

Los detenidos de Guantánamo

Francisco Falcón Gómez Sánchez

(Universidad César Vallejo, Trujillo. Perú)

Resumen

Este artículo trata de exponer el estado en que se encuentran los detenidos de Guantánamo, provenientes de las guerras libradas entre los Estados Unidos y Afganistán e Irak y que, encontrándose prisioneros en aquella base naval norteamericana, tratan de obtener su libertad o, en su caso, juicios justos, apelando a la justicia de los tribunales nacionales norteamericanos. Las detenciones empezaron en el año 2001 y aún ahora continúan *sine die* para aquellos a quienes el estado norteamericano considera combatientes ilegales. Trata también de reseñar y analizar los resultados de la batalla legal que se está librando en esos tribunales y de las conclusiones a las que se llega desde esta controversia a partir del Derecho Internacional Humanitario.

Palabras-Clave: Detenidos de Guantánamo - Controversia legal - Leyes Humanitarias - Casos Especiales

Abstract

This paper tries to show the legal situation of the Guantanamo Bay detainees. These men were incarcerated under the charges of terrorists or suspects terrorists and his detention is *sine die*. In fact, these men are spending their time without a fair trial and without the right to exercise their self legal defense. After june 2004, the Supreme Court of the United States decided that they have this rights and since that date have started a legal battle to defend the human primary rights of the detainees. This paper analize the historical review of this controversial issue and tries to take an overview of the context since the optical of the International Humanitary Laws.

Key-Words: Guantánamo Bay – Detainees - Leading Cases - Humanitary Laws

I. Introducción

Guantánamo es una bahía situada al sudeste de Cuba, en la provincia del mismo nombre. Fue cedida a los Estados Unidos el 16 de febrero de 1903,

luego de la invasión norteamericana de 1898, como consecuencia de la Enmienda Platt que accordaba la cesión de tres lugares costeros para uso de bases navales o carboneras. La cesión fue hecha a perpetuidad y, hoy, a pesar de que Estados Unidos tiene completa jurisdicción y control del área, Cuba mantiene intacta su soberanía sobre ella. Esta situación se deriva de los Tratados de 1903 y 1934. Estados Unidos paga, como arrendamiento, cerca de 4,000 dólares anuales, aunque desde que Fidel Castro asumió el poder en la isla, solamente se ha cobrado uno. Cuba denunció los Tratados de 1903, y el subsiguiente de 1934, en 1969, para apartarse de ellos basándose en que fueron impuestos por la fuerza después de la invasión norteamericana de 1898. Aun así, los Tratados han quedado firmemente impuestos.

Durante la guerra contra el terrorismo iniciada en octubre del 2001, cuyo primer objetivo fue Afganistán, empezaron a llegar a Cuba, concretamente a Guantánamo, un número creciente de prisioneros de guerra talibanes y sospechosos de pertenecer a la red de Al Qaeda. Y es que, en aquella bahía está situada la Base Naval de Guantánamo, conocida en el argot norteamericano como GTMO o “Gitmo Bay”. En la base se encuentran tres campos de detenidos de diferentes nacionalidades, combatientes de la guerra de Afganistán: *Camp X-Ray*, *Camp Echo* y *Camp Delta* que albergan a más de 600 de aquellos prisioneros.

El estatus de la Base Naval, desde la perspectiva del derecho internacional público, ha permitido a los Estados Unidos mantener irregularmente, bajo detención indefinida y sin acusación formal, a los prisioneros, aduciendo que al estar fuera del territorio continental norteamericano y bajo la soberanía final de Cuba no tienen los derechos constitucionales que tendrían de estar detenidos en territorio continental y soberano de los Estados Unidos. Esas detenciones, y las supuestas violaciones a los derechos fundamentales de los detenidos, han sido objetadas judicialmente en procesos de *habeas corpus* que han llegado hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos y obtenido pronunciamientos de diversa índole.

En este trabajo intentaremos un acercamiento a este caso general desde la óptica de ambas partes de la controversia, presentando de antemano nuestras excusas al lector por la osadía que supone abarcar tan espinoso problema desde tan diversas perspectivas nacionales e internacionales sin tener el adecuado conocimiento para ello. Nos anima tan sólo el interés académico de abordar un tema altamente sensible para el mundo de hoy.

2. Los actos de gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica

A raíz de los atentados del 11 de septiembre del 2001, el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica dio severas normas para implementar su

lucha contra el terrorismo internacional. Una de ellas, la más importante, la “USA Patriot Act”, regulaba una serie de acciones gubernamentales para restringir los derechos de los sospechosos o acusados de terrorismo que fueran detenidos por las fuerzas del orden o que fueran señalados por ellas como posibles agresores.

En virtud de esta circunstancia excepcional, el Congreso invistió al Presidente de poderes o atribuciones especiales para combatir el terrorismo. La “Authorization for Use of Military Force” (AUMF), otorgada el 18 de setiembre del 2001, era explícita en ese sentido: “El Presidente está autorizado para usar toda la fuerza necesaria y apropiada contra las naciones, organizaciones o personas que él determine que planean, autorizan, cometen o ayudan a los ataques terroristas que ocurrieron el 11 de setiembre del 2001, o den refugio a organizaciones o personas, a fin de prever cualquier acto futuro del terrorismo internacional contra los Estados Unidos, de parte de naciones, organizaciones o personas”¹. Tal decisión se afirmaba en la *War Powers Resolution* que dio el Congreso el 7 de noviembre de 1973, pero con la interpretación de que esta última no condicionaba la transcrita, salvo por la información periódica que debía dar al Congreso sobre las operaciones militares, su envergadura, duración, etc.

Es importante recalcar que la autorización recae sobre el Presidente y le inviste del poder casi omnímodo, unilateral e indiscutible, de determinar contra quién o quiénes usar la fuerza, necesaria y apropiada (discrecional según el grado de amenaza que crea advertir), incluyendo desde naciones y organizaciones hasta individuos. Dicho poder revela hasta qué punto están los Estados Unidos dispuestos a erradicar de una vez por todas la amenaza terrorista en cualquier lugar del mundo donde puedan sentirse vulnerados. Obviamente, los feroces ataques del 11 de setiembre encontraron una respuesta decidida, pero también posiblemente excesiva respecto de la preservación de los derechos fundamentales de las personas, e incluso de los derechos de las naciones.

Dentro de este cúmulo de acciones y de normas especiales, se crea el estatus de “enemigo combatiente” o “combatiente ilegal”, en contrapunto con el “combatiente”. En el vocabulario norteamericano los dos primeros conceptos son sinónimos y el estatus a que se refieren está definido por las autoridades gubernamentales estadounidenses como aquél que ha sido atribuido a alguien, que lo designa como tal y que representa un peligro para su sociedad. Esta definición general podría incluir a civiles bajo las armas, milicias, guerrillas, bandas armadas, fuerzas irregulares, antagonistas indepen-

¹ Disponible en la siguiente dirección electrónica: www.whitehouse.gov/news/

dientes, saboteadores, espías u otro tipo de elementos beligerantes que respondan a un mando unificado o fraccionado y busquen un mismo objetivo general; y que, para obtenerlo, utilicen la fuerza de las armas en contra de las fuerzas armadas regulares oponentes, en batalla o en acciones hostiles encubiertas. Ellos no podrían catalogarse como “combatientes legales” o “lawful combatants” pertenecientes a las fuerzas regulares de un Estado beligerante, por no estar subsumidos en las regulaciones nacionales e internacionales sobre las leyes y costumbres de la guerra.

Para calificar a cualquier persona, ciudadana o no de los Estados Unidos, como combatiente enemigo (*enemy combatant*) o combatiente ilegal (*unlawful combatant*), el Presidente tiene la prerrogativa primera de hacerlo de acuerdo con los poderes especiales otorgados por el Congreso (AUMF) y con la jurisprudencia². Con arreglo a su cargo de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, puede y debe decidir quiénes, de los que amenazan a los Estados Unidos, tienen el carácter de beligerantes.

En segunda instancia, la calificación pueden efectuarla las Comisiones Militares creadas por la Orden Militar Presidencial del 13 de noviembre del 2001 sobre Detención, Tratamiento y Juicio a Extranjeros en la Guerra Contra el Terrorismo, 66 Fed. Reg. 57,833, (2001), cuyos procedimientos aseguran un juicio acorde con las regulaciones de las Cortes Marciales estadounidenses... siempre que se hayan formulado cargos. Estas Comisiones tienen base legal también en la DoD Military Commission Order No. 1, “Procedures for Trials by Military Commissions of Non-Certain Citizens in the War Against Terrorism” de marzo de 2002³, y en la Directiva No.5105.70 del 10 de febrero del 2004, que precisa las funciones de la Autoridad de las Comisiones Militares.

El artículo 4 de la III Convención de Ginebra, del 12 de agosto de 1949 sobre el Tratamiento a los Prisioneros de Guerra, define cuáles son las calidades de los prisioneros de guerra y el estatus que se les debe otorgar por quien los detiene. El Gobierno norteamericano interpreta este artículo en el sentido de que los miembros de la red terrorista Al Qaeda y los miembros de las fuerzas del Talibán, al haber sido designados como “enemigos combatientes” y no calificar dentro de los incisos del artículo 4 de la III Convención, no están protegidos por ese numeral y pueden ser detenidos al margen de las regulaciones que sí se acuerdan para los considerados como prisioneros de guerra, esto es, los incursos en los incisos.

² Ver: The Amy Warwick (“Prize Cases) 67 US, (2 Black) 635, 670 (1862).

³ Ver: “Procedures for Trials by Military Commissions of Non-Certain Citizens in the War Against Terrorism”.

Asimismo, no ha respetado los beneficios que acuerda el artículo 5 cuando surge la duda de si los prisioneros se encuentran o no en las categorías mencionadas en el artículo 4, deteniéndolos indefinidamente y no sometiéndolos a tribunales competentes que definan su estatuto, cuando debió otorgar los beneficios en tanto éste no fuera declarado. En consecuencia, no se los considera prisioneros de guerra y por tanto no se les reconocen los derechos que sí tendrían si lo fueran.

Esta situación ha generado los procesos legales de oposición que antes hemos mencionado tangencialmente y a los que nos referimos en el acápite siguiente.

3. La controversia en los “leading cases”

Los detenidos en la Base Naval de Guantánamo lo están en calidad de “combatientes enemigos” o “enemy combatants”, calificación que les ha sido atribuida por los Estados Unidos de manera unilateral. Inicialmente, sus derechos fundamentales fueron anulados y se les sometió (probablemente aún se hace ahora) a tratos vejatorios durante los interrogatorios, prolongados encierros solitarios, torturas y demás actos que buscaban doblegar sus voluntades y hacer que confesaran sus crímenes, se declararan enemigos jurados de los Estados Unidos y, quizás, miembros de la red terrorista de Al Qaeda.

Sus reclamos de encarar los cargos y ser oídos por un juez imparcial, es decir, su derecho a la defensa y al debido proceso, fueron ignorados al principio por las autoridades estadounidenses con base en una sentencia judicial que se refería a la orden presidencial ejecutiva del presidente Clinton para detener en el mar a los refugiados cubanos que trataban de llegar a los Estados Unidos y llevarlos a la Base Naval de Guantánamo. Dicha orden, que fue expedida en agosto de 1994⁴, sirvió de base para que el gobierno argumentara que los detenidos de la guerra de Afganistán, en Cuba, estaban bajo la soberanía cubana y no bajo la norteamericana por no encontrarse en su territorio, soslayando su control real de la zona. De ahí que no se les reconociesen los derechos constitucionales que sí tendrían de estar en territorio norteamericano.

Posteriormente, el recurso que utilizaron los detenidos ante los jueces federales para viabilizar sus pretensiones y recuperar el reconocimiento de los derechos constitucionales fue el de *habeas corpus* o el “Great Writ”, según se le llama en la doctrina anglosajona, que distingue entre el *habeas cor-*

⁴ Ver: Cuban American Bar Association, Inc. vs. Christopher, 43 F.3d 1412 (11th Cir. 1995).

pus ad subjiciendum y el *habeas corpus ad testificandum*. El primero, que es el que nos ocupa, se define como la petición que se hace al juez para que libre la orden, al custodio, de presentar ante él a la persona bajo su custodia (que es la peticionaria de esa orden) en fecha y lugar predeterminados y con un propósito definido. Fue formalizado, en el derecho inglés por el *Habeas Corpus Act* de 1679 y está contemplado en la Constitución de los Estados Unidos en el artículo 1, sección 9, cláusula 2 que, a la letra, dice: “El privilegio de la orden judicial del *Habeas Corpus* no será suspendido, salvo en los casos de rebelión o invasión en que así lo requiera la seguridad pública”⁵. Actualmente se utiliza este recurso para intentar subvertir violaciones a los derechos constitucionales ante Cortes Federales, por lo general luego de que los peticionarios hayan actuado por otras vías legales ante las Cortes Estatales.

Durante la Guerra Civil Norteamericana, en abril de 1861, el Presidente Lincoln suspendió sin la aprobación del Congreso el derecho ciudadano de presentación de *habeas corpus*, lo que generó la oposición del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, George Taney, quien sostuvo en *Ex Parte Merryman*, 17 F. Cas. 144 (1861) que tal recurso no podía ser suspendido solamente por el Presidente, sino con anuencia del Congreso. Lincoln mantuvo la prohibición y ésta fue respaldada por el Congreso en 1863. Más tarde, en *Ex Parte Milligan* (1866), la Corte Suprema otorgó al Congreso el poder de determinar la suspensión de este recurso. Según la ley norteamericana puede usarse en casos criminales o civiles y puede ser presentado por un abogado o por cualquier ciudadano que tenga noticia de la restricción de las libertades de una persona.

Su uso ha sido limitado en algunos casos por decisiones puntuales de la Corte Suprema y en casos específicos de aplicación de las leyes contra el terrorismo y sobre la pena de muerte, pero no existe, en este momento, suspensión alguna que haya sido aprobada por el Congreso u ordenada por el Presidente.

Las sentencias de los Jueces Federales de Distrito y de las Cortes Federales de Apelaciones que conocieron en los casos que veremos, basaron sus análisis legales para resolver, en jurisprudencias como *Ex Parte Quirin*, 317 US 1 (1947), sustentando la comparación de la captura de espías alemanes durante la Segunda Guerra Mundial con la de los combatientes talibanes respecto de la formación de tribunales militares para su juzgamiento y castigo por tener la calidad de combatientes ilegales; en *Ex Parte Milligan*, 71 US 2 (1866), por establecer el precedente de la creación de comisiones militares, y en *In Re Territo*, 156 F2.d, 142 (1946), sobre la incompetencia de juzga-

⁵ Disponible en: <http://www.house.gov/constitution/>.

miento de las cortes civiles y la denegación del ejercicio de derechos constitucionales a los ciudadanos norteamericanos detenidos en el campo de batalla y declarados como combatientes ilegales bajo custodia militar. De igual manera ha influido el caso Moyer vs. Peabody, 212 US 78 (1909) en lo que se refiere a la facultad del Ejecutivo de imponer la detención e incomunicación (de Moyer) sin acusación o juicio durante un largo tiempo.

La aplicación de estas bases legales en las sentencias de las Cortes Federales fueron desechadas por las decisiones de la Corte Suprema en los fallos que reseñaremos. Es importante recalcar que un papel importante le cupo a la jurisprudencia Duncan vs. Kahanamoku, 327 US 304 (1946), por la que se normaba que, estando en funciones las cortes civiles y las militares conjuntamente en estado de guerra, estas últimas no podían subvertir las competencias específicas de las primeras respecto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Como dijimos, este orden de cosas pasó a revertirse con las demandas que empezaron a presentarse en las Cortes norteamericanas, iniciadas por los detenidos, en muchos casos ayudados por las organizaciones de defensa de los derechos humanos. De esta manera, los reclamos pudieron encaminarse debidamente y alcanzar las decisiones que analizamos a continuación y que sirvieron para recuperar el terreno que, en materia de derechos humanos, parecía haberse perdido.

A) Rasul vs. Bush

A partir de junio del 2004 y en virtud a un fallo de la Corte Suprema en el caso Rasul vs. Bush, las autoridades empezaron a formar Tribunales Militares de Revisión de la Calidad de los Combatientes en los casos individuales. En el fallo sobre el caso citado previamente (ver Rasul et al. vs. Bush, President of the United States et al No. 03-334), la Corte sostuvo que “Las Cortes de los Estados Unidos tienen jurisdicción para considerar las impugnaciones a la legalidad de las detenciones de los nacionales extranjeros capturados en conexión con las hostilidades (en Afganistán) y encarcelados en la Bahía de Guantánamo”; y: ”La Corte de Distrito tiene jurisdicción para entender las impugnaciones de *habeas* de los demandantes... y entender demandas de *habeas* iniciadas por personas que denuncian ser detenidas en custodia en violación.... de las leyes de los Estados Unidos”. ”Esta jurisdicción se extiende a los extranjeros detenidos en un territorio sobre el cual los Estados Unidos ejerce plena y exclusiva jurisdicción, aunque no soberanía”⁶. La decisión fue tomada por seis votos contra tres.

⁶ Disponible en la dirección electrónica: <http://caselaw.lp.findlaw.com>.

En concreto, esta importante resolución judicial restauró los derechos de los detenidos extranjeros (Shafiq Rasul es extranjero, australiano para más señas y sujeto a las reglas nacionales de la Commonwealth), a ser escuchados y a enfrentar los cargos que se les imputaban; restauró el derecho de iniciar demandas de *habeas corpus* o recursos de garantías constitucionales, reconoció la jurisdicción de las cortes norteamericanas a desarrollar juicios por estas demandas y, lo que es más relevante, reconoció que si bien la soberanía de Cuba en el territorio de la Bahía de Guantánamo era “finalmente” predominante e indiscutible, el control del ejercicio pleno de la jurisdicción en la Base Naval de Guantánamo Bay lo detentaban los Estados Unidos. Como lógica consecuencia de esto último, además, incluyó a los detenidos extranjeros en el uso de los mismos derechos que había reconocido a sus nacionales.

En este primer paso, de tres sustanciales, en el camino de vuelta a la legalidad, podemos entender la controversia legal como el problema de falta de jurisdicción o duda sobre su existencia, para el caso de Rasul vs Bush, de las Cortes norteamericanas para avocarse con competencia en los casos de detenciones arbitrarias. La Corte Suprema disipa estas dudas absolviendo la causa de manera que se consideren competentes a las Cortes norteamericanas para conocer, tramitar y resolver no solamente los casos de ciudadanos norteamericanos, sino también de nacionales extranjeros en esa situación. Además, completa su fallo declarando que esta jurisdicción incluye la facultad de conocer los casos de detenciones arbitrarias de detenidos (nacionales y extranjeros) en territorio bajo soberanía extranjera pero bajo control real norteamericano, dando sustento al principio de primacía de la realidad sobre la ficción legal del derecho internacional público y echando por tierra la pretensión del Ejecutivo de efectuar detenciones que fueran inimpugnables por causa de carencia de jurisdicción territorial. Asimismo, reconoce el derecho de los detenidos a la defensa y al debido proceso (*due process*) mediante el ejercicio del *Great Writ* o *Habeas Corpus*, derecho de garantía universalmente reconocido.

La Corte, en Rasul vs. Bush, desestima las razones del caso Johnson vs. Eisentrager, 339 US 763 (sostenidas por el Gobierno y repetidas por la Cortes Federales de Apelaciones), porque considera que los casos difieren y su aplicación era forzada e incorrecta. Este fallo, que data de 1950, negó los *habeas corpus* de civiles alemanes detenidos en China, juzgados por tribunales militares en Nanking (China) y encarcelados en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial. La Corte negó el derecho del *habeas* porque consideró que ya habían sido juzgados por tribunales militares, aunque admitió su propia competencia en el caso.

Las propias razones de su fallo las resume en que los demandantes no eran nacionales de países en guerra con los EEUU (Australia y Kuwait no son

enemigos de los EEUU), habían negado los cargos y no habían tenido acceso previo a un tribunal; no se les había formulado cargos por “wrongdoing”(actividad trasgresora de leyes morales o civiles; conducta injuriosa, criminal o impropia, o lo que los latinos llamaban *malefacta*) y, finalmente, por más de dos años habían sido detenidos en un lugar donde EEUU ejercía soberanía *de facto*, es decir pleno control.

La demanda se basó en el alegato de los prisioneros de que no habían tomado las armas contra los EEUU, no habían sido acusados de delitos penados por la legislación norteamericana ni habían cometido actos de terrorismo. Ellos, dos australianos y doce kuwaitíes, capturados en Afganistán, estaban detenidos en Guantánamo Bay.

B) Hamdi vs. Rumsfeld

En otro fallo importante, también de junio del 2004, Hamdi *et al.* vs. Rumsfeld, Secretary of Defense, *et al.*, nº. 03-6696, la Corte estatuyó que “...un ciudadano norteamericano, bajo la acusación de ser enemigo combatiente y detenido en territorio estadounidense, tiene derecho a ser oído en juicio y a escuchar los cargos que se formulan contra él y a oponerse a ellos”⁷. Difiere del caso anterior en que el detenido lo estaba en territorio norteamericano, concretamente en la Brigada Naval de Charleston, Carolina del Sur.

Este segundo paso lo da la Corte en la decisión de Hamdi vs. Rumsfeld. En él reconoce el derecho al ejercicio del *habeas corpus*, al de ser escuchado en juicio y a oponerse a los cargos. Reafirma entonces el derecho a la legítima defensa y al debido proceso, incluyendo de manera implícita el derecho a contar con el consejo de un abogado y ratifica también el reconocimiento de la jurisdicción de las Cortes a conocer casos de detenciones arbitrarias surgidas en territorio estadounidense. La votación fue de ocho a uno.

La controversia se centra aquí en que el padre del detenido (árabe saudí de nacimiento y nacionalizado norteamericano) demanda al Estado por violación de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta que prohíben la privación de la libertad sin un debido proceso legal (Quinta y Decimocuarta) y la igualdad ante la ley para quienes se encuentren dentro de sus límites jurisdiccionales (Decimocuarta). Sin embargo, después del fallo, el derecho del accionante fue limitado en el acuerdo suscrito con el gobierno por el que no se le hicieron cargos, fue devuelto a su patria de origen, obligado a renunciar a su nacionalidad estadounidense y a aceptar restricciones en sus viajes que no le permitían tocar destinos de países aliados o amigos de los EEUU. Cabe mencionar

⁷ Disponible en la dirección electrónica: <http://supct.law.cornell.edu>

que la Corte añade la extraña denominación de “enemy combatant”, de la que nos ocuparemos más adelante.

C) Rumsfeld vs. Padilla

En Rumsfeld, Secretary of Defense vs. Padilla, *et al.*, nº 03-1027, junio del 2004, la Corte Suprema decidió que el sistema judicial federal, en este caso la Corte Federal de Carolina del Sur, donde estaba detenido el accionante, podía conocer el caso en detrimento de la jurisdicción de la Corte Federal de Nueva York, donde había sido planteado el *habeas corpus*. En nuestra interpretación, aparte de la cuestión técnica de la competencia jurisdiccional, la Corte admitió que podía discutirse en las cortes federales si el Presidente tenía legitimidad y atribuciones suficientes como para poder ordenar la detención indefinida de un “combatiente enemigo” sin concederle el derecho de defensa o a ser oído en juicio. Se sientan, pues, las bases para discutir el poder presidencial para silenciar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta vez, también el detenido se encontraba en territorio estadounidense, pues fue capturado en el aeropuerto O’Hare de Chicago. Para el caso, la “Non Detention Act”, en su Título 18, artículo 4001, podría haber sido violada puesto que prohíbe la detención, incomunicación y la carencia de acceso al sistema judicial de los ciudadanos norteamericanos en el territorio de los Estados Unidos sin permiso previo del Congreso.

El tercer paso, por tanto, fue la decisión de la Corte Suprema en este caso. En votación dividida de cinco a cuatro, la Corte decidió que el sistema judicial podía entrar en conocimiento para decidir sobre la aplicación de las competencias del Ejecutivo sobre los derechos individuales aun en regímenes de excepción. A pesar de haberse refugiado en un tecnicismo legal sobre judicatura, decidió también que, habiendo resuelto negativamente la cuestión del conflicto de competencia jurisdiccional entre las cortes federales, no podía conocer en ese momento sobre la legitimidad o no de los poderes presidenciales.

La controversia del poder presidencial para detener a Padilla bajo estatuto militar se planteó en el *habeas* desde el punto de vista de la supuesta violación a las Enmiendas Cuarta, Quinta y Sexta de la Constitución, esto es, vulneraba el derecho a la seguridad personal salvo causa probable de comisión de delito que originara su detención (Cuarta); el derecho a no ser detenido sin un auto de denuncia o acusación y a no ser privado de su libertad sin el debido proceso judicial (Quinta); y el derecho al juicio público, al juez natural, a escuchar los cargos, a enfrentarlos en juicio, a confrontar a testigos y al consejo de un abogado (Sexta).

El Estado, objetó la demanda argumentando que el demandado no era quien debía responder, sino quien tenía en custodia militar al demandante, en esta caso la jefe de la Base Naval de Charleston en la que el demandante se

hallaba recluido. La Corte subrayó en su sentencia que el demandado debía ser escuchado en el distrito federal jurisdiccional del lugar donde se hallaba recluido. Pero admitió de soslayo la competencia de las cortes federales para conocer del proceso dándole la oportunidad de ser oído en juicio⁸.

En nuestra opinión, estas tres sentencias empiezan a reactivar el sistema de defensa legal para los detenidos mediante los recursos de *habeas corpus*. La controversia común, generada por estos tres casos, la entendemos como la oposición de dos argumentaciones legales sobre un conjunto de hechos, disímiles por ser casos diferentes pero con una connotación finalista común, de parte de los demandantes de recuperar sus derechos conculcados; y, de parte del Estado, de defender las potestades presidenciales especiales (y sus actos derivados) otorgadas por el Congreso en el marco de la lucha contra el terrorismo.

4. La situación de los detenidos

Para ingresar en este análisis debemos interpretar primero qué es un estado de guerra. Este se da solamente entre dos Estados, con arreglo a la Convención de Ginebra, la Carta de las Naciones Unidas y la misma jurisprudencia norteamericana que esta nación generó y acepta como válida. Las normas internacionales, como las nacionales, definen el estado de guerra como el conflicto exterior entre dos naciones y no entre una nación y una organización o un grupo de personas. Al respecto, el artículo 2 de la III Convención de Ginebra se refiere al conflicto armado entre dos o más de las Altas Partes Contratantes; la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 51, se refiere a “ataques armados”, asumiéndose éstos entre las partes signatorias, pues dentro de ese contexto fue diseñado el Capítulo VII⁹; y, por último, la jurisprudencia norteamericana en Bas vs. Tingy, 4 US 37 (1800) afirmó que “la guerra... es toda contienda de fuerzas entre dos naciones, sobre políticas exteriores y conducida bajo la autoridad de sus respectivos gobiernos”¹⁰ (Ver, Alexander Keith, S., citado por Louis Philippe Rouillard, “The Combatant Estatus of the Guantanamo Detainees”, Eastern European Humanitarian Law Journal, Volume 1, Issue 2, setiembre 2004); y, además, que “...sólo el Congreso (de los Estados Unidos) puede autorizar una guerra “imperfecta” (limitada) o “perfecta” (general)”.

⁸ Disponible en: “War on Terror Court Cases, José Padilla, U:S; citizen”; www.humanrightsfirst.org/uslaw/inthecourts/supremecourt.padilla.htm

⁹ Cf. Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional*, Ed. MacGraw-Hill, 1997, Madrid, pp. 924.

¹⁰ Cf. Alexander Keith, S., citado por Louis Philippe Rouillard, “The Combatant Status of the Guantanamo Detainees”, Eastern European Humanitarian Law Journal, Volume 1, Issue 2, setiembre 2004.

El *ius ad bellum* ha sido siempre una manifestación de poder del Estado por el que ha llevado sus intereses o sus derechos por encima de los derechos individuales para protegerse como tal o para imponer sus dictados sobre otros estados. Esto implica una interpretación del acto de guerra como justo o injusto. Por supuesto, la naturaleza del ejercicio del uso de la fuerza y las ocasiones en que se ha demostrado son las que han dado el carácter de justicia o injusticia a estas acciones. Muchos esfuerzos han sido hechos desde que con Gentili y Grocio empezaron los intentos de regulación del derecho de guerra, pero el más decisivo –aunque incomprendido y casi extraño a la humana naturaleza– fue el Pacto de Briand-Kellog, suscrito en París el 27 de agosto de 1928. Por él, las partes contratantes condenaban la guerra como solución a sus desentendimientos y “renunciaban a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas”. La experiencia latinoamericana, aunque abierta a la firma de todos los Estados, se vio sustentada en el Pacto Saavedra-Lamas, o Tratado de No Agresión y Conciliación, suscrito en Rio de Janeiro en octubre de 1933, en el que se privilegiaban la conciliación y el arbitraje. Todas estas buenas intenciones fueron destruidas después con las guerras que sacudieron al mundo en los años que siguieron a la firma de esos Pactos, y que alcanzaron su punto más cruel y generalizado con la Segunda Guerra Mundial.

Veritas filia temporis, decía Aulo Gelio. Si ha cambiado la manera de hacer la guerra, ¿debemos cambiar la manera de enfrentarla? ¿Será el precio de ese cambio el olvido de nuestros derechos más elementales? ¿Es posible encarar las nuevas formas de hacer la guerra manteniendo aquellos derechos primordiales que no solamente pertenecen al individuo, sino que son patrimonio de la humanidad, o es indispensable suprimirlos para vencer?

Pues bien, de esas nuevas formas de hacer la guerra siguen brotando prisioneros, como ha sucedido desde hace milenarios. Son lógica consecuencia de los conflictos armados aquellos hombres que, definidos bajo el artículo 4 de la III Convención de Ginebra, han sido tomados o retenidos en calidad de tales, habiendo surgido esa condición de un “estado de guerra”, declarado o no, entre dos naciones. Su trato, debe ser acorde con esta Convención y depende de la potencia detenedora y no de sus captores. La primera, entonces, es la principal responsable de su relativo bienestar, aunque pueden sobrevivir responsabilidades accesorias derivadas de actos de quienes están encargados de su custodia.

En el caso de los detenidos por los Estados Unidos en Afganistán, miembros del ejército talibán y supuestos terroristas de la organización Al Qaeda, la nación detenedora no ha considerado que revistan la calidad de prisioneros de guerra, de acuerdo con la III Convención de Ginebra, sino que les ha acordado el término de “enemy combatant” o “unlawful combatant”. Esta

calificación ha eliminado sus derechos de prisioneros tanto como los fundamentales que poseían.

Así, sus derechos como prisioneros, a la detención en condiciones humanitarias, a la no exposición pública, a no ser sometidos a vejaciones, a que sean respetados su honor y su persona y otros que estipula la Convención, han desaparecido, y los fundamentales, de derecho a oír los cargos que se les imputan, a ser escuchados en juicio, a ser sometidos a un debido proceso legal y a ser aconsejados por un abogado, han sido abrogados también.

Los detenidos en Guantánamo Bay suman más de seiscientos y su procedencia es variada: cerca de 40 nacionalidades los dividen, pero los agrupa su misma situación. Los detenidos que pertenecen a las fuerzas del régimen talibán, al ser combatientes de un régimen estatal, aunque no fuera reconocido como tal por los Estados Unidos, y aunque no hubiera continuado Afganistán bajo el amparo del III Convenio de Ginebra, deben estar protegidos por el artículo 2 de este cuerpo legal internacional. A pesar de haber sido reconocido el estado de guerra y el estatus de prisioneros de guerra de los detenidos talibanes por los Estados Unidos en febrero del 2002, este reconocimiento no ha surtido los efectos legales de protección o trato que prevé la Convención en el numeral mencionado. La dispersión de condición con los miembros de la organización de Al Qaeda se entiende por su estatus especial de “enemy combatant” (terrorista, en este caso), que los diferencia de los detenidos del régimen talibán, según la óptica del Gobierno norteamericano.

¿Tienen derechos los detenidos en Guantánamo Bay? Hemos visto que sí los tienen. Independientemente de los delitos o crímenes que hayan cometido, no han perdido los derechos fundamentales que acuerda toda nación que se dice civilizada. Ahora, bajo detención y custodia deben otorgárseles los derechos primigenios que tiene todo ser humano: a que se les formulen los cargos de que se les acusan, a ejercer su defensa asistidos por un abogado, a enfrentar esos cargos, a no ser detenidos indefinidamente, a nos ser vejados y a un debido proceso. Recordemos que el artículo 5 de la III Convención de Ginebra nos dice que, en caso de dudas sobre la situación o calidad del capturado, ésta deberá calificarse por un tribunal competente que le acuerde el estatus que le corresponde, y que mientras ello sucede los capturados se benefician de la protección de la Convención. De la misma manera, el artículo 3 de la misma Convención estatuye que ésta se aplicará en proporciones mínimas a las personas que menciona en sus apartados, lo que establece un rango infranqueable de seguridad para ellas.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha rectificado el exceso de poder del Ejecutivo en las sentencias que hemos visto anteriormente, y al hacerlo se ha basado no solamente en normatividad positiva sino en doctrina

sustancial y en el derecho natural. Ahora se inicia otra batalla legal en las cortes federales, como veremos.

5. La batalla judicial en las cortes federales

El 8 de noviembre del 2004, el Juez Federal James Robertson había decidido, en la demanda iniciada por el detenido Salim Ahmed Hamdan, que los juicios militares, llevados a cabo por la Comisiones Militares establecidas por el régimen estadounidense a partir de las decisiones del 28 de junio del 2004 de la Suprema Corte (*Combatant Estatus Review Tribunals*) eran ilegales y no podían proseguir en la forma en que estaban siendo desarrollados. Decidía además que los prisioneros de Guantanomo Bay eran prisioneros de guerra, estaban protegidos por la Convención de Ginebra y debían ser tratados como tales, es decir, con las protecciones y beneficios que tal instrumento internacional acordaba¹¹.

En la fundamentación de su decisión, de cuarenta y cinco páginas, afirmaba que las “Comisiones Militares” no eran legales, y menos las indicadas para llevar a cabo los juicios por las condiciones de restricciones a los derechos de los procesados. Asimismo, afirmaba que deberían establecerse audiencias especiales que definieran el estatus jurídico de los detenidos para dilucidar si estaban dentro de las condiciones de protección del Convenio de Ginebra sobre los Prisioneros de Guerra. Aún más, decidía que los detenidos debían ser juzgados bajo normas militares de larga data y no de normas nuevas, como las que informaban el establecimiento de las Comisiones Militares, refiriéndose, seguramente, a las regulaciones contenidas en la DoD Military Commission Order No. 1, “Procedures for Trials by Military Commissions of Non-Certain Citizens in the War Against Terrorism” de marzo del 2002 y a la Directiva No.5105.70 del 10 de febrero del 2004.

Como era de esperar, el Departamento de Justicia emitió el mismo día un Comunicado, en el que mostraba su “vigoroso desacuerdo... y su deseo de apelar inmediatamente” la decisión de la Corte, ya que consideraba que “... el Presidente había determinado la inaplicabilidad del Convenio de Ginebra a los miembros de Al Qaeda”, y que “...el Departamento de Justicia haría todos los esfuerzos posibles para que el proceso que había sido rechazado por la Corte fuera restaurado a través de la apelación”¹².

¹¹ “Tribunal Derail as Judge Invokes Geneva Convention”; Bravin, Jess; Wall Street Journal; November 9, 2004, Page A2. (“Judge Says Detaincees’ Trials are Unlawful – Ruling Is Setback for Bush Policy”, The Washington Post; by Carol D. Leonig and John Mintz; Tuesday, November 9, Page A01; www.washingtonpost.com). (Hamdan v. Rumsfeld, 04-702).

¹² Cf. Statement of Mark Corallo, Director of Public Affairs, Monday, November 8, 2004, www.USDOJ.GOV.

Semanas después, el 19 de enero del 2005, el Juez Federal Richard Leon desechó una demanda interpuesta por siete detenidos extranjeros en la base naval de Guantánamo Bay, en la que pedían ser escuchados en juicio. El Juez Federal, en su decisión de treinta y cuatro páginas, desechó la demanda basándose en que los detenidos, sospechosos de pertenecer a la organización de Al Qaeda y al Talibán, no tenían derecho, reconocido por la Constitución, a impugnar sus detenciones indefinidas. Basó su decisión en el hecho de que el Congreso de los Estados Unidos había entregado, legal y legítimamente, poderes especiales al Ejecutivo para capturar y detener a los demandantes y no había excedido el ejercicio de esos poderes. Además, precisó que solamente correspondía al Congreso o al Presidente definir el término por el cual deberían mantenerse detenidos a los demandantes y en qué condiciones¹³.

Luego, el 31 de enero de este año, la jueza federal Joyce Hens Green decidió, en el caso *In re Guantánamo Detainee Cases (Civil Action)*, sobre una petición de once *habeas corpus* iniciados por detenidos en Guantánamo Bay. En su fallo, de setenta y cinco páginas¹⁴, la jueza afirmó que:

- A) Los procedimientos legales iniciados por el gobierno son inconstitucionales; que algunos de ellos podrían ir contra la Convención de Ginebra, y que algunas pruebas podrían haber sido obtenidas bajo tortura;
- B) Sí tienen, los detenidos, derecho a cuestionar sus encarcelamientos indefinidos, ante los tribunales de los Estados Unidos;
- C) Los Tribunales Militares de Revisión del Estatus de los Combatientes, instituidos por el gobierno, no son imparciales y niegan los derechos básicos de todo encausado, como la asistencia de un abogado y el derecho a responder las pruebas en su contra (*examination o cross examination*);
- D) La denominación de “combatiente enemigo” es ambigua y muy amplia;
- E) Los combatientes enemigos que pertenecen a las fuerzas del talibán sí tienen la protección de la Convención de Ginebra, y los que pertenecen a Al Qaeda no la tienen; y que,
- F) No puede justificarse la detención indefinida de los detenidos por parte del Gobierno.

Ese día, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos emitió un comunicado sobre este fallo, en el que *inter alia* decía: “La orden de la Corte

¹³ Cf. “US Judge Dismisses detainees lawsuits”; News Leader.com.; True Ozarks; by Tony Lacy, Usa Today; January 20, 2005.

¹⁴ Cf. Una Juez Federal de Estados Unidos declara ilegales las detenciones en Guantánamo www.jornada.unam.mx/2005/feb/05/

de Distrito entra en conflicto con lo decidido por un juez de la misma Corte dos semanas antes, en el que se rechazaban las mismas demandas formuladas por otros detenidos de Guantánamo. Estas decisiones en conflicto deberán ser resueltas en última instancia por la Corte de Apelaciones, y el Departamento explorará las opciones para que se resuelvan estos temas de la manera más expeditiva”¹⁵.

En efecto, las Cortes Federales que habían admitido sendas demandas de *habeas corpus* de los detenidos en Guantánamo, habían tenido diferentes criterios para resolver las peticiones de los demandantes. Esa es la posición en la que se encuentran los órganos jurisdiccionales federales actualmente: divididos en cuanto a considerar fundados o no los casos que se les presentan a conocimiento por las diferentes razones legales que cada uno esgrime, unos a favor de la posición gubernamental como es el caso del fallo del Juez Leon, otros en contra como lo afirma la posición del Juez Robertson y otros que amparan en parte y rechazan en parte las posiciones de los litigantes, como en el fallo de la Jueza Hens Green. Como vemos, las Cortes de Apelaciones tendrán que tomar las decisiones que estimen ajustadas a la legalidad en los casos en los que el Departamento de Justicia haya elevado apelación, esto es, en los casos que resolvieron los Jueces Robertson y Hens Green..

El conflicto entre las posiciones del gobierno de los Estados Unidos y las de los detenidos en Guantánamo por tanto son, al parecer, irreconciliables. El primero defiende la legitimidad y la legalidad de las potestades presidenciales ejecutivas entregadas al primer mandatario por el Congreso, y defiende también el uso que éste hace de ellas. Los segundos defienden la sobrevivencia de sus derechos fundamentales y no se niegan a ser juzgados, y condenados si fueran culpables, sino que pretenden ser, básicamente, escuchados por un tribunal imparcial y tener acceso a un juicio justo con las prerrogativas mínimas que aseguren esta circunstancia dentro del fuero competente.

El fondo del asunto es simple, pero sus consecuencias respecto de las decisiones judiciales que vendrán es de una importancia sustancial. En efecto, se trata de resolver de acuerdo con la legalidad y la justicia. Esto implica resolver los casos no solamente ceñidos a lo que dice la ley sino también a lo que dicen las doctrinas que informan al derecho humanitario, al sano y libre criterio judicial y a los valores éticos que deben formar parte conjunta y armónica de la decisión.

¹⁵ Cf. Statement of the Justice Department regarding today's ruling in the Guantánamo Datanine Cases; Department of Justice; For immediate release; Monday, January 31, 2005; disponible en: <http://www.usdoj.gov/opa>

El derecho humanitario está en auge en estos momentos y debe ese auge, precisamente, al incremento de las violaciones institucionalizadas de los derechos humanos fundamentales. Creemos firmemente que los delincuentes terroristas deben ser debida y duramente castigados por sus actos criminales, pero también que dichos castigos deben ser aplicados con arreglo a las normas de una sociedad civilizada. Sabemos que los atentados del 11 de setiembre del 2001, que originaron toda la ramificación normativa que ahora se aplica, fueron de una crueldad brutal e inesperada y que sumieron a una nación en el desconcierto y la desesperación, pero sabemos también que los actos de desmesurada violencia no deben ser respondidos con actos de igual naturaleza, salvo que deseemos que esa escalada de violencia se incremente sin término por ambos lados.

Naturalmente, como consecuencia de los ataques, la adopción de medidas severas contra el terrorismo se intensificó en muchos países. Ya antes de los atentados del 11 de setiembre, y al igual que lo hizo Estados Unidos después con la *Patriot Act*, el Reino Unido, su principal aliado, había expedido la *Terrorism Act 2000*. Fueron posteriores la *Antiterrorism, Crime and Security Act 2001*, la *Crime (International Cooperation) Act 2002* y la *Criminal Justice Act 2003*, en las que se fijaban medidas severas para detener la amenaza que podía cernirse sobre el Reino. Francia, Alemania, España e Italia siguieron su ejemplo al emitir normas similares. Y éstas comenzaron a aplicarse.

Como ellos, y a consecuencia del fenómeno terrorista internacional, muchos países del mundo restringieron derechos ciudadanos situándose en zonas fronterizas con la violación de derechos fundamentales, como la detención indefinida, la negativa de acceso a consejo legal, la discriminación de las minorías étnicas, la invasión de la privacidad, etc.

Lentamente, al parecer, y luego de la normal reacción inicial de endurecimiento inmediato de las políticas de estado y de las legislaciones frente a los golpes del terrorismo internacional, el equilibrio vuelve a restablecerse, también en el Reino Unido de la Gran Bretaña, según veremos.

En noviembre del 2002, en este país, la Corte de Apelaciones decidió rechazar la demanda de su nacional Feroz Abbasi, detenido en Guantánamo Bay, bajo el criterio de que no se podía obligar al Secretario de Exteriores del Reino a poner en peligro la política antiterrorista exterior británica en tiempos de tan delicada factura, con acciones que le llevaran a defender la posición de Abbasi frente al gobierno norteamericano, aunque fuera un nacional suyo. Pero, a despecho de rehusar la demanda, expresó su profunda preocupación sobre el trato que a los detenidos les daba la política antiterrorista norteamericana. Los jueces manifestaron que veían “legalmente cuestionable que el demandante estuviera sujeto a detención indefinida en territorio bajo exclusi-

va jurisdicción y control norteamericano, sin la oportunidad de objetar la legitimidad de su detención ante una corte o tribunal”¹⁶.

También en el Reino Unido, tiempo después, a raíz de la detención de Nueve Acusados por sospecha de terrorismo, se inició un proceso legal que cuestionaba su confinamiento por tiempo indefinido sin imputaciones ni juicio, esta vez en suelo propio. Esta cuestión fue zanjada el 16 de diciembre del 2004, en un dictamen de la Cámara de los Lores, en el que se afirmaba que los extranjeros no pueden ser detenidos por tiempo indefinido sin cargos y sin un juicio, pues esto viola los acuerdos de la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁷.

Los indicios, según se ve, siguen surgiendo. Como sus colegas norteamericanos en las decisiones del 28 de junio del 2004 en Rasul, Hamdi y Padilla, los jueces británicos cuestionan la legalidad de las detenciones indefinidas y deciden por la protección de los derechos fundamentales (casos Abbasi y Nueve Acusados), objetando severamente la legislación antiterrorista de su país.

Finalmente, con respecto del tratamiento de los detenidos de Guantánamo, por parte de los Estados Unidos, este país ha decidido repatriar a muchos de ellos en un proceso que busca suavizar el tono internacional de este tema, según lo informara el diario “The New York Times” en marzo de este año. Por otro lado, Gran Bretaña ha aprobado este 12 de marzo la nueva ley antiterrorista que ha sufrido profundas variaciones respecto de la anterior, y que fue debatida duramente en ambas Cámaras, aprobándose la “sunset clause” o fijación del período de revisión de la ley después de un plazo determinado.

Como colofón, no dejamos de pensar que las guerras contra Afganistán e Irak fueron la consecuencia del intervencionismo, de esa búsqueda de terroristas y enemigos del régimen norteamericano, y también del afán de cambiar el derecho soberano de las naciones a gobernarse como lo estimaren conveniente, imponer el régimen democrático occidental en ellas e instaurarlo definitivamente como forma de vida, irrespetando, en esas naciones, por la fuerza de las armas, ese derecho natural a la libre determinación que poseían. Esta imposición, derivada de la fuerza, hizo que estos países defendieran su natural idiosincrasia y sus vías de gobierno a ultranza, hasta que fueron de-

¹⁶ The Queen on the Application of Abbasi and Anor – and – Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department; Case No: C/ 2002/0617A; 0617B, Royal Courts of Justice; 6, november, 2002; British Courts Attacks US Policy on Detainees; Dworkin, Anthony, november 7, 2002, Crimes of War Project; www.crimesofwarproject.org.

¹⁷ Judgements – A (FC) and others (FC) (Apellants) vs. Secretary of State for the Home Department (Respondent), Session 2004-05, 2004 (UKHL) 56, on appeal from: (2002) EWCA Civ. 1502. www.parliament.the-stationery-office.co.uk

rrotados en los campos de batalla pero no en la guerra urbana que, hasta ahora, continúan librando.

6. Conclusiones

- A) Los atentados del 11 de setiembre del 2001, fueron de una violencia inusitada. Causaron un irreparable daño en la vida de las personas (cerca de tres mil murieron esa mañana), y en la de sus familias; el patrimonio de miles de personas y de muchas organizaciones fue destruido y el impacto social que generó en los Estados Unidos y en el resto del mundo fue sobrecogedor.
- B) Estas acciones terroristas premeditadas y crueles, destinadas a crear dolor, angustia, desconcierto, miedo, inseguridad y un sentimiento de permanente amenaza, en los ciudadanos de los Estados Unidos y de los países atacados, son de exclusiva responsabilidad de sus perpetradores.
- C) El castigo que les corresponde, probada su culpabilidad, les debe ser aplicado con todo rigor, estando previamente estatuido en las legislaciones nacionales. Esta aplicación debe ser objetiva y drástica y su propósito debe ser el que se les impida volver a cometer delitos de esa naturaleza en agravio de la humanidad.
- D) Debe reconocerse el derecho a la legítima defensa que tienen los Estados para defender a sus nacionales, sus propiedades y sus intereses, de estos atacantes. Tal derecho debe ser ejercido con firmeza, pero también respetando los derechos fundamentales mínimos de los agresores terroristas.
- E) Los Estados tienen derecho a emitir legislación de emergencia que pueda coadyuvar a la protección integral de sus nacionales, de su patrimonio y de sus intereses y la que pueda prever las consecuencias de los ataques. Pero tal legislación no puede subvertir ni opacar los derechos fundamentales, excederse en su aplicación o desviarse del objetivo principal que debe ser el de prevenir o castigar justamente.
- F) Los Tribunales de Justicia deben guiarse por el derecho nacional, el derecho internacional, el derecho internacional humanitario y efectuar su tarea de impartir justicia mediante procesos oportunos, justos e imparciales, encontrando la justa medida entre la protección de los intereses colectivos y la continuación de la vigencia de los derechos fundamentales.
- G) Los Estados deben respetar la legislación internacional de la que son parte. Ninguno de ellos debe erigirse sobre esa normatividad para desconocerla o abrogarla con los hechos, menos con la fuerza de las armas