

La situación jurídica de los prisioneros en Guantánamo y el excepcionalismo norteamericano⁽¹⁾

Julián Ariel Madrid Moreno

*Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Mendoza, Argentina*

✉ j.madrid@alumno.um.edu.ar

📅 Fecha de recepción: 29/01/2020 – Fecha de aceptación: 19/03/2020

Cómo citar este artículo: Madrid Moreno, J. (2020). La situación jurídica de los prisioneros en Guantánamo y el excepcionalismo norteamericano. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam.; pp. 25-41. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566.

DOI: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a02>

Resumen: En el presente trabajo se analizan las normas convencionales del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) aplicadas al caso de los prisioneros acusados de terrorismo internacional que se encuentran en la base naval estadounidense ubicada en la bahía de Guantánamo (Cuba). Sus instalaciones se utilizan como centro de detención de prisioneros capturados en diversas operaciones de las Fuerzas Armadas estadounidenses, a quienes se les señala como partícipes en diversos grados de implicancia en redes globales de terrorismo.

En la actualidad, una gran cantidad de prisioneros se encuentran detenidos de manera indeterminada, sin tener acceso a las garantías mínimas legales reconocidas por el DIDH, amparándose en la doctrina de la guerra preventiva o “pre-emptive war” como estrategia de seguridad nacional. De allí que se presente un conflicto de normas convencionales entre las que se reconocen en el Convenio IV para los prisioneros de la base naval y las normas convencionales del DIDH. Ello



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación “Convergencia y Divergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (resolución del HCA 17/18).

conlleva a los siguientes interrogantes: uno sobre la norma aplicable el estatus jurídico que les correspondería a los prisioneros de la base naval en Guantánamo, y otro sobre la postura adoptada por Estados Unidos a una circunstancia transgresora de los derechos humanos.

The legal situation of the Guantanamo prisoners and the north american exceptionalism

Palabras clave: Guantánamo; prisioneros de guerra; derecho internacional humanitario; derechos humanos; guerra preventiva.

Abstract: This paper analyzes the specific norms of international humanitarian law (IHL) and international human rights law (IHRL) applied to the case of prisoners accused of international terrorism that are located in the US naval base located in the bay from Guantánamo (Cuba). Its facilities are used as a detention center for prisoners captured in various operations of the US Armed Forces, who are indicated as participants in varying degrees of involvement in global terrorism networks.

Currently, a large number of prisoners are being held indefinitely, without having access to the minimum legal guarantees recognized by the IHRL, based on the doctrine of preventive war or “preventive war” as a national security strategy. Hence, there is a conflict of standard norms between those recognized in Convention IV for prisoners of the naval base and the specific norms of the IHRL. This leads to the following questions: one on the applicable norm the legal status that corresponds to the prisoners of the naval base in Guantánamo, and another on the position adopted by the United States in the face of a transgressive circumstance of human rights.

Keywords: Guantánamo; prisoners of war; international humanitarian law; human rights; preventive war.

A situação jurídica dos prisioneiros em guantánamo e o excepcionismo norte-americano

Resumo: Este artigo analisa as normas convencionais do direito internacional humanitário (DIH) e do direito internacional dos direitos humanos (DIHI) aplicadas ao caso de prisioneiros acusados de terrorismo internacional que estão na base naval dos EUA, localizada na Baía de Guantánamo (Cuba). Suas instalações são usadas como um centro de detenção para prisioneiros capturados em várias operações das Forças Armadas dos Estados Unidos, que dizem estar envolvidas em diferentes graus de envolvimento em redes terroristas globais.

Atualmente, um grande número de prisioneiros é detido indefinidamente, sem acesso às garantias legais mínimas reconhecidas pelo IHRL, usando a doutrina da guerra preventiva ou “Preemptive War” como estratégia de segurança nacional. Portanto, existe um conflito de normas convencionais entre as reconhecidas na Convenção IV para prisioneiros na base naval e as normas convencionais do IHRL. Isso leva às seguintes perguntas: uma sobre a regra aplicável, o status legal que corresponderia aos prisioneiros na base naval de Guantánamo e outra sobre a posição adotada pelos Estados Unidos em uma circunstância que viola os direitos humanos.

Palavras chave: Guantánamo; prisioneiros de guerra; direito humano internacional; direitos humanos; guerra preventiva.

De su unión, nace la fuerza que, para miles y miles
de personas ha sido, en las más graves circunstancias
de calamidad: salvación, alivio, consuelo

Henry Dunant (1828-1910)⁽²⁾

1. Introducción

Con el inicio del siglo XXI hubo un mayor énfasis en la promoción y protección de los derechos humanos en varios países del mundo. La implementación de estos derechos en los programas de estudio de las instituciones educativas, el desarrollo de políticas para fomentar la difusión del derecho internacional humanitario (DIH), la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la incorporación de mecanismos de control sobre dichos tratados son algunos ejemplos.

Estos casos permiten concientizar a la ciudadanía sobre la importancia de respetar las normas fundamentales que hacen a la convivencia en paz con toda la comunidad internacional. Sin embargo, las dificultades que presentan los conflictos armados contemporáneos y la presencia de un terrorismo internacional que pone en peligro la seguridad integral de los Estados hacen oscurecer hoy en día la finalidad tuitiva de los derechos humanos.

De esta manera, se prioriza el desarrollo de políticas denominadas “de defensa del régimen democrático” por sobre el respeto de las atribuciones más elementales que tiene la persona humana.

Resulta trascendental la educación institucional sobre materia de derechos humanos que ayude no solo a los simples individuos, sino también a los altos funcionarios estatales a comprender las consecuencias de desconocer dichas normas y principios. Este desconocimiento puede llevar a una responsabilidad internacional de los involucrados por las medidas políticas tomadas.

2. Marco histórico

A finales del siglo XIX, producto de enormes tensiones y diferencias que se generaban entre los Estados de la comunidad internacional, Estados Unidos toma la decisión de instalar una base naval en la Bahía de Guantánamo, ocupada desde la Guerra entre Estados Unidos y España.

(2) Henry Dunant fue un banquero suizo del siglo XIX, fundador de una asociación civil que tenía el objetivo de asistir a las víctimas en los conflictos armados. En el año 1901 fue ganador del Primer Premio Nobel de la Paz por su compromiso con la protección de la dignidad humana en las guerras a través de la creación de dicha asociación. Con el paso del tiempo y hasta la actualidad, esa organización internacional es el Comité Internacional de la Cruz Roja que en agosto del año 2019 cumplió 70 años desde su creación.

Según informes oficiales de la Commander Navy Instalations Command (CNIC), es la base más antigua de Estados Unidos fuera del territorio estadounidense y la única ubicada en un Estado con el que no se mantienen relaciones diplomáticas.

Sobre los primeros conflictos entre Cuba y Estados Unidos, Palacios Martínez (2014) sostiene que:

Con la amenaza latente por parte de EEUU de desconocer la independencia de los cubanos y acaparar la totalidad del territorio de la isla, en 1901 a Cuba no le queda más salida que acceder y permitir la instalación de la base mediante la firma un acuerdo bilateral, denominado la “Enmienda Platt”, donde se admitió por parte de los EEUU que “no retiraría sus fuerzas armadas del territorio cubano a menos que Cuba incorporara en su Constitución el derecho de intervención Estadounidense a fin de salvaguardar el “buen gobierno” (p. 5).⁽³⁾

Originariamente, la base de Guantánamo se utilizaba como estación de abastecimiento de las fuerzas navales estadounidenses. En 1934, se celebró entre Estados Unidos y Cuba un tratado que otorgaba la instalación en dicho territorio bajo la figura de “arriendo”; la finalización del mismo debía ser realizada de manera consensuada entre ambos Estados (Palacios Martínez, 2014, p. 4). Si bien la Enmienda Platt se derogó el 29 de mayo de 1934, la base naval se encontraba en funcionamiento en la Bahía de Guantánamo bajo la órbita de Estados Unidos.

En 1961 Estados Unidos y Cuba rompen relaciones diplomáticas –según las autoridades estadounidenses– con motivo de las medidas de “encarcelamiento y ejecuciones masivas al pueblo cubano”. Tales medidas fueron efectuadas por el gobierno surgido de la revolución cubana de 1959 (Palacios Martínez, 2014, p. 4). Aun en dichas circunstancias, la URSS y el referente político de la isla Fidel Castro no tomaron acciones contra la base durante la ruptura de las relaciones diplomáticas.

No obstante los acontecimientos históricos descritos, la importancia actual de la mencionada base naval comienza a partir de lo que algunos autores denominan “el inicio del siglo XXI”, refiriéndose al acontecimiento más importante que repercutió a nivel mundial, ocurrido en la Ciudad de Nueva York el día 11 de septiembre de 2001: la caída de las torres gemelas (Palacios Martínez, 2014, p. 5).

Este acontecimiento marcó un antes y después no solo para Estados Unidos, sino también para la comunidad internacional ante la aparición de una nueva amenaza: el terrorismo.

3. La guerra preventiva

A partir de ese momento, Estados Unidos declara la guerra sin tregua al terrorismo internacional. Como primera medida, el presidente de aquel momento,

(3) A pesar de ello, los cubanos se niegan a la ocupación ilegal de su territorio por parte de los EEUU, por lo cual reclaman una retirada de las tropas extranjeras de su territorio.

George W. Bush, le permite a la Agencia Central de Inteligencia efectuar detenciones fuera del territorio estadounidense.

Luego de haber llevado a cabo la orden de operaciones militares en territorio afgano, el presidente Bush firma una orden ejecutiva sobre detención, tratamiento y enjuiciamiento de ciertos extranjeros en la lucha contra el terrorismo. De tal forma, utiliza finalmente la base naval ubicada en Guantánamo como sede para albergar detenidos por dichos actos.

Los argumentos jurídicos en los cuales se basó la administración Bush para impulsar este tipo de medidas se conoce como la “teoría de la guerra preventiva”, que consiste en la posibilidad, por parte del Estado, de emplear la fuerza con la existencia de datos de un potencial ataque inminente, aun sin que medie agresión.

Esta teoría implica un claro contrasentido a los preceptos internacionales contenidos en la Carta de las Naciones Unidas (1945), en tanto sostiene que los Estados partes en principio se obligan a adoptar todas las medidas pacíficas, en todas las circunstancias, para el cumplimiento de los objetivos a los cuales se han obligado con miras a la paz y la seguridad internacional. Solo se admite el uso de la fuerza para casos excepcionales como la legítima defensa o el estado de necesidad, entre otros.

Dicha Carta expresa en su art. 33 que:

Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Además, la “teoría de la guerra preventiva” contraviene con lo dispuesto en el art. 51 de la misma Carta, donde se describe que el empleo de la legítima defensa en el derecho internacional tiene condiciones que cumplir antes de realizar un ataque. Ellos son las siguientes: la necesidad, la proporcionalidad de los ataques (CIJ, OC 104/1996, Rep. 30, p. 18), la existencia de un ataque armado (o inminente), el aviso de su empleo al Consejo de Seguridad de la ONU (CIJ, OC 104/1996, Rep. 44, p. 22) –que debe ser temporal hasta que el Consejo de Seguridad actúe– y que se respeten las leyes de los conflictos armados (DIH).

El art. 51 de la Carta expresa:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado, contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Es importante mencionar que el derecho inmanente de la legítima defensa es una de las dos excepciones al principio de prohibición del uso de la fuerza

armada. La CIJ en distintos asuntos y opiniones consultivas ha reiterado su naturaleza de norma *jus cogens*.

Sobre lo mencionado, el art. 51 cobra mayor relevancia en la actualidad en razón de que suele ser interpretado desde distintos enfoques. Para algunos juristas, desde una perspectiva restrictiva, debe existir la agresión de un Estado. En cambio, otros, desde un carácter extensivo y de inmediatez, sostienen que se debe defender al Estado incluso antes de que se produzca un ataque militar.⁽⁴⁾

Dicha norma se ha convertido en un enclave de teorías y presupuestos para determinar cuándo es legal su aplicación por los Estados. Lo que resulta ser un problema para la seguridad y estabilidad jurídica de las normas. En tal sentido, Mariano Aguirre señala en su obra *La estrategia de seguridad en la nueva época Bush* (2003), que la postura sostenida para esta teoría:

... radica en la existencia de un enemigo principal de las democracias y la libertad, lo cual es el terrorismo, ya que no posee una base estatal, de allí su carácter de internacional, aunque en algunas situaciones puede estar amparado por ciertos Estados a quienes la administración Bush señaló como el "eje del mal" que dan apoyo armamentístico e infraestructura a los grupos terroristas (p. 239).

Sicherman (2002) resalta, en concordancia, que:

Asimismo, atento que se puede atacar en cualquier parte, se obliga a tomar medidas frente a los inmigrantes e incluso restringir libertades por la razón de que los terroristas usan el sistema democrático para destruirlo. Por estas razones los Estados deben elegir, según Estados Unidos, si están "con él" en la lucha contra el terrorismo o adoptan una posición pasiva (pp. 219-220).

Lo explicado anteriormente trajo como consecuencia múltiples detenciones de personas que fueron trasladadas a la base naval y permanecen allí hasta la actualidad. Desde allí, diversos reportes han señalado graves violaciones hacia los derechos humanos de las personas que se encuentran sometidas en la base naval y en deshacer el acceso a los derechos mínimos amparados por el derecho internacional.

En algunos de los casos, las detenciones son indeterminadas, sin juicios ni cargos imputados contra los prisioneros, con prohibición de visitas familiares y sin tener posibilidades de acudir a instancias legales en tribunales estadounidenses para objetar la legitimidad y legalidad de sus detenciones.

A pesar de que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos declaró que los sospechosos detenidos en la base naval de Guantánamo pueden llevar sus casos ante la justicia civil para cuestionar la legalidad de sus detenciones (Corte Suprema de EEUU, *Rasul c. Bush*, 2004), hasta el día de hoy no se ha logrado garantizar el derecho de defensa en juicio por parte de Estados Unidos.

(4) Cabe destacar que la postura amplia del concepto del art. 51 es discutible por el fundamento de que en ningún lugar del articulado se estipula dicha excepción. Más aún, la doctrina internacional mayoritaria rechaza el uso preventivo o adelantado de la agresión como condición o presupuesto para el uso de la fuerza sin ataque previo.

4. Problemática actual

La posición de Estados Unidos sobre el estatus jurídico de los prisioneros de Guantánamo, en relación al conflicto de normas internacionales que se presenta, requiere de un análisis crítico sobre cuál debe ser su aplicación correcta.

El primer punto es determinar la posición jurídica que sustenta a los prisioneros de la base naval en Guantánamo. Esto permitirá esclarecer sobre los derechos que deben gozar los prisioneros y las obligaciones que Estados Unidos debe cumplir a la hora de garantizar un trato digno y justo para los presos.

La primera postura que se debate es sobre si los prisioneros en Guantánamo poseen el estatus de “prisioneros de guerra”. En concepto, los prisioneros de guerra se encuentran amparados por el Convenio III de Ginebra (en adelante, CG III) del año 1949, que es uno de los convenios que conforman el marco jurídico del derecho internacional humanitario.

Reconocerlos con carácter de tal implica que las potencias que tienen prisioneros bajo esas circunstancias deben someterse a un conjunto de derechos y deberes en favor de los privados de la libertad en contexto de conflicto armado. El conjunto de disposiciones bajo dicha temática conforma lo que se conoce como “Estatuto de prisioneros de guerra”. Dicho estatuto plantea, desde un primer momento, que el prisionero tiene derecho a que se les respete en su persona y honor bajo toda circunstancia (art. 14 CG III).

Esto significa que los prisioneros de guerra deben ser respetados con dignidad, garantizarles todos sus derechos fundamentales y ser tratados humanamente en todo momento. Están protegidos contra todo acto de violencia, así como contra las intimidaciones, insultos y la curiosidad pública. El DIH también define condiciones mínimas de detención que se refieren a alojamiento, alimentación, vestimenta, higiene y atención médica gratuita (art. 15 CG III).

En la mayoría de los casos, los prisioneros de guerra son miembros de las fuerzas armadas de una de las partes en conflicto que caen en poder del adversario. Esto es así porque el tercer Convenio de Ginebra de 1949 también determina otras categorías de personas que tienen derecho a recibir el estatuto de prisionero de guerra y ser tratadas como tales. A modo de ejemplo, pueden ser beneficiarios del estatuto de los prisioneros de guerra las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares (nota 4, art. 4°, inc 4 CG III).

Los prisioneros de guerra no pueden ser enjuiciados por participar en las hostilidades. Su detención no es una forma de castigo, sino que su fundamento es evitar que sigan participando del conflicto. Al finalizar las hostilidades, los prisioneros deben ser liberados y repatriados sin demora.

Pero lo más interesante de este convenio es que los prisioneros de guerra continúan beneficiándose de sus derechos civiles según la ley de sus respectivos países de origen, ya que gozan de tal capacidad (nota 4, art. 4º, inc 4, último párrafo CG III). De esta manera, los prisioneros logran poder ampararse en las mencionadas normas y, consecuentemente, tener garantizadas todas las instancias judiciales del país de origen sobre la legitimidad de su detención.⁽⁵⁾

Estados Unidos niega reconocer a los prisioneros de Guantánamo el carácter de “prisioneros de guerra” desde el principio. Los juristas Gutiérrez, DeCristofaro y Woods (2011) explican que:

... la postura de Estados Unidos sobre el tema se fundamenta en que dichas personas no encuadran en el estatus mencionado porque no cumplen los requisitos que debe reunirse para ser considerados prisioneros de guerra según el artículo 4 del convenio III de Ginebra tales como: (...) 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 deben (...) 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 (p. 1013).

Esto trae como consecuencia que Estados Unidos, por medio de su Departamento de Defensa, desconozca esa situación jurídica. Bajo dicho criterio los prisioneros no tienen la posibilidad de acudir a instancias legales para objetar sus condiciones de detención por la jurisdicción territorial de su país de origen. Tampoco puede hacerlo la base naval de Guantánamo en la que se encuentran, ni la del propio gobierno de EEUU.

Esta situación fáctica y jurídica que plantea Estados Unidos, en concordancia con las normas del derecho internacional humanitario, ha creado un limbo jurídico que desvirtúa de sobremana el derecho Internacional humanitario y la protección de los derechos universales. Lo interesante se presenta en el momento en que, del estudio profundizado de las normas del derecho humanitario, nos encontramos con una figura en particular que es desconocida u obviada por Estados Unidos.

Si se acepta la posición de que los detenidos en la bahía de Guantánamo no cumplen los recaudos necesarios para encuadrarlos en el estatus de prisioneros de guerra, ello no impide que puedan recibir igualmente protección de las normas del derecho humanitario. Los prisioneros pueden recibir protección en base al DIH, ya no como prisioneros de guerra, sino como ciudadanos extranjeros que se encuentran presentes en el territorio de una parte en el conflicto.

Dicha protección se puede recibir bajo la luz del Convenio IV de Ginebra (CG IV), que prevé el beneficio para las personas civiles y las personas eliminadas del conflicto por enfermedad, lesiones o detención. Su aplicación es viable

(5) No obstante, las personas detenidas por haber participado en las hostilidades no son inmutables a los procesos penales conforme al derecho interno aplicable de su detención.

debido a que, si se analiza minuciosamente el alcance que tiene el Cuarto Convenio de Ginebra para su protección, los prisioneros ostentan las características suficientes para ampararse del citado convenio.

El CG IV, de 1949, al que Estados Unidos se encuentra suscripto, dice en su art. 4° que:

El presente Convenio protege a las personas que, **en un momento cualquiera y de cualquier manera que sea, se encuentren**, en caso de conflicto u ocupación, **en poder de la parte contendiente o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas.**⁽⁶⁾

Rosas Castañeda, en el artículo “Derecho internacional y enfrentamiento al terrorismo: caso de los prisioneros de Guantánamo” (2006), sostiene:

Con una interpretación textual del Convenio solo puede llegar a la conclusión de que todas las personas que no están protegidas por los Convenios de Ginebra (CG) I-III tienen derecho a la protección que asigna el CG IV, siempre y cuando no sean: a) súbditos de un Estado que no es Parte en el Convenio; b) súbditos de la parte o Potencia en cuyo poder están; o c) súbditos de un Estado neutral (solo si están en el territorio de un Estado beligerante) o de un Estado co-beligerante con representación diplomática normal.

Knut Dörmann (2003), por su parte, concluye lo siguiente:

El hecho de que una persona haya participado ilícitamente en las hostilidades no es un criterio para excluir la aplicación del CG IV. Por el contrario, en el artículo 5 del CG IV, donde se estipulan algunas derogaciones, bajo condiciones estrictas, de las protecciones previstas por el CG IV, se utiliza la expresión “personas protegidas” con respecto a personas capturadas por espías o saboteadoras, así como a personas fundadamente sospechosas de dedicarse, o de las que se ha demostrado que se dedican, a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante. Los conceptos de “actividad perjudicial para la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante” y de “sabotaje” implican, por cierto, la participación directa (sin autorización) en las hostilidades. Así pues, este artículo se aplicaría en particular a personas que no llenan los criterios previstos en los CG I-III y que participan directamente en las hostilidades, es decir a las personas calificadas como “combatientes ilegales”.

La norma, entonces, es clara cuando define el alcance de su protección.

Las razones por la cual se encuentre en poder de la otra parte es irrelevante a los fines de identificar las causas por las cuales las personas se encuentran detenidas.

Otra de las razones para sostener la aplicación del CG IV a los prisioneros en Guantánamo puede encontrarse en el inc. 3 del art. 45 del Protocolo Adicional I (PA I), de 1977, el cual estipula que:

La persona que haya tomado parte en las hostilidades y no tenga derecho al estatuto de prisionero de guerra ni disfrute de un trato más favorable de conformidad con lo dispuesto en el IV Convenio, tendrá derecho en todo momento a la protección del artículo 75 del presente Protocolo. Tal persona, cuando se encuentre en territorio

(6) El resaltado me pertenece.

ocupado y siempre que no se halle detenida como espía, disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio.

Esto quiere decir que existe una afirmación implícita en cuanto a la interpretación del CG IV, según el cual los prisioneros de Guantánamo son personas protegidas en virtud del Convenio IV de Ginebra (CG V).

Rosas Castañeda (2006) demuestra esta afirmación implícita cuando señala que en la segunda frase del párrafo dice: “Tal persona, cuando se encuentre en territorio ocupado y siempre que no se halle detenida como espía, disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio”. En esta frase se reconoce implícitamente que, en particular, los combatientes ilegales que estén en territorios ocupados (es decir, personas protegidas que participan directamente en las hostilidades en un territorio ocupado sin tener derecho al estatuto de prisionero de guerra) están protegidas por el CG IV. Si los combatientes ilegales que se encuentran en territorios ocupados no estuvieran protegidos por el CG IV, no habría justificación alguna para restringir el ámbito del art. 5° de dicho instrumento (Bothe, Partsch y Solf, 2003, p. 261 y ss.).

Asimismo, el hecho de estar bajo el poder de una potencia ocupante, de cuyo país no son ciudadanos, es otro punto clave para encuadrarlos en esta norma. De esto se desprende consecuencias jurídicas importantes, a saber:

- 1) El art. 25 del CG IV permite la transmisión de noticias y comunicaciones de carácter estrictamente personal hacia y desde los miembros de la familia.
- 2) El art. 116 del mismo convenio permite específicamente que los detenidos reciban visitas familiares, especialmente de parientes cercanos, a intervalos regulares.

Tanto el CG IV, de 1949, como así también el Protocolo Adicional I brindan protección amplia a los internados civiles durante el conflicto armado. Si lo justifican razones imperiosas de seguridad, una parte en conflicto puede someter a los civiles a residencia forzosa o a internamiento, siempre y en la ocasión de que se respete sus derechos fundamentales.

Es importante aclarar que el internamiento es una medida de seguridad y no se lo puede utilizar como una forma de castigo. En consecuencia, significa que cada persona internada debe ser liberada cuando dejen de existir las razones que exigieron su internamiento de forma inmediata.

Las normas relativas al trato y a las condiciones de detención de los internados civiles que establece el CG IV son, en definitiva, muy similares a las aplicables a los prisioneros de guerra (CG III). Esto lleva a pensar que ante la existencia de una norma convencional que logra encuadrar con los hechos descriptos para los prisioneros en Guantánamo, Estados Unidos ha quebrantado el cumplimiento

de sus obligaciones de protección hacia las personas que se encuentran en la base naval y a su compromiso por el respeto de las normas convencionales del derecho internacional humanitario.

Por consiguiente, Estados Unidos debe ser responsable por los daños que produzca en Guantánamo bajo su jurisdicción en detrimento de los prisioneros. Esto dio lugar a múltiples denuncias que, a partir del año de su reestructuración como prisión, empezaron a tener un real impacto tanto a nivel mediático como jurídico. Uno de los casos es el denominado “Caso Rasul vs. Bush” en el que por sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos se declaró que: “... los sospechosos detenidos en la base naval estadounidense en la bahía de Guantánamo, Cuba, pueden llevar sus casos ante la justicia civil para cuestionar la legalidad de sus detenciones” (BBC Mundo, 2004).

De esta forma, quedo falseado el argumento sostenido por el gobierno de los Estados Unidos de la no aplicación de la ley y jurisdicción de los tribunales de EEUU en la bahía de Guantánamo: “En base a esta sentencia el gobierno de los EUA dispuso la conformación de Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatiente” (Rosas Castañeda, 2006).

Pero el problema en cuestión se agrava con las demás medidas adoptadas por Estados Unidos. Se puede afirmar que este país se ha resguardado en las normas establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Al escudarse en dichas normas, que conforman unas de las principales fuentes convencionales del derecho internacional de derechos humanos (DIDH), Estados Unidos justificó su accionar en la suspensión de derechos y garantías de los prisioneros de manera “temporal”. Esto se debe a que, de conformidad con algunos tratados de DIDH, los gobiernos pueden derogar algunas normas en situaciones de emergencia pública que pongan en peligro la vida de la nación (art. 4º, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Para que pueda operar esta “cláusula suspensiva” de manera temporal y sin cometer actos que puedan transgredir las obligaciones internacionales, se exige la condición de que las derogaciones sean proporcionales a la crisis y que su aplicación no sea indiscriminada o que infrinja otra norma del derecho internacional, incluido el DIH. Sin embargo, aun en la existencia de dichas facultades por parte de los Estados que se encuentran suscriptos a los tratados internacionales de derechos humanos, hay normas que no permiten ninguna derogación. Algunas de esas normas son las relativas al derecho a la vida, las demás normas que prohíben la tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud, la servidumbre y la retroactividad de las leyes penales (nota 7, art. 14, inc. 2 CG III).

Con lo anterior se manifiesta la presencia de divergencias entre las normas convencionales del DIDH y las del derecho internacional humanitario. La gran divergencia que se presenta es que algunas disposiciones que enmarcan los derechos y garantías de las personas del DIDH pueden ser materia de suspensión. En el DIH, en cambio, sus derechos y garantías no están permitidas la suspensión de sus disposiciones, bajo ninguna circunstancia, dado el carácter excepcional en el que se enmarcan dichas normas al caso concreto. De esta aclaración resulta la colisión principal que existe entre normas convencionales de derecho internacional de derechos humanos con las del derecho internacional humanitario.

Las existencias de estas situaciones jurídicas no son de solución pacífica entre muchos autores y juristas del derecho internacional, pues si bien ambas se aplican en tenor de la protección de los derechos fundamentales del hombre, sus aplicaciones son muy distintas.

Por ese motivo se plantea el interrogante sobre cuál norma convencional de derechos humanos se debe aplicar para el caso de los prisioneros en Guantánamo. Además, saber si les corresponde un estatus jurídico que los ayude a ampararse en los derechos reconocidos por las normas o que las mismas le sean suspendidas.

Para la respuesta a tal interrogante debemos enfocarnos en un tratado internacional que nos permita orientar cuál es el método de interpretación y aplicación de las normas internacionales que se debe utilizar para todos los casos en general.

Es así como debemos enfocar su análisis a la luz de las reglas de interpretación de los tratados que enuncia la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en su art. 31.1 que exige: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Ricardo Arredondo (2012) afirma que:

... el principio fundamental de dicha interpretación es el **empleo útil**, que significa que la interpretación ha de dar sentido y ha de efectuar a todos los términos de un tratado. Entonces no se podría adoptar una interpretación que reduzca cláusulas o párrafos enteros a la redundancia o inutilidad. Se debe respetar el principio que implica escoger, de entre varias interpretaciones de distintos tratados, aquella que aparezca más conforme a las exigencias de justicia en las circunstancias del caso (pp. 56-57).

Igualmente, todo tratado debe ser interpretado teniendo en cuenta su factor temporal. Es tan relevante el tiempo al punto que determina la aplicación del principio de contemporaneidad y la denominada “interpretación dinámica y evolutiva”. Esto último consiste en considerar nuevas normas o situaciones surgidas con posterioridad a la situación. Tal criterio es el adoptado por la Corte Internacional de Justicia a partir del asunto “Proyecto Gabcikovo-Nagymaros” (*Hungría c. Eslovaquia*) del año 1997.

Cabe destacar la importancia de considerar este punto, ya que interpretar las normas internacionales de forma estática y anacrónica resultaría ir en contra de los principios de equidad y justicia del derecho internacional.

Se debe tener en cuenta que los nuevos paradigmas de los conflictos armados contemporáneos no fueron previstos en su momento por razones lógicas, pues no existían conflictos durante la celebración de los Convenios de Ginebra en el año 1949, ni tampoco en sus protocolos adicionales en el año 1977. Por lo que es un deber adaptar su interpretación al presente.

Es por esta razón que al acudir a las reglas de interpretación antes dicha y aplicándolas al ámbito personal que posee el CG IV, los prisioneros de Guantánamo deben ser encuadrados dentro del alcance previsto para el art. 4° del CG IV y tener plena vigencia las normas del derecho internacional humanitario.

5. Conclusión

En conclusión, se demuestra claramente el incumplimiento de la protección de los derechos humanos que implica la posición adoptada por los Estados Unidos por no reconocerle a los prisioneros en Guantánamo sus derechos a un debido proceso judicial, entre otros derechos que les corresponden en virtud del derecho internacional humanitario, específicamente del CG IV. También a lo largo del trabajo se demuestra que los argumentos de Estados Unidos por medio de su “teoría de la guerra preventiva” resulta ser inaplicable por su falta de sustento jurídico para sostener la postura tomada frente al caso. Y, por lo tanto, se demuestra la violación a los derechos humanos en perjuicio de los prisioneros y la falta de Estados Unidos al derecho internacional.

Como dato histórico, Estados Unidos fue el país que en el año 1863⁽⁷⁾ redactó el Código que originó el concepto de “derecho internacional humanitario” durante la guerra civil americana, para ser posteriormente la fuente más directa para la codificación del DIH por medio del Convenio de Ginebra.

A pesar de lo señalado anteriormente, durante estos últimos tiempos se ha puesto de manifiesto el doble baremo que aplica los Estados Unidos. Por un lado, exhorta en el ámbito internacional el estricto respeto de los derechos humanos, mientras que por otro lado desestima sus propias obligaciones al actuar bajo una política que incentiva el miedo por el terrorismo internacional para justificarse de sus propios actos violatorios.

La política que plantea Estados Unidos para declarar la guerra antiterrorista trae como consecuencia un plano jurídico de supresión de derechos y garantías reconocidos en diversos instrumentos internacionales.

(7) La fuente más inmediata a la codificación del DIH fue el Código de Lieber, dictado en el año 1863 durante la guerra civil estadounidense.

El Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos criticó el 13 de febrero del 2003 “la estrategia antiterrorista” estadounidense, alertando que esta no debe ir en detrimento de los derechos humanos. Por tanto, notificó mediante comunicado que:

Un país como Estados Unidos que es una democracia que se quiere ejemplarizar, tiene que elegir entre una política en la que los seres justifican los medios, todos los medios, y la política de la verdadera democracia, en lo que a pesar de la amenaza, a pesar del peligro, a pesar del trauma del 11 de septiembre, el fin no justifica todos los medios, la democracia comienza a erosionarse (D’Estefano Pisani, 2004).

En demostración, Estados Unidos no está suscripto al Protocolo Adicional I y II de los cuatro Convenios de Ginebra, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al Estatuto de la Corte Penal Internacional, al protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ni a muchos otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

En tal sentido, es dable también señalar el retiro de Estados Unidos en el mes de octubre del año 2018 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con el fundamento de que dicha Comisión apoya a terroristas y a dictadores. Además Estados Unidos es uno de los países con menos ratificaciones en tratados internacionales sobre derechos humanos en el mundo (Naciones Unidas, Oficina del Comisionado, 2019).

En tal contexto surge la imperiosa necesidad de señalar la importancia de las normas del derecho internacional humanitario y de su armonización con las demás normas del derecho Internacional, porque de esta manera se logra evitar violaciones hacia los derechos humanos por medio de actos sustentados en “principios democráticos” de un Estado.

Esto lleva a reflexionar sobre cómo algunos Estados pretenden justificar su accionar al emplear complejas y oscuras teorías por la amenaza del terrorismo internacional. Esto impulsa a reafirmar que no amerita, bajo ningún argumento, dejar de cumplir nuestras obligaciones en el ámbito de los derechos humanos con respecto a los demás porque hace a la promoción de la paz y seguridad internacional. Si por amenaza justificáramos las torturas y tratos crueles que puedan llegar a realizarse, seríamos tan amenazadores de los derechos humanos como los mismos terroristas.

Por lo tanto, se puede determinar que, en virtud del derecho internacional humanitario y las normas internacionales de protección a los derechos humanos, el gobierno estadounidense debe adoptar de manera inmediata medidas necesarias para poner fin la vulneración de los prisioneros detenidos en la base naval de Guantánamo. También Estados Unidos debe reconocer todos los daños sufridos al negarles un debido proceso a sus prisioneros en la bahía y la

carencia de un tratamiento humanitario (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

Por último, deben abstenerse en el futuro de realizar encarcelamientos que vulneren los derechos humanos, sujetando todo procedimiento a los postulados vigentes reconocidos por la comunidad internacional en los diversos instrumentos jurídicos sancionados.

En todo lo señalado, cabe decir que el Comité Internacional de la Cruz Roja (2004) expresa lo siguiente:

... la decisión de desviarse en forma unilateral de esas normas establecidas universalmente no debería tomarse a la ligera. Hasta el presente, pocas han sido las pruebas de que la aplicación plena del derecho existente sea un impedimento para enjuiciar a quienes violan ese derecho.

Además, la norma de reciprocidad no puede aplicarse a protecciones fundamentales, como la prohibición de la tortura, sin aceptar el riesgo de socavar no solo el principio de derecho, sino también los valores en que este se fundamenta.

6. Referencias bibliográficas

Aguirre, M. (2003). La estrategia de seguridad en la nueva época Bush: la guerra preventiva y la ideología del imperio, pp. 236-242. Recuperado de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2003-21-0010&dsID=Pdf>

Arredondo, R. (2012). *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: La Ley.

BBC Mundo. (28 de junio de 2004). Guantánamo: presos pueden usar tribunales. *BBC Mundo*. com. Recuperado el 23 de octubre de 2019 de: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3847000/3847673.stm

Bothe, M., Partsch, K. y Solf, W. (1982). *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*. La Haya: Martinus Nijhoff.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). (2012). Estados Unidos: Presos de Guantánamo. Recuperado el 5 de diciembre de 2019 de: <http://cejil.org/casos/presos-de-guantanamo>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2004). Las reacciones del CICR ante el Informe Schlesinger. Recuperado el 10 de octubre de 2019 de: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/64pp78.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2010). Prisioneros de guerra y otras personas privadas de libertad. Recuperado el 23 de diciembre de 2019 de: <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/protected-persons/prisoners-war/overview-detainees-protected-persons.htm>

-----, (2016). Voces sobre la guerra. Recuperado el 26 de abril de 2019 de: <https://www.icrc.org/es/document/voces-sobre-la-guerra>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2015). *XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja: el Derecho Internacional Humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (pp. 21-25). Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados>

----- (2016). Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>

D'Estefano Pisani, M. A. (2004). Guantánamo: lo ilegal en la ilegalidad. Recuperado el 25 de diciembre de 2019 de: <https://www.yumpu.com/es/document/read/14145844/23-guantanamo-lo-ilegal-en-la-ilegalidad-centro-de-estudios-del->

Dörmann, K. (2003). La situación jurídica de los combatientes ilegales/ no privilegiados. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (849), p. 552.

Farinella, F. (s.f.). Guantánamo o la aceptación del terrorismo de Estado democrático. Recuperado de: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/derechoalapaz/articulos/faviofarinella.pdf>

Gutiérrez Posse, H. (2014). *Elementos de derecho internacional humanitario*. Buenos Aires: Eudeba.

Gutiérrez, B A., DeCristofaro, S. y Woods, M. (2011). What Americans think of international humanitarian law. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 93(884), pp. 1009-1034.

Knut, D. (2003). La situación jurídica de los combatientes ilegales/no privilegiados. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (849), pp. 549-552.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2007). Informe de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados. Documento de las Naciones Unidas A/62/228.

Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. (2019). Indicators OHCHR. Status of ratification interactive dashboard. Recuperado de: <https://indicators.ohchr.org/>.

Palacios Martínez, M. L. (2014). Derecho Internacional Humanitario y medidas antiterroristas: caso prisioneros de Guantánamo. Bogotá. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11925/DERECHO%20INTERNACIONAL%20HUMANITARIO%20Y%20MEDIDAS%20ANTI-TERRORISTAS%20CASO%20DE%20LOS%20PRISIONEROS%20DE%20GUANTANAMO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rosas Castañeda, J. A. (2006). Derecho internacional y enfrentamiento al terrorismo: caso de los prisioneros de Guantánamo. Recuperado de: <https://derechopenalonline.com/derecho-internacional-y-enfrentamiento-al-terrorismo-caso-de-los-prisioneros-de-guantanamo/>

Salmón, E. (2012). *Introducción al Derecho internacional humanitario*. (3ª ed.). Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos/Comité Internacional de la Cruz Roja.

Saltrón Negretti, G. (2018). Tratados sobre DDHH no firmados o ratificados por EEUU. *Aporrea.org*. Recuperado el 14 de marzo de 2019 de: <https://www.aporrea.org/ddhh/a267000.html>

Sicherman, H. (2002). Finding a foreign policy. *Orbis*, 46(2), pp. 215-227.

7. Referencias normativas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Medidas cautelares otorgadas por la CIDH.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (1985). Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1945). Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

8. Referencias jurisprudenciales

Corte Suprema de Estados Unidos. (2004). *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466.

Corte Internacional de Justicia. (1997). "Caso relativo al Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría-Eslovaquia)".

Corte Internacional de Justicia, OC 104/1996, "Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares", 08/07/1996.