única parte frente a diversos Estados (con el correspondiente nivel de violencia requerida) y, como ha quedado explicado, resulta

¹¹⁵ M.^a Dolores Bollo Arocena, “Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, no.12 (2006): 6

¹¹⁶ S.J.Res.23 - Authorization for Use of Military Force, 107th Congress (2001-2002): Section 2

¹¹⁷ Bollo Arocena, “Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006” (2006), 8

¹¹⁸ *Ibid.*, 8

imposible en el caso de al-Qaeda por contar con una estructura difusa y descentralizada a nivel de sus filiales.

Por último, tras rechazar la existencia de un conflicto armado internacional con al-Qaeda, hemos seguido en línea con dicha distinción entre dos conflictos para determinar si efectivamente pudieron existir dos conflictos diferenciados pero limitados al territorio afgano, esto es, dos conflictos simultáneos entre EE. UU. y el gobierno Talibán, junto a EE. UU. y al-Qaeda. Sin embargo, hemos descartado el carácter no internacional de este último por carecer de un nivel de violencia suficiente dentro de un mismo territorio (al perpetrarse los atentados en diversos países), así como de la organización exigida en el artículo primero del Protocolo adicional II¹¹⁹.

En conclusión, existió un único conflicto internacional en Afganistán tras el 11 de septiembre de 2001¹²⁰, rechazando un conflicto internacional con al-Qaeda *per se*, así como un conflicto no internacional de manera concurrente en territorio afgano contra dicho grupo. Así, el conflicto declarado por EE. UU. no trascendería más allá de su declaración política, sin que ello exima de gran problemática a la hora de abordar a los detenidos -tanto en Afganistán como en otros Estados- durante dicha “Guerra Global contra el terror”, cuestión que será analizada a continuación.

Ello no exime de que, con carácter posterior, el establecimiento de un nuevo gobierno afgano en 2002 causase una reclasificación del conflicto hacia un carácter no internacional, al confrontar a los miembros del antiguo gobierno talibán, junto a otros grupos no estatales, contra el nuevo gobierno afgano apoyado por la coalición, como así apunta el profesor Francisco Jiménez García¹²¹.

2- Aplicabilidad del DIH a los detenidos bajo la Guerra global contra el Terror

La Guerra contra el Terror ha causado la detención de alrededor de 50,000 personas desde el inicio de operaciones en Afganistán e Iraq, por parte de las fuerzas estadounidenses. Estos detenidos eran inicialmente custodiados por las fuerzas de la Coalición, para después ser entregados al nuevo gobierno afgano, o bien a las propias instituciones de la Coalición presentes en Afganistán e Irak. Sin embargo, fue a partir de 2002 cuando EE. UU. tomó la iniciativa de trasladar a miembros de al-Qaeda o Talibanes a Bahía de Guantánamo, cuya situación legal ha sido abordada en capítulos anteriores, bajo consideración de ser personas de alto valor en inteligencia, o bien de constituir una amenaza significativa¹²². De forma adicional, como expresa el CICR, los números incluyen más de ocho mil detenidos en los centros de detención norteamericanas de Iraq a finales de octubre de 2004.

Sin embargo, el problema reside tanto en analizar la detención de aquellos miembros capturados en Afganistán e Irak, supuestamente amparados bajo el DIH por su detención en el territorio de un conflicto armado, como en abordar a aquellos detenidos que proceden de operaciones policiales desarrolladas a nivel global por parte de aquellos

¹¹⁹ International Committee of the Red Cross, “International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts” (2015), 13-16

¹²⁰ Bollo Arocena, “Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006” (2006), 8

¹²¹ Jiménez García, *Conflictos armados y derecho internacional humanitario* (2023), 164

¹²² Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 42-43

Estados parte en la lucha contra el terrorismo, y que no disfrutaban de la aplicación del derecho internacional humanitario. Así, también suscita especial problema el análisis de aquellos detenidos dentro de los conflictos armados internacionales anteriormente citados, pero que no son nacionales de dichos Estados y no disfrutaban del estatuto de combatiente.

Por ello, es necesario, al objeto de este capítulo, distinguir entre aquellas detenciones llevadas a cabo dentro de un conflicto armado (Afganistán e Irak) de aquellas detenciones llevadas a cabo a través de operaciones antiterroristas ubicadas fuera del conflicto, debido a que el derecho internacional humanitario aplicaría únicamente en el primer caso¹²³.

En el caso del conflicto entre la Coalición y los Talibanes, la administración estadounidense inicialmente corroboró la aplicación del Tercer Convenio de Ginebra. Sin embargo, EE. UU. posteriormente matizó su postura en febrero de 2002 al alegar que, pese a la aplicación del Tercer Convenio al conflicto en Afganistán, aquellos soldados talibanes capturados durante el conflicto no gozarían del estatuto de combatiente por no cumplir con los requisitos del artículo 4 del Convenio de Ginebra III.

Asimismo, dicha administración alegó que “el conflicto con al-Qaeda” tampoco disfrutaría de la aplicación del Tercer Convenio debido a que, bajo su argumentación, al-Qaeda no constituye una Alta Parte contratante acorde al artículo común dos, decretando de forma consecuyente que dichos miembros se caracterizaban como “combatientes ilegales”, al igual que los detenidos talibanes, acorde a su criterio¹²⁴.

De esta forma, resumiendo a grandes rasgos estas declaraciones, el presidente George W. Bush, en su memorando titulado “Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees”, a fecha de 7 de febrero de 2002, afirma que el Tercer Convenio aplicará exclusivamente al conflicto con los Talibanes, mientras que el mismo no aplicará al conflicto con al-Qaeda en Afganistán por no tratarse de una Alta Parte Contratante. Por último, a los detenidos de al-Qaeda y Talibanes no les será de aplicación el artículo común tercero (bajo alegato de que el mismo solo concierne a conflictos armados no internacionales, y ambos conflictos no profesan este carácter) y, a su vez, el estatuto de prisioneros de guerra no será aplicado a dichos detenidos por tratarse de “combatientes ilegales” (en caso de los Talibanes) y por no aplicar el Tercer Convenio (en caso de al-Qaeda)¹²⁵.

Sin embargo, en el caso del conflicto en Irak, EE. UU. garantizaba la aplicación de los Convenios de Ginebra, incluyendo a los detenidos, pese a que un posterior cambio en 2004 se tradujo en la aplicación del estatuto de prisioneros de guerra a los detenidos, con excepción de aquellos detenidos no iraquíes capturados en territorio iraquí¹²⁶.

La distinta consideración provoca una variación en su aplicación legal. Dentro de los conflictos armados internacionales, aquella persona clasificada como combatiente,

¹²³ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 46

¹²⁴ Sassòli, “La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra” (2003), 2

¹²⁵ The White House, Memorandum of “Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees”, 7 Febrero 2002: punto 2

¹²⁶ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 48

tendrá derecho al estatuto de prisionero de guerra, regulado en el Tercer Convenio, rezando el artículo 4 que son prisioneros de guerra:

“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; ...”¹²⁷

Cabe matizar brevemente todo aquello que supone la aplicación del estatuto de prisionero de guerra, ya que es la categoría que el ejecutivo estadounidense ha tratado de evitar por la especial protección que puede recoger. Entre dichos derechos, cabe abordar la prohibición de ser transferido más que a otra Alta Parte contratante dispuesta a cumplir las condiciones del Convenio (art.12 del Protocolo Adicional I), el derecho a un trato humano y a conservar sus propiedades salvo excepciones (art.13 y 18 del Protocolo adicional I, respectivamente), así como el derecho a la repatriación directa tras cesar las hostilidades (art.118 del Protocolo adicional I), entre otros.

Retornando a la clasificación de los detenidos, los miembros talibanes formarían parte de la categoría del artículo 4.A.3 del Tercer Convenio, bajo la clasificación de fuerzas armadas del gobierno *de facto* de Afganistán, cuya autoría no es reconocida por la potencia norteamericana. Sin embargo, el argumento legal de EE. UU. para catalogar a dichos miembros como “combatientes ilegales” reside en una interpretación errónea de dicho artículo, si cupiere. Acorde a la autora Silvia Borelli, EE. UU. comprende que el artículo 4.A.3 se encuentra limitado por los requisitos del apartado dos, esto es, que los Talibanes también deben cumplir los requisitos del apartado dos para poder ser clasificados como combatientes, y así quedar protegidos por el estatuto de prisionero de guerra en caso de captura. Así, alega la administración estadounidense que los Talibanes violan dichos requisitos por no distinguirse de los civiles, así como no cumplir con las leyes de la guerra por ubicar su posición a favor de los actos ilícitos de al-Qaeda¹²⁸.

Si bien es cierto que las fuerzas armadas requieren disciplina interna, como así reza el artículo 43 del Protocolo adicional I (“...*Tales fuerzas armadas deberán estar*

¹²⁷ III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949): artículo 4

¹²⁸ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 49-50

sometidas a un régimen de disciplina interna... ”¹²⁹), ello no implica que el artículo 4.A del Tercer Convenio tenga un carácter cumulativo, esto es, que las categorías del apartado dos deban ser cumplimentadas por el resto de los apartados para obtener el estatuto de combatiente¹³⁰. Al igual que resulta indisputable que el combatiente también tendrá la obligación de distinguirse a nivel colectivo e individual, salvo circunstancias excepcionales, acorde al artículo 44 del Protocolo adicional I y, en caso de no hacerlo, podrá perder el estatuto de prisionero de guerra al ser capturado¹³¹.

Sin embargo, incluso si la interpretación de Estados Unidos fuese acorde a la realidad legal, sin que ello sea el caso, la valoración de los requisitos del apartado dos deberían ser valorados individualmente, esto es, no cabe una declaración global de la violación del artículo cuatro por parte de los talibanes, como bien alega la autora Silvia Borelli¹³².

En el caso de los miembros de al-Qaeda detenidos en Afganistán o Irak, Borelli también expresa que podrían quedar recogidos en el apartado dos del artículo cuatro, concerniente a las milicias voluntarias que pertenecen a una de las partes, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en el apartado. Del citado apartado surge la complejidad para determinar la relación entre los Talibanes y al-Qaeda, especialmente durante su captura dentro de un conflicto armado.

Por ello, debido a que puede resultar complejo determinar el estatuto de combatiente, la disciplina del DIH ha optado por evitar la desprotección a través del artículo cinco del Tercer Convenio, estableciendo que:

“Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto.”¹³³

Así, en caso de detención de algún miembro de al-Qaeda participe en las hostilidades junto a los Talibanes, sí será de aplicación el apartado dos del artículo cuatro, aunque, en caso de duda sobre las violaciones de los requisitos de dicho apartado, deberá analizarse en función de cada caso individualizado¹³⁴.

De forma adicional, pese al rechazo de EE. UU., el marco teórico del DIH establece que aquellas personas que no gocen del estatuto de combatiente (y, en caso de captura, del estatuto de prisionero de guerra) bajo el Tercer Convenio de Ginebra, tendrán derecho a la protección otorgada por el Cuarto Convenio de Ginebra en su artículo

¹²⁹ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977): artículo 43

¹³⁰ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 49

¹³¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Combatants and POWs”, *Casebook “How does law protect in war?”*, consultado el 20 de mayo de 2024. <https://casebook.icrc.org/law/combatants-and-pows>

¹³² Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 50

¹³³ III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949): artículo 5

¹³⁴ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 50

cuatro¹³⁵, sin que les exima de responder por su participación en las hostilidades, y con ciertas excepciones como las siguientes:

*“No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él. Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado beligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén”*¹³⁶

El Cuarto Convenio regula como excepción a los nacionales de un Estado no parte en los Convenios, así como a los nacionales de un Estado neutral o beligerante mientras tengan representación diplomática en el Estado en el que se encuentren presentes. En su caso, establece Silvia Borelli que deberán quedar sujetos a la protección diplomática garantizada por su Estado, así como a las protecciones mínimas reguladas en el artículo común tercero y el artículo 71 del Protocolo adicional I¹³⁷, rezando de la siguiente forma:

*“1. Cuando se encuentren en una de las situaciones a que hace referencia el artículo 1 del presente Protocolo, las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, ...”*¹³⁸

A ello cabe añadir la declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja, en su Comentario de 1958 a la IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949, estableciendo que:

*“Toda persona en manos del enemigo debe tener un estatuto en virtud del derecho internacional: o bien es un prisionero de guerra y, como tal, está amparado por el Tercer Convenio, o bien es un civil amparado por el Cuarto Convenio, o bien es un miembro del personal médico de las fuerzas armadas que está amparado por el Primer Convenio. No existe estatuto intermedio; nadie en manos del enemigo puede estar al margen de la ley.”*¹³⁹

De esta forma, aquellos miembros de al-Qaeda que no cumplieran con los requisitos exigidos en el artículo 4.2 del Tercer Convenio de Ginebra visto anteriormente, perderán su derecho a ser tratados como prisioneros de guerra, pero tendrán derecho a ser tratados como personas protegidas bajo el artículo cuarto del Cuarto Convenio, esto es, no será posible la clasificación impuesta por EE. UU. por garantizar una total desprotección, ni tampoco podrá existir ninguna categoría “intermedia”.

De cara a concluir este capítulo, debemos identificar dos aspectos cruciales.

¹³⁵ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 1

¹³⁶ IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949): artículo 4

¹³⁷ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 51-52

¹³⁸ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977): artículo 71.1

¹³⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Commentary of 1958 to the Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949”, *International Humanitarian Law Databases*, consultado el 20 de mayo de 2024. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/article-4/commentary/1958>

Por una parte, el derecho internacional humanitario se aplica a aquellas personas detenidas dentro de un conflicto armado, como fue el caso de Afganistán e Irak, mientras que todos aquellos detenidos en operaciones antiterroristas a nivel global carecen de dicha protección y deben recurrir únicamente al Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Por otra parte, EE. UU. decretó la no aplicación de los Convenios de Ginebra a los detenidos talibanes por carecer de las condiciones exigidas en el artículo 4.2 del Tercer Convenio, apuntando ciertamente a una interpretación errónea de dicho artículo, debido a que los detenidos tendrían garantizada su condición de combatientes en el apartado tres de dicho artículo sin deber reunir ninguna de las características anteriores¹⁴⁰. Asimismo, EE. UU. también procedió a privar a los detenidos de al-Qaeda por entender que no formaban parte del conflicto internacional debido a su condición de grupo no estatal, fallando en analizar si bien los miembros cumplían con los requisitos del artículo 4.2 del Tercer Convenio o, en su ausencia, podían quedar protegidos por la categoría de personas protegidas por el Cuarto Convenio (limitados por el principio de nacionalidad)¹⁴¹.

Por último, el objetivo de este capítulo es recordar que ningún detenido dentro de un conflicto armado internacional puede quedar excluido de toda aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949. Por ello, si fallan en disfrutar del estatuto de combatiente, tendrán derecho al amparo de las “personas protegidas” bajo el Cuarto Convenio, limitado por su nacionalidad y, en caso de no poder disfrutar del mismo, existen unas protecciones mínimas que serán de aplicación general acorde al artículo común tres. Como bien recoge el CICR en su Comentario de 1958 a la IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, no cabe estatuto intermedio.

3- Casos concretos de Guantánamo y Abu Ghraib

Tras analizar el estatuto de combatiente aplicable a cada posible detenido, cabe enfatizar en el caso concreto de Guantánamo y Abu Ghraib.

Así, el régimen y la clasificación de detenidos comenzó a configurarse a raíz de la orden titulada “Authorisation for the Use of Military Force” por parte del Congreso de Estados Unidos, de cara a activar los poderes de guerra del Presidente. Precisamente a través de los mismos, el Presidente decretó la orden presidencial denominada “Detention, Treatment, and Trial of Certain Non- Citizens in the War Against Terrorism” en noviembre de 2001¹⁴².

Dentro de dicha orden, el Presidente George W. Bush abarca como individuos sujetos a dicha orden a aquellos que cumplan dos condiciones. En primer lugar, que hayan sido, o sean, miembros de la organización de al-Qaeda, ayuden o conspiren para cometer actos de terrorismo internacional; o bien causen, o planeen causar, daños a Estados Unidos, así como cualquier persona que haya albergado a miembros de las dos

¹⁴⁰ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 49

¹⁴¹ *Ibid.*, 51

¹⁴² Sharon Weill and Mitchell Robinson, “Military courts and terrorism: the 9/11 trial before the Guantanamo Bay Military Jurisdiction”, *Research handbook on international law and terrorism*, 2^o ed. (2020): 258

condiciones anteriores de forma consciente. En segundo lugar, es necesario que dichos individuos sean de interés para Estados Unidos¹⁴³.

De esta forma, se condenan a dichos sujetos a ser juzgados por un tribunal militar, reconociendo la posibilidad del Secretario de Defensa de emitir las órdenes oportunas para regular los mismos. Asimismo, se establece la jurisdicción exclusiva de dichos tribunales, sin ofrecer ninguna posibilidad de apelar al sistema judicial estadounidense, alegando dicha orden que:

*“The individual shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding, directly or indirectly, or to have any such remedy or proceeding sought on the individual's behalf, in (i) any court of the United States, or any State thereof, (ii) any court of any foreign nation, or (iii) any international tribunal”*¹⁴⁴

Dicha jurisdicción exclusiva fue derrotada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Rasul contra Bush* en 2004, analizado brevemente en el capítulo dos. A través de dicha sentencia, la Corte decretó que las cortes federales de Estados Unidos tenían jurisdicción para abordar las peticiones de habeas corpus de los detenidos en Guantánamo, limitando el poder discrecional del ejecutivo.¹⁴⁵

Por ello, en respuesta a dicha decisión, el ejecutivo reaccionó emitiendo “*Detainee Treatment Act of 2005*”, orden a través de la cual estableció la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia ante cualquier petición por parte de los detenidos en lo relativo a su clasificación por parte del Tribunal de Revisión del Estatuto de Combatiente (en particular, respecto a la aplicación de los estándares exigidos en el procedimiento de determinar su estatuto), así como a la consistencia del procedimiento y estándares con la Constitución y leyes estadounidenses¹⁴⁶.

Sin embargo, la Corte Suprema respondió al reiterado intento del ejecutivo de despojar a los detenidos de jurisdicción estadounidense a través del caso *Hamdan contra Rumsfeld* el 29 de junio de 2006, principalmente debido a que dicha orden de 2005 no aplicaba al citado caso por encontrarse en desarrollo con carácter previo¹⁴⁷. A través del mismo, la Corte destacó la ausencia de garantías judiciales suficientes en los tribunales militares establecidos por la Orden Militar de 2005, dudando sobre la discreción del Presidente a la hora de crear los citados tribunales. Como consecuencia de dicha decisión, el ejecutivo estadounidense promulgó la “*Ley de Tribunales Militares*” en 2006, decretando nuevos procedimientos para los tribunales militares pese a que seguían careciendo de las garantías exigidas¹⁴⁸.

Ello no exime de que Estados Unidos supuestamente garantizase el trato con humanidad a los detenidos, tanto en su memorando titulado “*Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees*”, a fecha de 7 de febrero de 2002, como en la orden

¹⁴³ Executive Office of the President, “*Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*”, 2001: Sección 2

¹⁴⁴ Executive Office of the President, “*Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*”, 2001: Sección 7.b.2

¹⁴⁵ Jenny S. Martínez, “*Process and Substance in the ‘War on Terror’*”, *Columbia Law Review* 108, no. 5 (2008): 1049-1051

¹⁴⁶ Department of Defense, “*Detainee Treatment Act of 2005 - Sec. 1001 – 1006*”, 2005: sección 1005 (e.2)

¹⁴⁷ Jennifer K. Elsea, “*The Military Commissions Act of 2009 (MCA 2009): Overview and Legal Issues*”, *Congressional Research Service* (2014): 1

¹⁴⁸ Weill and Robinson, “*Military courts and terrorism: the 9/11 trial before the Guantanamo Bay Military Jurisdiction*” (2020), 259

“Detention, Treatment, and Trial of Certain Non- Citizens in the War Against Terrorism” a fecha de octubre de 2001¹⁴⁹.

Lejos de la realidad, el informe de 2014 por parte del Comité Especial del Senado de EE. UU. sobre Inteligencia esclareció todas las dudas respecto a los detenidos en múltiples “agujeros negros” y diversas localizaciones secretas a través de todo el planeta¹⁵⁰. En el mismo, se abordan los abusos cometidos por la CIA en su Programa de Detención e Interrogación, así como la información incompleta que era proporcionada a la Casa Blanca, careciendo de especificaciones sobre las técnicas y ubicaciones de detención bajo alegato de que dichas técnicas eran requeridas para “salvar vidas”¹⁵¹.

Sin embargo, la situación en Guantánamo cambió ligeramente con la llegada del presidente estadounidense Barack Obama en 2009, quien promulgó “Executive Order - Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of detention Facilities”. Con ello, Obama pretendía cerrar la prisión de Guantánamo y suspender todas los tribunales militares, desacreditando la función de los mismos bajo la Orden Militar de 2006¹⁵². Así, la Sección tres de dicha orden reza de la siguiente forma,

*“The detention facilities at Guantánamo for individuals covered by this order shall be closed as soon as practicable, and no later than 1 year from the date of this order. If any individuals covered by this order remain in detention at Guantánamo at the time of closure of those detention facilities, they shall be returned to their home country, released, transferred to a third country, or transferred to another United States detention facility in a manner consistent with law and the national security and foreign policy interests of the United States.”*¹⁵³

Con ello, el presidente Obama determinó el derecho de los detenidos al recurso de habeas corpus, así como expresó su intención de revisar las circunstancias y bases legales de detención de todos los detenidos en una fase previa a la clausura del centro de detención de Guantánamo¹⁵⁴. Finalmente, la Orden decretó la paralización de la actividad de los tribunales militares establecidas a través de la Orden Militar de 2006 mientras se desarrollase la fase de revisión, así como se detuvo cualquier procedimiento remitido a los mismos que estuviere en desarrollo judicial¹⁵⁵.

Posteriormente, Obama promulgó “Military Commissions Act of 2009”, orden a través del cual reconoció el rol que desempeñaban los tribunales militares en juzgar las violaciones de las leyes de la guerra, para posteriormente establecer la continuación de la actividad de las mismas con algunas modificaciones que garantizaran un marco legal adecuado. Entre ellas, se establece la no admisión de pruebas obtenidas a través de tratos degradante y cruel, así como mayor libertad en la elección de la defensa de los detenidos,

¹⁴⁹ Executive Office of the President, “Detention, Treatment, and Trial of Certain Non- Citizens in the War Against Terrorism,” 2001: Sección 3

¹⁵⁰ Weill and Robinson, “Military courts and terrorism: the 9/11 trial before the Guantanamo Bay Military Jurisdiction” (2020), 259

¹⁵¹ Senate Select Committee on Intelligence, “Committee Study of the Central Intelligence Agency’s Detention and Interrogation Program” (2014): 5-6

¹⁵² Weill and Robinson, “Military courts and terrorism: the 9/11 trial before the Guantanamo Bay Military Jurisdiction” (2020), 260

¹⁵³ Executive Office of the President, “Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantanamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities”(2009): Sección 3.

¹⁵⁴ *Ibid.*, Sección 2

¹⁵⁵ *Ibid.*, Sección 7

y la capacidad de los jueces de los tribunales militares en establecer la jurisdicción de su tribunal, entre otras. Así, Obama defendía el enjuiciamiento de los detenidos a través de los citados tribunales militares y las cortes establecidas en el artículo III¹⁵⁶ de la Constitución de Estados Unidos¹⁵⁷. Para ello, la asignación de cada caso a una u otra corte residiría en competencia de un comité compuesto por el Departamento de Defensa y el Departamento de Justicia¹⁵⁸.

Sin embargo, los esfuerzos aunados para clausurar el centro de detención de Guantánamo no resultaron exitosos. A fecha de enero de 2017, la administración de Obama declaró que quedaban 41 detenidos en Guantánamo de los 800 detenidos previos en dicho centro. Así, 500 habrían sido transferidos por la administración previa y, los restantes, habrían seguido un proceso de repatriación o reasentamiento en varios países en aquellos casos donde no pudo ser posible la repatriación. Entre las medias disputadas, Obama expresa la posibilidad de transferir a los detenidos restantes a alguna prisión estadounidense, alegando la falta de sensatez en sostener su aislamiento y financiación en una prisión aislada de Cuba¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Constitución de los Estados Unidos, 1787: Artículo III, Sección 1.

Acorde al artículo III de la Constitución de Estados Unidos de América, el poder judicial residiría en manos de una Corte Suprema y en tribunales inferiores establecidos por el Congreso.

¹⁵⁷ Office of the Press Secretary of the White House, “Statement of President Barack Obama on Military Commissions”, 15 de mayo de 2009.

¹⁵⁸ Elsea, “The Military Commissions Act of 2009 (MCA 2009): Overview and Legal Issues” (2014), 3

¹⁵⁹ Barack Obama, “The Obama administration: Efforts to close the Guantanamo Bay detention facility”, *US Government Publishing Office* (2017): 1-3

VI- CONCLUSIÓN

La declaración de la “Guerra global contra el Terror” ha causado una reconsideración de la adaptabilidad del derecho internacional humanitario a la aparición de nuevos fenómenos y situaciones. Con ello, lejos de constituir un conflicto armado en un escenario real, la “Guerra global contra el Terror” se desarrolló como un concepto metafórico que abarcaba múltiples operaciones antiterroristas a nivel global y conflictos armados de índole internacional, abriendo la difícil cuestión de determinar la aplicabilidad del derecho internacional humanitario que garantizase una protección efectiva a los detenidos.

Sin embargo, la declaración política de Estados Unidos de librar dos conflictos simultáneos e independientes, contra Afganistán como Estado y contra al-Qaeda como conflicto armado internacional, causó un debate en relación con la verdadera protección que correspondía a los detenidos de dichos conflictos, debiendo concluir ciertos aspectos.

En primer lugar, resulta indisputable que la Guerra global contra el Terror se materializó en dos conflictos armados de índole internacional en el sentido estricto del artículo común dos de los cuatro Convenios, esto es, por parte de la Coalición (liderada por EE. UU.) contra Irak y Afganistán, con independencia del no reconocimiento gubernamental de este último debido a que el gobierno Talibán ejercía control *de facto*¹⁶⁰.

En segundo lugar, Estados Unidos no libró un conflicto internacional contra al-Qaeda, como así ha rechazado el Comité Internacional de la Cruz Roja, debido a que al-Qaeda no constituía una parte del conflicto unida pese a sus diversas filiales a nivel global¹⁶¹. De la misma forma, tampoco cabe hablar de un conflicto armado no internacional en suelo afgano respecto a dicha organización, por carecer del nivel de violencia requerida al perpetrar los ataques en diversos países¹⁶² (no dentro del territorio del conflicto armado) y no poder definir su autoría de forma precisa, así como por la falta de la organización requerida para constituir un conflicto interno.

En tercer lugar, y a efectos de responder la pregunta formulada para este proyecto de investigación, cabe abordar la cuestión de la aplicación del derecho internacional humanitario a los detenidos en Guantánamo y Abu Ghraib, debiendo distinguir entre dos situaciones: aquellos detenidos en operaciones antiterroristas globales y aquellos detenidos en el contexto de un conflicto armado internacional (Afganistán e Irak).

En el caso de detenciones en operaciones antiterroristas globales, los detenidos carecerán de la protección del derecho internacional humanitario debido a que su detención no se produce dentro de un conflicto armado y, por ende, deberán limitar su protección al Derecho Internacional de Derechos Humanos, aplicable a situaciones de paz y conflicto¹⁶³.

En el caso de aquellos detenidos en Afganistán e Irak, Estados Unidos confirmó la aplicación del Tercer Convenio al conflicto con Afganistán e Irak, pero expresó su no

¹⁶⁰ Sassòli, “La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra” (2003), 9

¹⁶¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, “The applicability of IHL to terrorism and counterterrorism” (2015)

¹⁶² Duffy, *The War on Terror and the Framework for International Law* (2015), 391-395

¹⁶³ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror,” (2005) 46

aplicación a los detenidos talibanes y miembros de al-Qaeda¹⁶⁴. Sin embargo, ello no exime de que hayamos analizado el marco legal aplicable a los detenidos a fin de determinar si verdaderamente debió aplicar el derecho internacional humanitario.

Respecto a los miembros del gobierno Talibán, los mismos tendrían derecho al estatuto de combatiente (y, por ende, al estatuto de prisionero de guerra) en base al artículo 4.A.3 como “*los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora*”¹⁶⁵ debido a que Estados Unidos no reconoce al gobierno talibán como autoridad legítima. Con ello, es necesario precisar que el artículo tres no se encuentra supeditado a las condiciones del apartado dos, argumento queda reforzado a través del artículo 43 del Protocolo adicional I, al únicamente exigir la disciplina interna para identificar la categoría de “fuerzas armadas”¹⁶⁶.

Sin embargo, dichos combatientes acorde al artículo 4.A.3 del Tercer Convenio sí tendrán la obligación de distinguirse de la población civil acorde al artículo 44 del Protocolo adicional I, arriesgando la pérdida de dicho estatuto en caso de no hacerlo¹⁶⁷. Ello no implica que el razonamiento de Estados Unidos respecto a la no aplicabilidad del DIH sea correcto debido a que, en caso de perder el estatuto de combatiente, el detenido seguirá protegido por el derecho internacional humanitario bajo el Cuarto Convenio (si cupiere), o bien a través del artículo común tres, estableciendo una serie de protecciones mínimas independientemente de la naturaleza del conflicto, como así dictó la Corte Suprema en la sentencia de Hamdan contra Rumsfeld.

Por otro lado, respecto a los miembros de al-Qaeda detenidos dentro un conflicto armado internacional, de igual forma el hecho de no determinar la naturaleza del conflicto contra la organización no exime de que se aplique el artículo común tres para garantizar unas protecciones mínimas por tratarse de una detención en el territorio donde se desarrolla un conflicto armado, independientemente de su naturaleza¹⁶⁸.

Si bien es cierto que se ha argumentado la posible aplicación del artículo 4.2.A del Tercer Convenio, por tratarse de milicias voluntarias perteneciente a una parte, ello conllevaría la necesidad de establecer un nexo entre al-Qaeda y los Talibanes. De forma adicional, los miembros de al-Qaeda no tendrían derecho al estatuto de combatiente en caso de no cumplir con los cuatro requisitos exigidos, esto es, “*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;*”¹⁶⁹.

Con ello, aquellos miembros de al-Qaeda que operen junto a miembros Talibanes en el momento de su captura podrán disfrutar del estatuto de combatiente acorde al artículo 4.A.2, siempre y cuando cumplan los requisitos del apartado dos. En caso de duda, dichos requisitos deberían ser evaluados por un tribunal que deberá evaluar su estatuto, acorde al artículo cinco del Tercer Convenio. En caso de determinar la no

¹⁶⁴ The White House, Memorandum of “Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees”, 7 Febrero 2002: sección 2

¹⁶⁵ III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949): artículo 4.A.3

¹⁶⁶ Borelli, “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror” (2005), 49-50

¹⁶⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Combatants and POWs” (2024)

¹⁶⁸ Bollo Arocena, “Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006” (2006), 6

¹⁶⁹ III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949): artículo 4.A.2

aplicación del estatuto de combatiente, y tener la nacionalidad del Estado en el que se encuentra, los detenidos de al-Qaeda podrían ser personas protegidas acorde al Cuarto Convenio.

En línea con dicho Convenio, aquellos detenidos que carezcan del estatuto de combatiente, no les será de aplicación el Cuarto Convenio si son nacionales de un Estado no Parte del mismo, así como nacionales de un Estado neutral o beligerante con representación diplomática dentro del Estado en el que se encuentra, acorde al artículo 4 del Cuarto Convenio. En dichos casos, el derecho internacional humanitario establece la protección diplomática garantizada por su país, así como a las protecciones mínimas reguladas en el artículo común tercero y el artículo 71 del Protocolo adicional I¹⁷⁰.

Finalmente, en términos generales, todos aquellos detenidos bajo un conflicto armado quedan supeditados a la aplicación del respectivo derecho internacional humanitario, por la simple justificación legal de que dicha detención se perpetra bajo el marco de un conflicto armado. En línea con esta afirmación, el CICR decretó en su Comentario de 1958 a la IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, que no cabría la determinación de categorías intermedias por correr peligro de caer al margen de la ley, esto es, causar su total desprotección. Por ello, en base a los argumentos desarrollados a lo largo de este proyecto, resulta acertado expresar que el derecho internacional humanitario ha realizado un gran esfuerzo por evitar categorías intermedias o, en otros términos, clasificaciones arbitrarias que evitasen la aplicación del derecho internacional humanitario.

Ello no exime de que la Guerra global contra el Terror se librase en base a una debatible ausencia del derecho internacional humanitario, donde actores tales como Estados Unidos trataron de excluir su aplicación a fin de evitar su propia responsabilidad y obligaciones sobre los detenidos en centros de detención, tales como Guantánamo y Abu Ghraib, dando lugar a numerosas violaciones de derechos humanos, y destacando la importancia de la aplicabilidad de esta disciplina en su más estricto carácter.

¹⁷⁰ Borelli "Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the "war on terror" (2005), 50-52

VII- BIBLIOGRAFÍA

➤ Artículos académicos

Aldrich, George H. “The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants”, Extract from *"Humanitäres Völkerrecht"*, no. 4/2002, a review published by the German Red Cross and the "Institute for International Law of Peace and Armed Conflict" in Bochum (2002): 202-206
https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/george_aldrich_3_final.pdf

Amann, Diane Marie. “Abu Ghraib.” *University of Pennsylvania Law Review* 153, no. 6 (2005): 2085–2141. <https://doi.org/10.2307/4150658>

Bakker, Edwin, and Leen Boer. “Al-Qaeda.” *The Evolution of Al-Qaedaism: Ideology, Terrorists, and Appeal*. Clingendael Institute, 2007: 7-24
<http://www.jstor.org/stable/resrep05450.5>

Bergen, Peter and Paul Cruickshank. “Revisiting the Early Al Qaeda: An Updated Account of its Formative Years”. *Studies in Conflict & Terrorism* 35, no.1 (2012): 1-36. DOI: [10.1080/1057610X.2012.631454](https://doi.org/10.1080/1057610X.2012.631454)

Bollo Arocena, M.^a Dolores. “Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, no. 12 (2006): 1-31.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2122661>

Borelli, Silvia. “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror””. *International Review of the Red Cross*, no. 857 (2005): 39-68. https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_857_borelli.pdf

Boyle, Michael J. “The War on Terror in American Grand Strategy.” *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)* 84, no. 2 (2008): 191–209.
<http://www.jstor.org/stable/25144761>

Bruderlein, Claude. “La costumbre en el derecho internacional humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, no.108 (1981): 617-635 <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/S0250569X00001102a.pdf>

Elsa, Jennifer K. “The Military Commissions Act of 2009 (MCA 2009): Overview and Legal Issues”, *Congressional Research Service* (2014): 1-55.
<https://sgp.fas.org/crs/natsec/R41163.pdf>

Farrall, Leah. “Revisiting Al-Qaida’s Foundation and Early History”. *Perspectives on Terrorism* 11, no. 6 (2017): 17–37. <http://www.jstor.org/stable/26295954>

Giladi, Rotem. “A different sense of humanity: occupation in Francis Lieber’s Code”, *International Review of the Red Cross* 94, no.885 (2012): 81-116. <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-885-giladi.pdf>

Hashim, Ahmed S. “The world according to Usama Bin Laden.” *Naval War College Review* 54, no. 4 (2001): 11–35. <http://www.jstor.org/stable/26393869>

Guerra global contra el Terror: aplicación del derecho internacional humanitario a las detenciones de Guantánamo y Abu Ghraib

Kaplan, Amy. “Where Is Guantánamo?”. *American Quarterly* 57, no. 3 (2005): 831–58. <http://www.jstor.org/stable/40068318>

Maran, Rita. “Detention and Torture in Guantanamo.” *Social Justice* 33, no. 4 (2006): 151–81. <http://www.jstor.org/stable/29768407>

Martinez, Jenny S. “Process and Substance in the ‘War on Terror.’” *Columbia Law Review* 108, no. 5 (2008): 1013–92. <http://www.jstor.org/stable/40041795>

Melzer, Nils. “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, no.272 (2008). <https://www.icrc.org/es/publication/guia-participacion-directa-hostilidades-derecho-internacional-humanitario-dih>

Moghadam, Assaf. “Motives for Martyrdom: Al-Qaida, Salafi Jihad, and the Spread of Suicide Attacks.” *International Security* 33, no. 3 (2008): 46–78. <http://www.jstor.org/stable/40207141>

Philipps, Dennis. “Hamdan v. Rumsfeld: The Bush Administration and “the rule of law”.” *Australasian Journal of American Studies* 25, no. 2 (2006): 40–52. <http://www.jstor.org/stable/41054023>

Ramsden, Gage. “Have We Won the War on Terror? Al-Qa’ida and Afghanistan Two Decades after 9/11”. *American Intelligence Journal* 38, no.2 (2021): 45-51. <https://www.jstor.org/stable/27168698>

Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis. “El derecho internacional humanitario ante los desafíos que plantean los actores no estatales”. *Revista Española de Derecho Internacional* 68, no. 2 (2016): 303–12. <http://www.jstor.org/stable/26181586>

Rohan Gunaratna & Aviv Oreg. “Al Qaeda's Organizational Structure and its Evolution,” *Studies in Conflict & Terrorism* 33, no.12 (2010): 1043-1078, DOI: 10.1080/1057610X.2010.523860

Sassòli, Marco. “La “guerra contra el terrorismo”, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”. *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, no. 78 (2003): 549-583. https://www.icrc.org/data/rx/es/assets/files/other/20_sassoli.pdf

Saul, Ben. “Terrorism and international humanitarian law”. *Research handbook on international law and terrorism*, chapter 13 (2004): 1-16 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2394300

Servicio de Asesoramiento en DIH, “¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?”, *Comité Internacional de la Cruz Roja* 454, no.3 (2022): 1-9. <https://www.icrc.org/es/content/que-es-el-derecho-internacional-humanitario>

Skovgaard-Petersen, Jakob. “A Typology of Fatwas.” *Die Welt Des Islams* 55, no. 3/4 (2015): 278–85. <http://www.jstor.org/stable/24893432>

Steyn, Johan. “Guantanamo Bay: The Legal Black Hole.” *The International and Comparative Law Quarterly* 53, no. 1 (2004): 1–15. <http://www.jstor.org/stable/3663134>

Thrall, A. Trevor, and Erik Goepner. “Step Back: Lessons for U.S. Foreign Policy from the Failed War on Terror.” Cato Institute, 2017. <http://www.jstor.org/stable/resrep04912>

Ticehurst, Rupert. “La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”. *Revista internacional de la Cruz Roja* (1997): 131-141. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>

Ulbricht, Bailey. “Justifying relations with an apostate during a Jihad a Salafi-Jihadist group’s relations with Turkey in Syria”. Middle East Institute (2019): 1-22. <https://www.mei.edu/sites/default/files/201903/Justifying%20Relations%20with%20an%20Apostate%20During%20a%20Jihad.pdf>

Weill, Sharon and Mitchell Robinson. “Military courts and terrorism: the 9/11 trial before the Guantanamo Bay Military Jurisdiction”. *Research handbook on international law and terrorism*, 2º ed. (2020): 258-270.

➤ **Artículos de un sitio web**

Comité Internacional de la Cruz Roja, “El surgimiento del derecho internacional contemporáneo”. Modificado el 13 de mayo de 2010. <https://www.icrc.org/es/doc/who-we-are/history/since-1945/history-ihl/overview-development-modern-international-humanitarian-law.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja, “The applicability of IHL to terrorism and counterterrorism”. Modificado el 1 de octubre de 2015. <https://www.icrc.org/en/document/applicability-ihl-terrorism-and-counterterrorism>

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Combatants and POWs”. *Casebook “How does law protect in war?”*. Consultado el 20 de mayo de 2024. <https://casebook.icrc.org/law/combatants-and-pows>

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Commentary of 1958 to the Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949”. *International Humanitarian Law Databases*. Consultado el 20 de mayo de 2024. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/article-4/commentary/1958>

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales”. Modificado el 1 de enero de 2014. <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>

Harvard Law School. “Section 7 - International Law and the end of the United States’ War on Terror”. *Program on International Law and Armed Conflict*. Consultado el 20 de mayo de 2024 <https://pilac.law.harvard.edu/indefinite-war-legal-briefing//section-7-international-law-and-the-end-of-the-united-states-war-on-terror>

Office of the Press Secretary of the White House. “Statement of President Barack Obama on Military Commissions”. Modificado el 15 de mayo de 2009. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/statement-president-barack-obama-military-commissions>

Guerra global contra el Terror: aplicación del derecho internacional humanitario a las detenciones de Guantánamo y Abu Ghraib

Yale's Law School. "Agreement Between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval stations; February 23, 1903". Consultado el 6 de diciembre de 2023. https://avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp

➤ Conferencias

International Committee of the Red Cross. "International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts". 32nd international conference of the Red Cross and Red Crescent, 8-10 December 2015. <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts>

Krähenbühl, Pierre. "Iraq: ICRC explains position over detention report and treatment of prisoners". Conferencia de prensa del Comité Internacional de la Cruz Roja en Ginebra, 8 de mayo de 2004. <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/press-briefing/5yrmvc.htm>

➤ Documentos legales

Constitución de los Estados Unidos, 1787. <https://constitution.congress.gov/constitution/>

Departamento Federal de Relaciones Exteriores. "Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados". *Comité Internacional de la Cruz Roja* (2008). <https://www.montreuxdocument.org/pdf/document/es.pdf>

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice#top>

I Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña (1994). <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-1864-geneva-convention-1.htm>

II Convenio de La Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anexo (1899). https://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/II_convenio_de_la_haya_de_1899.pdf

III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949). <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>

IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949). <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977). <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

➤ **Documentos oficiales**

Department of Defense. “Detainee Treatment Act of 2005 - Sec. 1001 – 1006” (2005). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-489/pdf/COMPS-489.pdf>

Executive Office of the President. “Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism” (2001). <https://www.federalregister.gov/documents/2001/11/16/01-28904/detention-treatment-and-trial-of-certain-non--citizens-in-the-war-against-terrorism>

Executive Office of the President. “Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantanamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities” (2009). <https://www.federalregister.gov/documents/2009/01/27/E9-1893/review-and-disposition-of-individuals-detained-at-the-guantanamo-bay-naval-base-and-closure-of>

Obama, Barack. “The Obama administration: Efforts to close the Guantanamo Bay detention facility”, *US Government Publishing Office* (2017). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CDOC-115hdoc15/pdf/CDOC-115hdoc15.pdf>

S.J.Res.23 - Authorization for Use of Military Force, 107th Congress (2001-2002). <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/senate-joint-resolution/23/text/enr>

Senate Select Committee on Intelligence. “Committee Study of the Central Intelligence Agency’s Detention and Interrogation Program” (2014). <https://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/publications/CRPT-113srpt288.pdf>

Taguba, Antonio M. “AR 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade” (2004). <https://public.websites.umich.edu/~graceyor/govdocs/pdf/taguba.pdf>

The White House. Memorandum of “Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees”. 7 Febrero 2002. <https://www.aclu.org/documents/memo-president-bush-white-house-senior-executive-branch-officials-regarding-humane-treatment>

➤ **Jurisprudencia**

Corte Internacional de Justicia. “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons” (1996). <https://www.icj-cij.org/case/95>

Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557. 29 de Junio de 2006. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/557/>

➤ **Libros**

Duffy, Helen. *The War on Terror and the Framework for International Law*, 2^a ed. Cambridge University Press, 2015.

Guerra global contra el Terror: aplicación del derecho internacional humanitario a las detenciones de Guantánamo y Abu Ghraib

Jiménez García, Francisco. *Conflictos armados y derecho internacional humanitario*. 4^a ed. Madrid: Ommpress. 2023.