

GUANTÁNAMO Y LOS TRIBUNALES MILITARES DE EXCEPCIÓN DIEZ AÑOS DESPUÉS DE LOS ATENTADOS DEL 11-S (*)

ESPERANZA GÓMEZ CORONA

I. INTRODUCCIÓN.—II. TRIBUNALES MILITARES DE EXCEPCIÓN PARA LOS COMBATIENTES ENEMIGOS.—III. GUANTÁNAMO.—IV. EL TRIBUNAL SUPREMO ANTE GUANTÁNAMO: 1. *Hamdi v. Rumsfeld*. 2. *Rumsfeld v. Padilla*. 3. *Rasul v. Bush*.—V. LA REVISIÓN DEL *STATUS* DE COMBATIENTE ENEMIGO: 1. *El Memorandum Wolfowitz*. 2. *La Detainee Treatment Act de 2005*.—VI. EL CASO *HAMDAM V. RUMSFELD*, DE 29 DE JUNIO DE 2006.—VII. LA CONVALIDACIÓN PARLAMENTARIA: LA *MILITARY COMMISSIONS ACT* DE 2006.—VIII. EL CASO *BOUMEDIENE V. BUSH*.—IX. EL RELEVO AL FRENTE DE LA CASA BLANCA: ¿EL PRINCIPIO DEL FIN?—X. CONCLUSIONES.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de septiembre de 2001, más de 2.700 personas murieron en el World Trade Center de Nueva York, otras 189 en el ataque al Pentágono y 45 más en Pensilvania.

La reacción a los atentados terroristas no se hizo esperar y el 14 de septiembre se declaraba, con efecto retroactivo, el estado de emergencia (1). El 18 del

(*) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto sobre «Terrorismo, Democracia y Seguridad» (SEJ-2006-04628/JUR), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y cofinanciado con fondos FEDER.

(1) *Proclamation 7643. Declaration of National Emergency by reason of certain terrorist attacks*. Esta declaración, cuya duración máxima es de un año, sería luego prorrogada el 12 de septiembre de 2002, el 10 de septiembre de 2003, el 10 de septiembre de 2004 y el 8 de septiembre de 2005.

mismo mes, se aprobaba la Autorización para el uso de la fuerza militar (2), que confería poderes extraordinarios al Presidente en tanto que comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (3).

Se iniciaba así un camino que el tiempo ha demostrado de muy difícil retorno. Por un lado, se actuaba en dos frentes: el de las garantías procesales que asisten a los sospechosos de terrorismo y el de la actividad preventiva desplegada por la Administración estadounidense en materia de intervención de las comunicaciones y acceso a información de los ciudadanos.

Por otro, en el plano internacional, Estados Unidos iniciaría dos guerras: con Afganistán y con Irak. Sólo la primera contaría con el respaldo de Naciones Unidas.

Con la llegada de Obama a la Casa Blanca en enero de 2009 se producía un cambio de rumbo en la política antiterrorista estadounidense. En particular, el Presidente anunció en los primeros días de su mandato que en el plazo de un año cerraría la prisión de Guantánamo.

Han pasado ya tres años y en el horizonte no se vislumbra la clausura del centro de detención. Es un buen momento, por tanto, para analizar el marco jurídico que permitió a la Administración Bush la existencia de Guantánamo y el estado de la cuestión a día de hoy.

II. TRIBUNALES MILITARES DE EXCEPCIÓN PARA LOS COMBATIENTES ENEMIGOS

Una de las primeras decisiones adoptadas tras los ataques del 11-S consistió en la previsión de tribunales militares de excepción para juzgar a los *combatientes enemigos* capturados en el marco de la guerra contra el terrorismo.

La adopción de una decisión de este calibre por una Orden Militar del Presidente (*Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*), sin intervención del Congreso, se adopta en el marco de los poderes excepcionales que la Autorización para el Uso de la Fuerza Armada, de 18 de septiembre, había conferido al Presidente de los Estados Unidos.

(2) *S.J. Resolution 23 (Authorization for Use of Military Force)*.

(3) En concreto, se autorizaba el uso de toda la fuerza necesaria y apropiada contra aquellas naciones, organizaciones o personas que hubieran planificado, organizado, cometido o favorecido los atentados terroristas del 11-S, o hubieran dado refugio a tales organizaciones o personas, con el propósito de prevenir futuros actos de terrorismo internacional contra los Estados Unidos.

La Orden Militar de 13 de noviembre de 2001 define su ámbito de aplicación personal de una manera muy vaga, atendiendo a determinados elementos: que existan razones para creer que la persona a la que se va a aplicar la Orden es o ha sido miembro de Al Qaeda, ha participado, ayudado o inducido o conspirado para cometer actos de terrorismo internacional o actos de preparación que han causado, que han amenazado con causar o tienen el objetivo de causar, herir o provocar efectos perversos en los Estados Unidos, sus ciudadanos, la seguridad nacional, la política exterior o económica; o han dado cobijo a sabiendas a una o más personas de las descritas hasta ahora. La norma limita su ámbito de aplicación a los ciudadanos no estadounidenses.

Comienza así a configurarse una categoría, la de «combatiente enemigo», que aunque no aparece expresamente en la norma, irá ganando fuerza hasta aparecer consagrada en un texto legal en 2005 (4). Se recurre a esta figura, que no es nueva en el ordenamiento estadounidense (5), con la finalidad clara de evitar las garantías que el Derecho Internacional Humanitario atribuye a los prisioneros de guerra (6).

La decisión sobre la aplicación de la norma se atribuye al mismo Presidente de los Estados Unidos, sin procedimiento alguno. De esta manera, si la mera creación de una tercera categoría, pensada para evitar el *status* de prisionero de guerra o recluso civil previstos en el Derecho Internacional Humanitario, plantea muchos problemas, la cuestión se agrava cuando ese *status* se hace depender del Poder Ejecutivo, en función de unos hechos (haber participado o ayudado a cometer actos de terrorismo, por ejemplo) que deberían ser el resultado de un proceso judicial y, en ningún caso, el presupuesto para sustraer al detenido al mismo y someterlo a la autoridad de unos más que dudosos

(4) En la *Detainee Treatment Act* de 2005. Antes, en el Memorandum Wolfowitz, en julio de 2004, como se verá más adelante.

(5) En 1942, el Tribunal Supremo se declaró incompetente para supervisar la legitimidad de un proceso especial frente a Comisiones militares seguido contra algunos saboteadores alemanes. Ante la imposibilidad de ser considerados prisioneros de guerra, se acuñó la expresión «enemy combatants». Al respecto, puede consultarse FROSINI, T. E. (2006), pág. 39.

(6) Los Convenios de Ginebra distinguen entre dos categorías de personas capturadas en una guerra o acción militar: los prisioneros de guerra, que no pueden ser castigados por el mero hecho de luchar contra el Estado que los captura, que han de ser retenidos en condiciones equiparables a las de los soldados que los custodian y que no deben verse expuestos a interrogatorios coercitivos. La segunda categoría incluye no sólo a los civiles que combatan con independencia de cualquier gobierno, sino a los soldados que participen en una acción más organizada, que no lleven uniformes u otros signos de identificación o luchen con una fuerza que no respete el derecho de guerra. Estos últimos no tienen derecho a ser castigados como prisioneros de guerra. Luego, pueden ser procesados y castigados por actos de guerra, aunque los Convenios de Ginebra exigen que se les trate de forma humanitaria.

tribunales militares de excepción, al margen de los tribunales civiles y de los militares previstos en la legislación al momento de la comisión de los atentados terroristas.

La calificación como individuo sujeto a la Orden Militar permite la detención, procesamiento y eventual condena por las Comisiones militares creadas *ad hoc* por la norma. Teniendo en cuenta la magnitud de los efectos, los problemas constitucionales que derivan de esta decisión no orbitan únicamente en la esfera de los derechos fundamentales. También desde la perspectiva de la separación de poderes pueden oponerse importantes objeciones (7).

El motivo de la detención y procesamiento, según la Sección 1-e, es la violación de las leyes de la guerra y otra normativa aplicable por tribunales militares, sin precisar más. Los detenidos están bajo la autoridad del Secretario de Defensa y el Presidente tiene la competencia de transferir el control de cualquier persona sujeta a esta Orden a otra autoridad gubernamental. En ningún caso se prevé la puesta a disposición judicial de los detenidos.

La detención puede tener lugar tanto en el territorio de los Estados Unidos como fuera aunque es evidente que la conversión de la base naval de Guantánamo en una prisión se hace con la intención evidente de sustraer a las personas acusadas de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses.

La Orden militar delega en el Secretario de Defensa la competencia para la elaboración de las normas que regularán el procedimiento ante las Comisiones militares. En aplicación de esta Orden, se dictan una serie de medidas (8), que detallan todo el proceso a seguir ante las Comisiones Militares, compuestas por entre tres y siete oficiales designados por el Departamento de Defensa.

En el proceso, se rebaja notablemente el nivel probatorio, siendo suficiente para la admisión de pruebas, que «tengan valor probatorio para una persona razonable», que es un estándar más bajo que el exigido por el *due process* de los tribunales de justicia. De hecho, en la misma Orden se destaca que no resultan de aplicación los principios y normas de prueba vigentes en los procesos penales ante los tribunales estadounidenses (9).

A los procesados se les asigna un abogado militar. Pueden recurrir a un abogado civil, pero éstos se encuentran sometidos a importantes limitaciones,

(7) En este sentido, FRANKLIN, D. L. (2008). Un análisis muy interesante de los cambios operados en este sentido por la política antiterrorista de Bush es el que realiza MENÉNDEZ, A. J. (2008).

(8) En concreto, la Ordenanza n.1 para las Comisiones Militares de 21 de marzo de 2003, del Secretario de Defensa y las ocho Instrucciones siguientes.

(9) Sección 1-f.

como la obligación de abandonar el tribunal cada vez que se aporte información clasificada como secreta.

Para la imposición de penas también se modifican las normas que rigen los procesos penales, bastando con el voto a favor de dos tercios de los miembros de la Comisión presentes en el momento de la votación, siendo necesario que esté presente una mayoría de sus miembros.

Estas Comisiones pueden imponer cualquier pena de acuerdo con el Derecho aplicable, incluyendo la cadena perpetua y la pena de muerte (10). La decisión final formalmente se atribuye al Presidente o al Secretario de Defensa, si el primero ha delegado en él.

La Orden destaca expresamente que las personas sujetas a la misma no pueden recurrir ante ningún tribunal de los Estados Unidos ni de ningún otro Estado de la Federación, ni de un Estado extranjero ni un tribunal internacional.

En consecuencia, la Orden Militar ofrece cobertura a la detención y procesamiento de extranjeros, en un proceso que de principio a fin corre a cargo del Poder Ejecutivo, sin intervención alguna del Poder Judicial, sin posibilidad de revisión por los tribunales y en el que las normas que rigen el *due process of law* no resultan de aplicación.

A pesar de los intentos de la Administración Bush de sustraer a los detenidos de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses, la aplicación de esta Orden ha provocado la intervención del poder judicial, incluida la Corte Suprema. Los primeros pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo enjuicia la normativa antiterrorista que ofrece cobertura para la detención indefinida de combatientes enemigos ilegales en Guantánamo, son tres sentencias dictadas el 28 de junio de 2004, los casos *Rasul v. Bush*, *Hamdi v. Rumsfeld* y *Rumsfeld v. Padilla*. Conviene detenerse brevemente en ellas porque, además de servirnos para conocer la gravedad de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración estadounidense, muestran hasta qué punto el Tribunal Supremo ha consentido con sus pronunciamientos estas prácticas (11).

Pero antes, conviene hacer una breve referencia a la decisión de establecer una prisión en la Bahía de Guantánamo, que se ha convertido en el símbolo de la deriva seguida en los Estados Unidos bajo la bandera de la lucha antiterro-

(10) Sección 4-a.

(11) Mucho se ha debatido sobre el papel del poder judicial en la lucha contra el terrorismo. Entre nosotros, un interesante análisis de esta cuestión, centrado en el caso estadounidense puede encontrarse en REVENGA SÁNCHEZ, M. (2008). En la doctrina estadounidense, DWORKIN, R. (2004), y FALLON, R. H., y MELTZER, D. (2007).

rista (12), a pesar de que no es la única prisión que ha servido para retener a combatientes enemigos (13).

III. GUANTÁNAMO

La Orden de 13 de noviembre ofreció a la Administración Bush la cobertura necesaria para retener de manera indefinida a cientos de personas en la base naval de la Bahía de Guantánamo, en Cuba, que en algunos momentos llegó a contar con 700 detenidos, procedentes de 44 países diferentes (14).

La elección de Guantánamo es posible gracias a un Acuerdo que data de 1903 entre Estados Unidos y Cuba y que confiere al primero la plena jurisdicción y control sobre la Bahía de Guantánamo (15). Este hecho, unido a algún precedente judicial en el que el Tribunal Supremo había declarado la incompetencia de los tribunales estadounidenses para conocer de peticiones de hábeas corpus planteadas por extranjeros, retenidos fuera de Estados Unidos, pudieron llevar a pensar al gobierno estadounidense que el Tribunal Supremo ampararía la decisión de situar el campamento de detenidos fuera

(12) Existe un abundantísimo material bibliográfico acerca de este lamentable episodio. Muy ilustrativos resultan los informes de Amnistía Internacional, disponibles en www.internationalamnesty.org y del Comité Internacional de la Cruz Roja (www.icrc.org).

(13) Con el tiempo, se ha sabido de la existencia de otras prisiones en lugares como Irak e incluso, en barcos. Bush admitió expresamente la existencia de estas prisiones secretas el 6 de septiembre de 2006 (www.whitehouse.gov/news/releases/2006/09/20060906-3.html). Un informe de Amnistía Internacional, fechado el 16 de septiembre de 2009, revela la existencia de más de 600 detenidos, en su mayoría de nacionalidad afgana, en la base aérea de Bagram, en Afganistán, a los que se les niega el acceso a los tribunales estadounidenses y la asistencia letrada (www.internationalamnesty.org).

(14) La mayoría de ellos fueron capturados en Pakistán y Afganistán, pero también en Gambia, Zambia, Bosnia y Tailandia. Con el tiempo, muchos fueron llevados a sus países de origen y en abril de 2009 quedaban 240 detenidos, según Amnistía Internacional, y a día de hoy no llegan a 200. Aunque desfasado, resulta muy ilustrativo el Informe del Director de la Oficina de Revisión Administrativa de la detención de los enemigos combatientes, James McGarrah, de 8 de julio de 2005 (<http://www.defenselink.mil/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=3171>).

(15) En realidad, se trata de un doble «Acuerdo entre los Estados Unidos y Cuba para el arrendamiento de bases navales o para el abastecimiento de carbón», de 1903, que prevé que «los Estados Unidos reconocen la continuidad de la soberanía de Cuba sobre las zonas terrestres y marítimas precedentemente descritas, pero la República de Cuba permite a los Estados Unidos, durante todo el período en que ocuparán las mencionadas áreas en el sentido de este acuerdo, ejercitar la jurisdicción completa y el control sobre éstas».

del territorio de ese país, buscando así sustraerse a la jurisdicción de sus tribunales (16).

El primer vuelo llega a Guantánamo el 11 de enero de 2002, con cientos de prisioneros capturados en el conflicto militar de Afganistán, iniciado por Estados Unidos después de los atentados del 11-S con la intención de derrotar al régimen talibán al que se acusaba de ofrecer apoyo al líder de Al Qaeda.

En cuanto al régimen de internamiento, presidido en un primer momento por un gran secretismo, se produce incumpliendo las normas de Derecho Internacional Humanitario más elementales, como la prohibición de tortura. Muchas de las prácticas seguidas por las autoridades norteamericanas difícilmente escapan a esa definición, a pesar de la prohibición establecida en el *Anti-Torture Statute* de 1994 y la *War Crimes Act* de 1996 (17).

En este sentido, cabe destacar los esfuerzos de la Administración Bush para redefinir el alcance de la prohibición de tortura, vigente tanto en el Derecho internacional como en el interno, a través de la Oficina de Asesoramiento Legal, que emitió una serie de informes con ese cometido (18).

(16) En concreto, el caso *Johnson v. Eisentrager*, de 1950, en el que el Tribunal Supremo afirma que ciudadanos alemanes capturados en China durante la Segunda Guerra Mundial, considerados culpables de crímenes de guerra por una Comisión militar estadounidense en Nanking y luego hechos prisioneros en la cárcel de Landsberg, en la Alemania ocupada, no gozaban del derecho constitucional a presentar peticiones de hábeas corpus ante los tribunales norteamericanos, *Johnson v. Eisentrager*, 399 US, 793 (1950).

(17) El recurso a la tortura por parte de las autoridades estadounidenses está ampliamente documentado. Tanto el Comité Internacional de la Cruz Roja como numerosos informes de Amnistía Internacional así lo atestiguan. Los de esta última están disponibles en su página web (www.internationalamnesty.org). También el Consejo de Europa se ha pronunciado en este sentido (Resolution 1433 de 26 de abril de 2005, parágrafo 7 ii). Sobre este particular, puede visitarse el sitio web www.physiciansforhumanrights.org/library/documents/reports/break-them-down-the.pdf).

(18) El alcance de la prohibición de tortura y trato cruel inhumano o degradante fue reconsiderado en una serie de opiniones legales sobre la aplicación de técnicas de interrogatorio llevadas a cabo por miembros del ejército de los Estados Unidos y de la CIA. Los documentos claves que se han hecho públicos hasta ahora son, sin duda, los tres memoranda del *Office of Legal Counsel*: Jay S. Bybee to Alberto Gonzales, *Standards of Conduct for Interrogation under 18 US Code §2340, 2340A* (www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB127/02.08.01.pdf); Letter of Yoo to Gonzales, *The views of our Office concerning the legality, under international law, of interrogation methods to be used on captured al-Qaeda operatives*, de 1 de agosto de 2002 (www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB127/020801.pdf) y Yoo to Haynes II, *Memo regarding the Torture and Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants held outside the United States*, de 14 de marzo de 2003 (www.aclu.org/pdfs/safefree/yoo_army_torture_memo.pdf). Los consejeros de Bush interpretaron de manera muy peculiar cuándo un acto podía ser calificado como tortura según el Estatuto de 1994. En este sentido, establecieron que se requerían dos condiciones: una objetiva y una subjetiva. La primera consistía en la producción de un daño severo, físico o mental. La segunda, que el interrogador hubiera actuado con la intención específica de causar el acto prohibido, es decir,

Además del trato dispensado a los detenidos, las privaciones de libertad se mantienen indefinidamente y sin que en la gran mayoría de los casos ni siquiera lleguen a presentarse formalmente cargos (19). Esta anómala situación fue justificada por el Gobierno Bush argumentando que las normas que rigen en situaciones de conflicto permiten la detención de combatientes hasta el fin de las hostilidades.

Sin embargo, las reglas de Derecho Internacional Humanitario se utilizan de modo interesado, acudiendo a ellas cuando conviene pero sin aplicar ni siquiera los estándares mínimos que las Convenciones de Ginebra reconocen a todas las partes en cualquier conflicto armado, interno o internacional (20). De hecho, la misma aplicación de la Convención fue objeto de estudio por la Oficina de Asesoramiento Legal de Bush (21).

Recordemos cómo muchas de las detenciones se llevan a cabo en Afganistán y en Irak, donde parece claro que existe un proceso armado. Otras, sin embargo, se producen en países como Pakistán, Yemen e incluso en Estados Unidos, por lo que la calificación de combatiente, enemigo o no, resulta más difícil de aceptar. El mismo punto de partida de las autoridades estadounidenses, la existencia de una guerra global contra el terrorismo (22), difícilmente puede ofrecer cobertura para las decisiones que se tomaron.

que la intención de dañar debía ser el objetivo. La legalidad de las técnicas de interrogatorio empleadas por personal militar fueron fijadas en un grupo de documentos, disponibles en www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.12.02.pdf.

(19) De hecho, hasta la fecha, sólo algunos detenidos han sido condenados por una Comisión Militar prevista al amparo de esta norma.

(20) Para un estudio detallado del estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo desde la perspectiva del Derecho Internacional resulta muy útil el trabajo de ABRIL, R. (2005).

(21) En el memorando de 25 de enero de 2002, redactado por el Consejero legal de la Casablanca Alberto R. Gonzales (disponible en www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf) se recomienda expresamente la no aplicación de los Convenios de Ginebra, destacando cómo esta decisión, además, compete en exclusiva al Presidente. Se ofrecen tres órdenes de motivos para justificar la inaplicación de los Convenios:

a) se elimina el problema de tener que verificar, caso por caso, el *status* de prisionero de guerra;

b) las limitaciones de Ginebra sobre los interrogatorios a los enemigos combatientes han quedado obsoletas tras los atentados del 11-S;

c) reduce la amenaza de aplicación de medidas penales contra el personal al servicio de los Estados Unidos.

(22) La misma Orden Militar, en su sección 2-1, destaca que los ataques sufridos el 11-S han tenido «a scale that has created a state of war».

IV. EL TRIBUNAL SUPREMO ANTE GUANTÁNAMO

A pesar de la intención de sustraer a los retenidos en Guantánamo de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses, el Tribunal Supremo terminará conociendo de causas iniciadas por combatientes enemigos retenidos en la Base naval, obligando al Gobierno a introducir algunas modificaciones en el sistema inicialmente previsto. Esta irrupción del Supremo se inaugura con un grupo de sentencias, conformado por tres resoluciones de 28 de junio de 2004: el caso *Hamdi v. Rumsfeld*, el caso *Rumsfeld v. Padilla* y *Rasul v. Bush* (23).

1. *Hamdi v. Rumsfeld*

Hamdi es un ciudadano norteamericano capturado en Afganistán en 2001 y trasladado a Guantánamo en 2002. Cuando las autoridades descubren su nacionalidad, lo trasladan primero a una prisión militar de Virginia y luego a un calabozo de la Armada en Carolina del Sur, sosteniendo que es un enemigo combatiente y que como tal puede ser detenido indefinidamente, sin asesoramiento legal y sin que medie acusación por parte del Gobierno.

En junio de 2002, su padre presenta una petición de hábeas corpus en su nombre, a la que el Ejército responde con un informe en el que, en nueve párrafos, explica que Hamdi pertenecía a una unidad militar que fue capturada en el marco del conflicto con Afganistán y que se le halló en posesión de un fusil Kaláshnikov.

Ante estas explicaciones, su padre cursa una nueva petición en la que solicita al Gobierno que presente las pruebas que respalden lo alegado en el informe o, de lo contrario, liberen a su hijo. Un tribunal federal de distrito de Virginia considera insuficiente el informe militar para justificar la detención y ordena al Ejército que presente pruebas similares a las requeridas en un proceso penal ordinario.

El Gobierno recurre esta decisión y la Corte de Apelación del cuarto circuito revoca el fallo del tribunal de distrito de Virginia. A su vez, este fallo es recurrido ante el Tribunal Supremo.

Con estos antecedentes, el Tribunal Supremo tiene que pronunciarse sobre dos cuestiones: si se puede detener de manera indefinida a un combatiente

(23) Sobre el papel desempeñado por el Tribunal Supremo en estas sentencias, puede consultarse DWORKIN, R. (2004).

enemigo sin que haya mediado ni siquiera acusación y, si un retenido que niega su carácter de combatiente enemigo puede instar un proceso de hábeas corpus. Conviene precisar que en este caso estamos en presencia de un ciudadano norteamericano, que en principio no estaría sujeto a la Orden Presidencial de 13 de noviembre.

El Tribunal Supremo considera ilegal la detención de Hamdi durante casi dos años, argumentando que la calificación de combatiente enemigo sólo habría sido legítima si hubiera sido adoptada por un tribunal (24). El proceso de designación sin posibilidad de defensa entraña, a juicio del Supremo, una violación del *due process of law*.

Para el Tribunal, la cuestión se centra en resolver si la posibilidad atribuida al Ejecutivo de detener de manera indefinida a combatientes enemigos es contraria a la V Enmienda, que prevé que «no persons may be deprived of liberty without due process of law». Para ello, la jueza O'Connor, que emite un voto particular preferente y, por tanto, mayoritario (25), sostiene que hay que buscar el adecuado equilibrio entre el daño que se inflige al ciudadano que pretende cuestionar su calificación como combatiente enemigo y el peligro que entraña dejar libre a un enemigo combatiente que puede volver a levantarse en armas contra los Estados Unidos. Se destaca así que el único propósito de una detención sin juicio es evitar, precisamente, que ese enemigo vuelva a combatir, por lo que no puede continuar retenido una vez que cesen las hostilidades (26).

El fallo del Tribunal tiene unos efectos más modestos de lo que en un principio cabría esperar de unas afirmaciones de este calibre, debido a ciertas matizaciones que se introducen en el razonamiento. Para empezar, el Tribunal Supremo destaca que los tribunales neutrales que deben enjuiciar la calificación de enemigo combatiente no tienen por qué ser tribunales ordinarios, sino que puede tratarse de tribunales militares, debidamente autorizados, que respeten las reglas de un proceso justo. En ausencia de ese proceso, los tribunales ordinarios tendrán jurisdicción para analizar las peticiones de hábeas corpus.

Además, la jueza O'Connor sugiere que debe invertirse el criterio ordinario de la prueba, de modo que no sea el Gobierno el que tenga que demostrar que un detenido es un *enemy combatant*, sino el prisionero el que deba justificar que no

(24) Ya vimos cómo la potestad de calificar como combatiente enemigo se atribuye al propio Presidente, sin que medie ningún tipo de proceso.

(25) Al voto particular de O'Connor se adhieren tres jueces: el presidente William Rehnquist y los jueces Anthony Kennedy y Stephen Breyer. Los demás jueces se mostraron divididos en sus respuestas a la opinión preferente.

(26) Para O'Connor, las leyes de guerra permiten detener a las fuerzas enemigas capturadas en combate, y además mantenerlas detenidas hasta el fin de las hostilidades.

pertenece a esa categoría (27). El motivo de esta inversión radica, en opinión del Tribunal Supremo, en que resultaría excesivamente gravoso exigir al gobierno la preparación de informes detallados con las circunstancias de la detención y las razones que han motivado su calificación como *enemy combatant*. La Corte Suprema llega a admitir que pueden adaptarse las normas que rigen la práctica de la prueba para hacer frente a la situación del momento, llegando incluso a aceptar que meros rumores puedan constituir la prueba más fiable del Gobierno en algunos casos.

De esta manera, el Tribunal Supremo acaba consagrando la inversión de la carga de la prueba, contraviniendo una de las garantías consustanciales a todo Estado de Derecho: la presunción de inocencia, yendo incluso más lejos que la propia Administración Bush. Como ha destacado Dworkin, «ni siquiera los reglamentos que el Departamento de Defensa ha propuesto para la constitución de los tribunales militares que están a punto de juzgar a algunos de los detenidos por crímenes de guerra en Guantánamo (tribunales cuya falta de equidad han denunciado los abogados defensores y otros grupos) imponen al acusado la carga de probar su inocencia» (28).

Teniendo todo ello en cuenta, el Tribunal Supremo considera que Hamdi no ha sido tratado de acuerdo con los niveles mínimos exigidos por la cláusula del *due process of law*. Hamdi no es un prisionero de guerra, por lo que es un civil, y, como tal, sólo puede ser retenido si ello es necesario para salvaguardar la seguridad nacional. La detención indefinida, con el único propósito de continuar investigando, es contraria a la Constitución. Se confirma así la vulneración de las garantías exigidas por la tutela judicial efectiva y se insiste en la necesidad de una fase procesal en la que se determine el *status* de los prisioneros, de la que dependen los plazos de la detención.

A pesar del valor de estas afirmaciones, conviene recordar que Hamdi es un ciudadano estadounidense y, como tal, no entra en el ámbito de aplicación de la Orden Militar de 13 de noviembre de 2001, por lo que este pronunciamiento no cuestiona ningún extremo de la misma.

(27) Amparado por este pronunciamiento, la Administración Bush llegará a consagrar expresamente la presunción a favor del Gobierno, incluyendo las pruebas que no se dan a conocer al detenido, en el Memorándum Wolfowitz, como más adelante podremos comprobar.

(28) DWORKIN, R. (2004), pág. 6.

2. *Rumsfeld v. Padilla*

Padilla es un ciudadano estadounidense que tras vivir unos años fuera es detenido en el aeropuerto de Chicago, en aplicación de una orden federal que le declaraba testigo material en la investigación del 11-S. Padilla es encarcelado en Nueva York y se le asigna un abogado de oficio que niega la acusación ante un tribunal del distrito federal de Nueva York. En ese momento, el Gobierno lo declara *enemy combatant* y lo traslada a una cárcel militar en Carolina del Sur, donde permanece incomunicado durante más de dos años. Hasta finales de 2003 no dispone de asistencia jurídica.

Su abogado presenta una petición de *habeas corpus* ante el Tribunal Federal de Nueva York, señalando como demandado al Secretario de Estado Donald Rumsfeld. El tribunal rechaza la demanda sosteniendo que el Presidente y sus altos cargos no pueden ser llevados ante un tribunal para justificar la calificación de un detenido como *enemy combatant*. Sin embargo, el Tribunal del Segundo Circuito de Apelación destaca que el Gobierno no tiene derecho a retener a Padilla sin presentar una acusación formal. Esta decisión es apelada por el Gobierno y el asunto llega al Tribunal Supremo.

La Corte, en una decisión controvertida (29), evita entrar en el fondo del asunto aludiendo a una serie de cuestiones procedimentales, aunque de gran alcance. La primera, la persona contra la que se interpone la petición, que a juicio del Tribunal Supremo debía ser el comandante de la base naval en que Padilla estaba detenido al momento de interponer el recurso y no el Secretario de Estado. La segunda, que la petición de *habeas corpus* había sido presentada ante el Tribunal Federal de Nueva York y no del distrito en el que estaba en ese momento recluido.

De esta manera, amparándose en motivos formales, el Tribunal Supremo evita pronunciarse sobre las cuestiones de fondo. A pesar de ello, la decisión tiene un alcance mucho mayor del que cabe pensar a la vista de esta falta de respuesta a las pretensiones del demandante (30).

Para empezar, porque al señalar que la jurisdicción competente es la del lugar en el que el peticionario se encuentra retenido, permite al Gobierno de los

(29) El asunto se resuelve por una diferencia de 5 a 4. La mayoría la conforman Rehnquist, con un Voto Particular al que se adhieren Scalia, O'Connor, Kennedy y Clarence Thomas. En el otro lado, Stevens, secundado por Souter, Ginsburgh y Breyer.

(30) Como ha destacado Dworkin, sería un error pensar que el fallo tiene únicamente una repercusión procesal y no sustantiva. DWORKIN, R. (2004), pág. 7.

Estados Unidos decidir qué tribunales revisarán las peticiones de hábeas corpus, a través del recurso al traslado a distritos más conservadores (31).

De esta manera, mediante la aplicación de una doctrina que persigue evitar que el detenido pueda impugnar su decisión en el distrito que más le convenga, se permite al Gobierno hacer lo propio (32). La resolución deja en manos de la Administración estadounidense la posibilidad de elegir el distrito donde, eventualmente, se dilucidarán las peticiones de hábeas corpus que se pudieran presentar.

Con esta argumentación, se pierde la ocasión de que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre la legalidad de la detención y posterior confinamiento en Guantánamo de un ciudadano estadounidense.

3. *Rasul v. Bush* (33)

Los antecedentes del caso vienen motivados por la presentación por dos ciudadanos australianos y doce kuwaitíes, retenidos en Guantánamo, de peticiones de hábeas corpus ante el Tribunal Federal del distrito de Columbia, solicitando que cesara el arresto, que se les permitiera el acceso a un abogado y que no se les sometiera a más interrogatorios.

El Gobierno basa su defensa en la existencia del precedente ya mencionado, el caso *Johnson v. Eisentrager*, que había avalado la falta de competencia de los tribunales estadounidenses en relación con ciudadanos extranjeros detenidos fuera del territorio de Estados Unidos.

(31) El periódico *Los Angeles Times* informó de que el Gobierno estaba considerando la posibilidad de transferir a Carolina del Sur o a algún otro distrito conservador a los detenidos en Guantánamo que no deseaba liberar en breve. Al respecto, véase DWORKIN, R. (2004), pág. 7.

(32) Este hecho fue puesto de manifiesto por el juez Stevens, en un escrito de disconformidad secundado por Souter, Ginsburg y Breger, en el que llega a afirmar que la Corte ha decidido un caso que «plantea cuestiones de profunda importancia para la nación» a través de una «aplicación servil» de una norma procesal. Para este juez, el caso tendría que ser considerado una excepción a la regla general, pues aunque éste persigue desincentivar que un prisionero elija la jurisdicción que le resulte más favorable a sus intereses, se han planteado excepciones a esta teoría para evitar que el Gobierno utilizara la misma táctica. Este caso debería haber sido considerado como una excepción a la regla general.

(33) Este pronunciamiento recoge en sí tres casos diferentes: *Rasul v. Bush*, que se refiere a dos ciudadanos británicos y un ciudadano australiano capturados en Afganistán y retenidos en Guantánamo; *Habib v. Bush*, referido a un ciudadano australiano capturado en Pakistán y *Al Odah v. United States*, relativo a la petición de hábeas corpus a favor de doce ciudadanos kuwaitíes capturados en Afganistán y Pakistán.

El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que su doctrina no resulta de aplicación a este caso y analiza si el derecho de hábeas corpus resulta válido en un territorio sobre el que los Estados Unidos tienen la «plena jurisdicción y control», pero no la soberanía, que sigue en manos de Cuba.

Para ello, se alude al estatuto federal de hábeas corpus, que establece que los tribunales de distrito federales tienen autoridad para examinar las solicitudes de hábeas corpus planteadas ante sus jurisdicciones respectivas. Para la mayoría (34), por «jurisdicciones respectivas» hay que entender no la jurisdicción en que se hallaban los detenidos, sino aquella en que podía localizarse a los funcionarios responsables de la detención. En los casos en que el Gobierno mantiene prisioneros en un territorio extranjero, bajo su control efectivo y permanente, la jurisdicción competente es aquella que tiene jurisdicción sobre el Presidente. De esta manera, se afirma que los que tienen en custodia a los detenidos están vinculados por las leyes federales y su conducta puede ser sometida a juicio ante un tribunal estadounidense, por lo que la base de Guantánamo está sujeta a la competencia territorial de los Estados Unidos y, por tanto, a la de sus tribunales.

En consecuencia, el Tribunal Supremo considera que todos los retenidos en la base naval de Guantánamo tienen derecho a recurrir ante un Tribunal Federal de los Estados Unidos con una petición de hábeas corpus, con independencia de su nacionalidad, invalidando así las normas que excluían la revisión por los tribunales estadounidenses.

Este pronunciamiento rompe todos los esquemas de la Administración Bush y acabará provocando su reacción.

V. LA REVISIÓN DEL *STATUS* DE COMBATIENTE ENEMIGO

1. *El Memorandum Wolfowitz*

Como consecuencia de las decisiones del Tribunal Supremo en los casos *Hamdi* y *Rasul*, el 30 de julio de 2004, el Departamento de Defensa ponía en marcha un procedimiento para la revisión de la condición de combatiente ene-

(34) Stevens, secundado por O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg y Breyer. Kennedy emitió un voto particular concurrente. En el polo opuesto, Scalia, en nombre propio y en el de Rehnquist, destaca que la Corte estaba rechazando los argumentos del caso *Eisentrager*, lo que era injusto porque el Gobierno había confiado en la aplicación de esa doctrina al transferir a los retenidos a Guantánamo.

migo ilegal, a través de la creación de Comisiones militares de revisión (35). Con ello, se pretende evitar el recurso masivo de los detenidos a los tribunales de los Estados Unidos a través de peticiones de hábeas corpus.

Este procedimiento de revisión se establece por una norma del Departamento de Defensa, el Memorándum Wolfowitz, de 7 de julio (*Order Establishing Combatant Status Review Tribunal*) (36), que sería luego complementado por un Memorándum posterior (37).

En el primero, se ofrece una definición de combatiente enemigo ilegal, como aquella persona que ha tomado parte o ha apoyado a las fuerzas talibanes o de Al Qaeda o a fuerzas asociadas que han realizado actos hostiles contra los Estados Unidos o sus aliados (*coalition partners*). Esto incluye cualquier persona que ha llevado a cabo actos beligerantes o ha apoyado directamente hostilidades en ayuda de fuerzas armadas enemigas.

Esta definición resulta de una ambigüedad equiparable a la ofrecida por la Orden Militar de 13 de noviembre para definir su ámbito de aplicación. Al respecto de la primera, conviene realizar una precisión. Como se recordará, en el caso *Hamdi*, el Tribunal Supremo asume que el enemigo combatiente es una persona que ha empuñado las armas contra Estados Unidos o sus aliados (38).

Atendiendo a esa circunstancia, el Tribunal Supremo permitía su calificación como combatiente enemigo ilegal aunque, en tanto que ciudadano estado-unidense, exigía acceso a un tribunal donde pudiera discutir los motivos que habían llevado al Gobierno a calificarlo así. Sin embargo, la Orden Militar se aplica no sólo a personas detenidas en el curso de un conflicto armado, como los que se desarrollan en Afganistán o Irak, sino también a personas que nunca han participado en un conflicto bélico. Podría, por tanto, considerarse que el Tribunal Supremo no ha convalidado la aplicación de esta Orden a esta segunda categoría de personas, a no-combatientes (39).

Las Comisiones diseñadas por el Departamento de Defensa están formadas por tres miembros, tres oficiales *neutrales* del Ejército de los Estados Unidos, ante lo cuales los detenidos pueden oponerse al hecho de haber sido clasificados como *enemy combatant*.

(35) En este sentido, BLOCHER, J. (2003).

(36) Disponible en <http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf>

(37) Memorándum Gordon England, de 29 de julio (<http://www.defenselink.mil/news/jul2004/d20040730comb.pdf>).

(38) Recordemos que Hamdi es detenido en Afganistán y, según las autoridades estadounidenses, formaba parte de una unidad militar que combatía contra Estados Unidos.

(39) GOLDSTEIN, J. A. (2007), pág. 49. Asimismo, FRANKLIN, D. L. (2008), pág. 1006.

Como único asesoramiento legal, pues no pueden acceder a un abogado de su confianza, los detenidos tienen garantizada asistencia de *personal representatives*, asignados por el Gobierno. Estos oficiales tienen acceso a toda la información relevante en posesión del Departamento de Defensa, pero no pueden compartir información clasificada con el detenido.

También se contempla la asistencia de un intérprete, si es necesario. El detenido puede llamar a testigos, que sólo serán convocados si el tribunal los considera razonablemente disponibles. El criterio sobre su disponibilidad, por tanto, está a cargo de la Comisión (40).

La propia norma se encarga de destacar que los miembros de la Comisión no están sujetos a las normas ordinarias sobre prueba, pudiendo incluso otorgar valor probatorio a simples rumores (41).

2. *La Detainee Treatment Act de 2005*

A finales de 2005, como consecuencia de la tramitación de la *Department of Defense Appropriations Act*, los senadores Mc Cain y Graham Levin introdujeron la *Detainee Treatment Act* (en adelante, DTA), como parte del Título X, con lo que estas Comisiones de revisión adquirirían rango legal.

Esta norma, además de reconocer las comisiones militares de revisión tal y como las había configurado el Memorandum Wolfowitz, establece los «estándares uniformes para el interrogatorio de personas detenidas por el Departamento de Defensa». En esa fecha ya habían salido a la luz los episodios cometidos en centros de detención bajo la supervisión de las autoridades estadounidenses, por lo que se introducen algunas normas al respecto (42). Por una parte, se garantiza la inmunidad por los abusos cometidos en el curso de los interrogatorios a los prisioneros. Por otra, se impone al personal del Departamento de Defensa el respeto a las normas sobre interrogatorios previstas en los manuales militares, y a la Convención contra la tortura de 1984, al personal de otras administraciones.

(40) Un estudio de las transcripciones de la actuación de 393 tribunales de revisión destaca que el Gobierno no autorizó ni un solo testigo. Todas las peticiones de testigos que no estuvieran retenidos en Guantánamo fueron denegadas. Sólo se admitieron como pruebas cartas de familiares y amigos. Al respecto, puede consultarse FRANKLIN, D. L. (2008), págs. 1007 y sigs.

(41) *Order Establishing Combatant Status Review Tribunal*, g-9.

(42) En 2004, la cadena CBS publicó unas fotografías que mostraban los abusos cometidos por militares estadounidenses en la cárcel de Abu Ghraib. Ello provocó la creación en mayo de 2004 de una comisión de investigación presidida por el entonces Secretario de Defensa Donald Rumsfeld y el procesamiento y condena de varios miembros del Ejército estadounidense.

Como podremos constatar más adelante, esta norma va a marcar un límite temporal en lo que respecta a la validez de los testimonios obtenidos en los interrogatorios «coercitivos», estableciendo distintas condiciones para su validez.

Volviendo a los tribunales de revisión, su objetivo es analizar si la calificación como combatiente enemigo se ha hecho siguiendo los estándares y procedimientos especificados por el Secretario de Defensa y si el uso de esos estándares y procedimientos es conforme a la Constitución. Sin embargo y, como ya sucediera en la Orden Militar de 13 de noviembre y con el Memorandum Wolfowitz, se establece que las reglas ordinarias de prueba no resultan de aplicación en el procedimiento previsto por las Comisiones de Revisión del *Status* de Combatiente Enemigo.

La DTA establece, además, un procedimiento de revisión anual, según el cual tres oficiales constatan si los detenidos siguen suponiendo un riesgo para la seguridad de los Estados Unidos o sus aliados y, en consecuencia, deben seguir retenidos (43). La persona en quien recae la decisión final sobre el estatus del tribunal es un civil designado por el Presidente y confirmado por el Senado.

Asimismo, se establece la obligación del Secretario de Defensa de informar en el Congreso y en el Senado acerca de los procedimientos seguidos ante estos tribunales de revisión. La norma destaca que ningún tribunal estadounidense tendrá jurisdicción para analizar peticiones de *habeas corpus* de los detenidos en Guantánamo ni para emprender ninguna acción contra su detención si está retenido en la Base Naval o su situación ha sido confirmada por el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia. Sin embargo, se establece que la Corte de Apelación del Distrito de Columbia tendrá jurisdicción exclusiva para determinar la validez de cualquier decisión final de un tribunal de revisión que determine que un extranjero es un enemigo combatiente. Su jurisdicción, sin embargo, se limita a las reclamaciones de los detenidos en Guantánamo que hayan visto confirmada su calificación como combatiente enemigo por los tribunales de revisión.

En cuanto a la posibilidad de revisar las condenas impuestas por las Comisiones militares, la norma establece la posibilidad de revisión en los casos en que la condena sea de prisión de diez años o más y de pena capital. En otro caso, se deja a discreción de la propia Corte de Apelación del Distrito de Columbia.

(43) En la primera ronda de revisiones, concluida en febrero de 2006, el Departamento de Defensa revisó la situación de 463 detenidos. De ellos, 14 fueron puestos en libertad, 120 transferidos a la custodia de sus países de origen y 329 continuaron detenidos. Al respecto, puede consultarse la nota de prensa del Departamento de Defensa de 9 de febrero de 2006 (<http://www.defenselink.mil/releases/2006/nr20060209-12464.html>).

En definitiva, no se producen las modificaciones esperadas a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo, como el reconocimiento de un sistema de *habeas corpus* para todos los retenidos, sino que se crea un nuevo procedimiento para evitar el recurso masivo a los tribunales por parte de los detenidos en Guantánamo.

De esta manera, la decisión del Tribunal Supremo, lejos de suponer un revés contra esta política, como cabría pensar, supone la convalidación de toda una manera de afrontar la lucha contra el terrorismo valiéndose de todos los subterfugios jurídicos posibles para vulnerar las normas del Estado de Derecho, incumpliendo no sólo la normativa interna sino también las normas de Derecho Internacional. Habrá que esperar un poco, hasta el caso *Hamdam v. Rumsfeld*, en junio de 2006 para que el Tribunal Supremo vuelva a pronunciarse sobre cuestiones relativas a las normas antiterroristas. Veamos en qué sentido lo hace.

VI. EL CASO *HAMDAM V. RUMSFELD*, DE 29 DE JUNIO DE 2006 (44)

Hamdam es un ciudadano yemení detenido en noviembre de 2001 por la milicia en el contexto del conflicto con Afganistán y puesto inmediatamente a disposición de los Estados Unidos por su presunta condición de miembro de Al Qaeda. En junio de 2002 es trasladado a Guantánamo.

Hamdam sostiene que se encuentra protegido por la Convención de Ginebra y que, en consecuencia, debe ser juzgado por un tribunal militar y no por un tribunal excepcional. El Gobierno Bush, por su parte, niega la aplicación de los Convenios de Ginebra, sosteniendo que no resultan de aplicación a los miembros de Al-Qaeda y que, además, en el caso de que lo fueran, no resultarían invocables por un particular (45).

Ya vimos cómo la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra se discute en el Memorándum Gonzales. La Administración Bush, entre otros motivos, esgrime que la naturaleza de las nuevas amenazas ha dejado obsoleta las previsiones de los Convenios de Ginebra y no permite dar respuesta a la situación creada por la guerra contra el terrorismo.

(44) Un comentario a esta sentencia puede consultarse en BOLLO AROCENA, M. D. (2006).

(45) El Gobierno estadounidense afirma que las Convenciones de Ginebra no constituyen normas *self-executing*, es decir, ejecutivas, por lo que un particular no puede alegar en juicio su cumplimiento. El Tribunal Supremo parece admitir esta tesis, aunque sin mucha convicción. Aun así, considera que forma parte del Derecho de guerra de los Estados Unidos y que su respeto es obligado, según el artículo 21 del Código de Justicia Militar. Al respecto, puede consultarse BOLLO AROCENA, M. D. (2006), págs. 14 y sigs.

En su defensa, la Administración estadounidense sostiene que en Afganistán se suceden dos conflictos distintos, a los que le son de aplicación normas igualmente diversas. Por una parte, el Gobierno admite que el conflicto que le enfrenta al gobierno talibán es un conflicto internacional en el que podrían aplicarse los Convenios de Ginebra. Sin embargo, los miembros de la milicia talibán no reúnen los requisitos que el artículo 5 del III Convenio de Ginebra de 1949 exige para ostentar tal condición, como veremos en seguida.

Con respecto a los miembros de Al Qaeda, se considera que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra porque Al Qaeda no es un Estado y mucho menos un Estado parte de los Convenios, por lo que niega la aplicación del artículo 3 común, con el pretexto de que esta norma sólo es aplicable a los conflictos no internacionales que surgen en el territorio de una Alta Parte contratante.

Esta tesis, que había sido secundada por la Corte de Apelación del Distrito, no es compartida por el Tribunal Supremo que considera aplicable el común artículo 3 a todos los retenidos en Guantánamo, ya que esta norma es el estándar mínimo aplicable a cualquier conflicto armado, internacional o interno (46).

En el mismo pronunciamiento, el Tribunal Supremo se enfrenta a la cuestión de si el Presidente cuenta con autorización suficiente para establecer las Comisiones militares. Ya vimos cómo se esgrime que la Autorización para el Uso de la Fuerza Armada de 18 de septiembre constituye fundamento jurídico suficiente. Pues bien, en esta ocasión y a diferencia de lo que había sucedido en los pronunciamientos de 2004, en que el Tribunal Supremo no había querido cuestionar este extremo, se destaca que una decisión como ésta debe contar con la Autorización del Congreso de los Estados Unidos.

De esta manera, se desautoriza la creación de las Comisiones Militares por parte de la Administración Bush y se consagra la aplicación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra a todos los detenidos por los Estados Unidos en el marco de la *guerra* contra el terrorismo.

Sin embargo, esta sentencia no tiene ni mucho menos el alcance que cabía esperar. El artículo 3 común de la Convención de Ginebra sólo constituye un estándar mínimo que aplicar en cualquier conflicto que no reúne los requisitos para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (47). No supone la

(46) Para ello, el Tribunal Supremo se apoya en un pronunciamiento de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, de 2 de octubre de 1995, el caso *Tadic*.

(47) El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra abarca los conflictos armados no internacionales, que nunca antes habían sido incluidos en los tratados. En concreto, establece que se debe tratar con humanidad a todas las personas que no participen en las hostilidades o que caigan en poder del adversario, sin distinción alguna de índole desfavorable; que se debe recoger y

extensión de la categoría de prisionero de guerra, por lo que, en buena medida, el Gobierno estadounidense ve refrendada su política.

Por otra parte, la necesidad de contar con la autorización del Congreso no constituye más que un escollo formal, que no va a tardar en ser salvado.

VII. LA CONVALIDACIÓN PARLAMENTARIA: LA *MILITARY COMMISSIONS ACT* DE 2006

Como consecuencia del caso *Hamdam*, en 2006 se aprueba la *Military Commissions Act*, que dota de rango de ley al procedimiento preestablecido (48).

De esta manera, el caso *Hamdam*, lejos de suponer un revés para la Administración Bush, acaba provocando el respaldo del Legislativo, que aprueba una norma sin introducir novedades significativas respecto al tratamiento otorgado por la Orden Militar de noviembre de 2001 (49).

Con la aprobación de esta norma, además, se quiere aparentar que se atienden obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario, dando así cumplimiento a lo previsto en el caso *Hamdam*. Sin embargo, «a lo largo de sus diez secciones confirma la interpretación unilateral y selectiva de las obligaciones internacionales que el Gobierno estadounidense ha venido sosteniendo en contra de la doctrina y jurisprudencia de los órganos de control internacionales» (50). En este sentido, se convalida la categoría de «combatiente enemigo ilegal», categoría a la que no se aplican los beneficios de los prisioneros de guerra, como se ha visto.

Continuando la tónica de indefinición y ambigüedad de la Orden Militar de 13 de noviembre, se define a las personas que según la ley pueden ser declaradas «combatientes enemigos ilegales»:

a) las que hayan tomado parte activa en hostilidades o hayan apoyado acciones hostiles contra Estados Unidos o sus aliados;

asistir a los heridos y a los enfermos; concede al Comité Internacional de la Cruz Roja el derecho a ofrecer sus servicios a las partes en conflicto; insta a las partes en conflicto a poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de los Convenios de Ginebra y, por último, reconoce que la aplicación de esas normas no afecta al estatuto jurídico de las partes en conflicto.

(48) Para la exposición del contenido de esta norma, seguimos el trabajo de COSTAS TRASCASAS, M. (2007). También «Military Commissions Act of 2006. Turning bad policy into bad law», *Amnistía Internacional*, AMR 51/154/2006 (www.amnesty.org).

(49) Caben pocas dudas de que la aprobación de esta norma es una consecuencia directa del fallo del Tribunal Supremo en el caso *Hamdam v. Rumsfeld*.

(50) COSTAS TRASCASAS, M. (2007), pág. 2.

- b) los miembros de determinados grupos (talibanes, Al-Qaeda y grupos afines);
- c) los que han sido calificados como tales por un órgano creado *ad hoc* con esa finalidad (51).

Las personas que no se incluyan en esta categoría deben ser juzgadas por tribunales militares. Como puede apreciarse, bajo una definición aparentemente técnica, aunque muy ambigua, se desliza en el apartado c) la inclusión en esta categoría de cualquiera que haya sido calificado como tal por un órgano creado *ad hoc* con esa finalidad. Luego, sin tener por qué incurrir en las dos primeras causas puede una persona verse calificada como combatiente enemigo ilegal, convalidándose así toda la actividad previa de la Administración Bush.

La ley, además de la definición de «combatiente enemigo ilegal», ofrece la de combatiente legal, con una fórmula claramente inspirada en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra, pero mucho más restrictiva. Efectivamente, según la *Military Commissions Act*,

«The term lawful enemy combatant means a person who is:

(A) a member of the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States;

(B) a member of a militia, volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive, sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; or

(C) a member of a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States.»

Como decía, la definición recuerda mucho a la recogida en el artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra:

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

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

(51) Sección 948 a.

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

- a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
- b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;
- c) llevar las armas a la vista;
- d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;

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

Sin embargo, personas que según los Convenios de Ginebra debían ser tratadas como prisioneros de guerra, no encuentran encaje en la definición de combatiente legal, que tiene un ámbito mucho más reducido y, en consecuencia, acaban siendo considerados combatientes enemigos ilegales (52). Todo ello, además, bajo la apariencia de cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, a cuyas normas se alude de manera interesada, como se ha visto.

Esta norma también reconoce los Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatiente, que habían sido instaurados por el Departamento de Defensa y luego definidos por la *Detainee Treatment Act*, aunque introduce algunas modificaciones.

Según la nueva regulación, estos tribunales están formados por tres oficiales que a puerta cerrada deciden en base a un procedimiento administrativo en el que resulta muy difícil refutar la calificación hecha por el Ejecutivo. Sin

(52) Como ha destacado Costas Trascasas, de acuerdo con esta nueva categoría creada por la ley, resultan excluidas determinadas personas, como la población que toma espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras y en todo caso los miembros de Al-Qaeda que, de acuerdo con la Ley, no entran dentro de esta categoría al tratarse de un grupo armado no gubernamental y no reconocido por el Gobierno estadounidense. «Resulta obvio que al eliminar la referencia a una autoridad no reconocida que contiene el artículo 4.3 IICG, la Ley persigue evitar que el estatuto de prisionero de guerra abarque a los miembros de las fuerzas armadas regulares capturadas y que profesen lealtad a una autoridad no reconocida por la potencia detentora.» COSTAS TRASCASAS, M. (2007), págs. 12 y 13. En este sentido, Franklin ha destacado cómo la definición de combatiente enemigo ilegal contenida en esta norma es mucho más amplia que la aceptada por el Tribunal Supremo en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*. FRANKLIN, D. L. (2008), pág. 1033.

embargo, como se ha visto, la misión de estos tribunales no consiste en determinar si el detenido es un prisionero de guerra, como exigen las normas de Derecho Internacional Humanitario, sino en confirmar si el sujeto a las mismas es un combatiente enemigo ilegal, categoría que, en puridad, no excluye a la primera (53).

Se reitera, además, la diferencia de trato entre ciudadanos estadounidenses y extranjeros, presente en toda la legislación antiterrorista dictada después del 11-S y que ha tenido su reflejo en las normas sobre inmigración, que se han endurecido notablemente (54).

En lo que respecta a las Comisiones que habrán de juzgar a los combatientes enemigos, esta norma, además de autorizar al presidente para su creación, faculta al Fiscal General para que fije las reglas y procedimientos de estos tribunales y dedica grandes esfuerzos a limitar la competencia de los tribunales ordinarios de supervisión de su funcionamiento. Para ello, únicamente considera revisables las sentencias dictadas por estas Comisiones por cuestiones de Derecho, no de fondo.

Además, se niega a los tribunales la competencia para atender cualquier acción relacionada con la acusación, el proceso de enjuiciamiento o la sentencia de las Comisiones militares, incluyendo las demandas relativas a la legalidad de los procedimientos.

La *Military Commissions Act* detalla por primera vez los hechos que pueden provocar la calificación como enemigo combatiente y su consiguiente procesamiento por las Comisiones Militares. El catálogo es muy amplio (55).

(53) Como ha puesto de relieve Blocher, las Comisiones de Revisión del *Status* de combatiente enemigo no se crean para determinar si el detenido es un prisionero de guerra, sino si es un combatiente enemigo, por lo que no cumplen con los dictados del Derecho Internacional, que establece (artículo 5 Convenio de Ginebra) que, en caso de duda, los combatientes capturados de cuyo *status* se duda, deben ser tratados como prisioneros de guerra hasta que un «tribunal competente» determine lo contrario. Los Estados Unidos, además, estarían contraviniendo su propia práctica. Al respecto del papel de estas Comisiones, puede consultarse BLOCHER, J. (2006).

(54) Sobre la incidencia del 11-S en el tratamiento a los inmigrantes, en los momentos inmediatamente posteriores a los atentados, puede consultarse CASAS, J. (2002).

(55) 1) El asesinato de personas protegidas; 2) el ataque a civiles; 3) el ataque a objetos civiles; 4) el ataque a la propiedad protegida; 5) el pillaje; 6) la negativa de dar cuartel; 7) la toma de rehenes; 8) el empleo de veneno u otras armas similares; 9) el uso como escudo de personas protegidas; 10) el uso como escudo de la propiedad protegida; 11) la tortura; 12) tratamientos crueles o inhumanos; 13) causar intencionalmente un daño serio al cuerpo; 14) la mutilación o la desfiguración; 15) el asesinato en violación del Derecho de guerra; 16) la destrucción de la propiedad en violación del Derecho de la guerra; 17) el uso del engaño o la perfidia; 18) el uso inapropiado de la bandera o tregua; 19) el uso inapropiado del emblema distintivo; 20) el uso inapropiado del emblema distintivo; 20) el maltrato intencionado de los restos humanos; 21) la violación; 22) la agresión

Las Comisiones pueden juzgar la realización de esas acciones con independencia de cuando hubieran ocurrido, a pesar de que la Administración Bush basa toda su política antiterrorista en la necesidad de responder a una situación completamente nueva, la guerra contra el terrorismo (56). Frente al argumento de la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, la Administración Bush argumenta que este principio no se vulnera porque la Ley de 2006 no tipifica nuevos delitos, sino que se limita a declarar el Derecho existente y a codificarlo para su posterior enjuiciamiento por las Comisiones militares.

Asimismo, se establece la imprescriptibilidad de los delitos enunciados en la norma, aunque hayan sido incluidos en la *Military Commissions Act* después de su comisión (57).

En lo que respecta a la composición de las Comisiones (58), se establece que las mismas deben ser presididas por un juez militar y compuestas por 5 miembros, salvo en el caso de que el acusado se enfrente a la pena capital, que serán como mínimo 12 (59). Sin embargo, el número de componentes puede reducirse hasta un número de cinco «a causa de circunstancias físicas o exigencias militares», bastando con que la correspondiente autoridad realice una declaración escrita sobre los motivos por los que ese día no estaban disponibles (60).

El juez militar encargado de presidir las Comisiones puede cerrar al público todo o parte del proceso si lo estima necesario por la confidencialidad de la información, atendiendo a que pueda producir un perjuicio a la seguridad nacional, a los servicios de inteligencia o a los instrumentos, métodos y actividades que se dirigen a garantizar la aplicación de la ley o la seguridad física de las personas.

o el abuso sexual; 23) el secuestro o la puesta en peligro de una embarcación o aéreo; 24) el terrorismo; 25) la provisión de apoyo material al terrorismo; 26) prestar ayuda indebida al enemigo; 27) el espionaje; 28) la conspiración (Sección 950v. *Crimes triable by military commissions*).

(56) Sección 948d (a).

(57) Sección 950v (b).

(58) Según establece la norma, sólo resultan elegibles jueces de carrera militar especialmente cualificados y que hayan sido previamente habilitados por el Juez Abogado General de las Fuerzas Armadas para desempeñar sus funciones ante tribunales militares. El juez se limita a dirigir el proceso y a decidir sobre las cuestiones procedimentales, incluida la admisión de pruebas y las cuestiones interlocutorias que pudieran surgir. No participa en la votación final. El resto de miembros puede ser elegido entre cualquier oficial de las Fuerzas Armadas en activo, quedando a la discrecionalidad de la autoridad que designe la elección de aquellos que se encuentren más cualificados, teniendo en cuenta su «temperamento judicial» y otras circunstancias, como la edad, educación, formación, experiencia y años de servicio.

(59) Sección 949m (c).

(60) Sección 948m (a).

En lo que respecta a la asistencia letrada, la ley establece con carácter general la elección de un abogado defensor militar (61). También permite la elección de un abogado civil, aunque con tales restricciones que deja el derecho reducido a la nada: ha de gozar de nacionalidad estadounidense, haber sido calificado previamente como elegible para tener acceso a la información clasificada como secreta, o haber firmado un acuerdo escrito por el que se compromete a guardar confidencialidad y a cumplir con las normas e instrucciones de la defensa (62). A pesar de todo ello, el juez puede acordar la ocultación de datos y pruebas e, incluso, impedirle que asista a la audiencia por motivos de seguridad (63).

En el terreno probatorio, esta norma parece a primera vista más garantista que su predecesora. Sin embargo, otra vez, se trata tan sólo de una apariencia porque junto a la regla general, que las pruebas pueden ser vistas o refutadas por la defensa, y que hay que conceder al abogado una «posibilidad razonable» de obtener testigos y pruebas, así como para interrogar a los testigos llamados a declarar a la Comisión (64), se contienen numerosas excepciones. En este sentido, se establece que en cualquier fase del proceso, el juez puede impedir la revelación de información que se considere necesaria para proteger la seguridad nacional, por lo que se abre una vía para ocultar datos relevantes al abogado defensor (65). Asimismo, la acusación podrá objetar las preguntas o pruebas de la defensa, alegando que comprometen información clasificada. De esta manera, puede limitarse el acceso del acusado a las pruebas que lo incriminan, con lo que el ejercicio de la defensa se convierte en una tarea imposible.

En lo que respecta a las pruebas obtenidas mediante coacción o tortura, la ley sólo prohíbe de manera expresa que se utilicen como pruebas declaraciones que sean el resultado de actos de tortura (66), admitiendo el valor probatorio de las que hayan sido obtenidas mediante actos de «coacción», otorgando valor incluso a la autoincriminación en determinados casos (67).

En cuanto al grado de coacción admitido, la ley distingue entre las declaraciones obtenidas antes o después de la *Detainee Treatment Act* de 2005. Las obtenidas antes pueden ser admitidas si el juez considera que el resultado de las medidas de coacción resulta fiable y con valor probatorio (68). Para la admisión

(61) Sección 949c (b) 2.

(62) Sección 949c (b) 3.

(63) Sección 949d (d).

(64) Sección 949j (a).

(65) Sección 949j (c).

(66) Sección 948r (b).

(67) Sección 949.2 (c). A este respecto, COSTAS TRASCASAS, M. (2007), pág. 8.

(68) Sección 948r (c).

de declaraciones obtenidas con coacción con posterioridad a la entrada en vigor de esta norma, se exige que además de la fiabilidad y el valor probatorio, a apreciar por el juez, no se hayan obtenido utilizando métodos que «constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes» (69).

La decisión se adopta mediante voto secreto (70), por dos tercios de los miembros presentes, a no ser que se trate de pena de privación de libertad de diez años o más, incluyendo cadena perpetua, que precisa el voto afirmativo de las tres cuartas partes de los miembros de la Comisión (71). Ahora bien, estas mayorías se hacen depender de los miembros presentes, no de los miembros de derecho de la Comisión, lo que relativiza mucho el número necesario para condenar al procesado.

Para la imposición de la pena de muerte, prevista para los condenados por delitos que hayan provocado la muerte de personas, se exige el voto afirmativo de todos los miembros presentes al momento de la votación, que tienen que alcanzar un número mínimo de nueve (72).

La ley permite imponer cualquier pena no prohibida expresamente. Entre éstas, se incluyen los latigazos, la marca o tatuaje del cuerpo humano, el uso de grilletes, así como cualquier otro maltrato cruel o «inusual» (73). La alusión a la prohibición del maltrato inusual produce, como mínimo, cierta sorpresa, pues podría llevar a pensar que el maltrato «usual» no se enmarca en el ámbito de la prohibición.

Con respecto a la revisión de las sentencias dictadas por las Comisiones, verdadero objetivo de la reforma, se modifica la *Detainee Treatment Act* de 2005, que sólo permitía esta posibilidad en el caso de la pena capital o de privación de libertad de más de diez años (74).

En la nueva versión, el tribunal competente, tras un complicado proceso previo (75), es el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, que debe

(69) Sección 948r (d).

(70) Sección 949l (a).

(71) Sección 949m (b) 2.

(72) Sección 949m (c) 2.

(73) Sección 949s. *Cruel or inusual punishments prohibited.*

(74) Sección 950g. *Review by the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit and the Supreme Court.*

(75) El acusado dispone de un plazo de veinte días para disponer a la autoridad convenida ciertas cuestiones relativas a las conclusiones o a la sentencia de la comisión militar para su consideración. Esta autoridad goza de absoluta discrecionalidad para aprobar, desaprobar, conmutar o suspender total o parcialmente la sentencia. Una vez aprobada la sentencia, la autoridad envía el caso al Tribunal de Revisión de las Comisiones Militares, que se limita a analizar las cuestiones de Derecho que hayan sido planteadas por la defensa. La decisión final del Tribunal de Revisión podrá

limitarse a considerar si la decisión adoptada se adecua a los procedimientos y estándares previstos en la ley y, cuando sea pertinente, su compatibilidad con la Constitución y las leyes (76). En última instancia, el Tribunal Supremo puede revisar la decisión del Tribunal de Apelaciones, tras la interposición de un *writ of certiorari* (77).

VIII. EL CASO *BOUMEDIENE V. BUSH*

Sin duda alguna, la decisión más importante del Tribunal Supremo relativa a la legislación antiterrorista es el caso *Boumediene v. Bush* (78). En esta ocasión, el Tribunal Supremo conoce de la petición de hábeas corpus presentada por Boumediene, ciudadano bosnio, y otros detenidos en Guantánamo.

El Tribunal Supremo se plantea si los combatientes enemigos tienen derecho a solicitar el hábeas corpus ante los tribunales estadounidenses y concluye, con una exigua mayoría (79), que sí, que los jueces federales tienen competencia para conocer acerca de las peticiones de hábeas corpus formuladas por los detenidos a quienes las Comisiones Militares hubiesen calificado como combatientes enemigos. A juicio del Supremo, el proceso previsto como consecuencia de sus pronunciamientos de 2006, no puede considerarse un equivalente al hábeas corpus y, en consecuencia, la parte de la *Detainee Treatment Act* que así lo establecía, la Sección 7, es considerada inconstitucional. Asimismo, es declarada inconstitucional la parte de la *Military Commissions Act* que excluía también la jurisdicción de los tribunales federales en este extremo.

A pesar del importante avance que supone este pronunciamiento, en el que el Tribunal Supremo dedica una parte importante de su argumentación a destacar las diferencias con el caso *Johnson v. Eisentrager*, la Corte deja irresueltas importantes cuestiones, como el carácter constitucional de la regulación que

recurrirse ante el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia. Al respecto, véase COSTAS TRASCASAS (2007), pág. 11.

(76) En este extremo, ni la *DTA* ni la *MCA* autorizan a este tribunal a conocer cuestiones relativas a las condiciones del confinamiento, incluyendo el maltrato o abuso a los combatientes enemigos. Al respecto, puede consultarse FALLON, R. H., y MELTZER, D. J. (2007).

(77) Sección 950g.

(78) Al respecto, puede consultarse REVENGA SÁNCHEZ, M. (2008).

(79) El caso se decide por cinco votos a cuatro. En la mayoría el magistrado ponente, Kennedy, con el apoyo de Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer. En contra, el Chief Justice Roberts, Scalia, Thomas y Alito.

rige la detención de los combatientes enemigos. Para el Tribunal, es «a matter yet to be determined» (80).

Esta decisión, por tanto, permite a todos los retenidos en base primero a la *Military Order* de noviembre de 2001 y luego, a la *Military Commissions Act* de 2006, cuestionar su detención ante un tribunal de los Estados Unidos. El Tribunal Supremo considera que la Constitución estadounidense no permite la supresión sin más del hábeas corpus.

IX. EL RELEVO AL FRENTE DE LA CASA BLANCA: ¿EL PRINCIPIO DEL FIN?

El relevo al frente de la Casa Blanca marca un punto de inflexión en la política antiterrorista de los Estados Unidos (81), que se plasma en una serie de Órdenes del nuevo Presidente dirigidas a preparar el cierre del Centro de Detención de la Bahía de Guantánamo.

En esta línea, el 22 de enero de 2009, tan sólo dos días después de su toma de posesión, el nuevo Presidente dicta la Orden Ejecutiva «Estudio y disposición de los individuos detenidos en la base naval de la Bahía de Guantánamo y cierre de los centros de detención» (82). Esta norma decreta el cierre del centro de detención en un plazo que hoy sabemos impracticable: un año. Para cumplir con lo establecido, los Estados Unidos iniciaron una intensa actividad diplomática encaminada a que otros países se implicaran en el cierre de las instalaciones, acogiendo a presos y han tratado, sin éxito hasta la fecha, de adquirir la propiedad de un centro penitenciario de Illinois para trasladar allí a unos 100 presos retenidos en Guantánamo (83).

(80) Sobre este particular, LANDAU, J. (2009), pág. 9.

(81) Para un estudio más detenido del cambio que ha supuesto para la política antiterrorista la llegada de Obama a la Presidencia de Estados Unidos, puede consultarse, PÉREZ ROYO, J., y CARRASCO DURÁN, M. (2010). Especialmente, el trabajo de Carrasco Durán, M., «Medidas terroristas y Constitución tras el 11 de septiembre de 2001», especialmente el epígrafe 4 (La rectificación en el comienzo del mandato del Presidente Obama).

(82) «Review and disposition of individuals detained at the Guantánamo Bay Naval and closure of detention facilities», disponible en www.whitehouse.gov. En la sección 2 se reconoce que en los últimos siete años, unas 800 personas han sido tratadas como enemigos combatientes y retenidas en Guantánamo y que el Gobierno Federal ha puesto en libertad o ha trasladado a más de 500 (a sus países de origen o a un tercer país).

(83) El Presidente Obama, a través de un Memorándum presidencial de 15 de diciembre de 2009 (*Memorando-Closure of Detention Facilities at the Guantánamo Bay Naval Base*), ordenó a los Departamentos de Justicia y de Defensa adquirir la propiedad del Centro Penitenciario Thompson, en Illinois. Sin embargo, hasta la fecha no ha conseguido los fondos necesarios para ello.

El cambio de posición se aprecia además en el reconocimiento del derecho constitucional del hábeas corpus a los detenidos en Guantánamo [Sección 2.c)]. Como línea general, se establece la necesidad de revisar la situación de todos los detenidos al objeto de decidir quiénes deben ser procesados ante los tribunales ordinarios y quiénes deben serlo ante las Comisiones Militares previstas en la *Military Commissions Act* (84).

Ese mismo día, el 22 de enero de 2009, se aprueban dos Órdenes Ejecutivas más: la «Review of detention policy options» y la «Ensuring lawful interrogations».

En cuanto a la primera y, en línea con lo ya visto, se establece una *Special Task Force*, una Comisión encargada de la revisión de las opciones legales disponibles con respecto a la captura, detención, juicio, traslado o puesta en libertad de las personas detenidas en relación con conflictos armados y operaciones antiterroristas y su análisis en relación con la seguridad nacional, los intereses estadounidenses de política exterior y la justicia (85).

La Orden *Ensuring lawful interrogations* comienza derogando la Orden Ejecutiva de 20 de julio de 2007, que ofrece una interpretación del común artículo 3 de los Convenios de Ginebra en lo que respecta a los programas de detención e interrogatorio llevados a cabo por la CIA (86), así como aquellas otras órdenes relativas a esta cuestión dictadas desde el 11 de septiembre de 2001 en todo aquello que la contradigan.

El 13 de marzo de 2009, el Departamento de Justicia anunció la renuncia del Presidente a la facultad de ordenar la detención de los *combatientes enemigos*, así como la supresión de esta categoría. Con ello se ponía fin a la práctica de detención de sospechosos sin cumplir los estándares mínimos que exige el Derecho estadounidense.

El 28 de octubre de 2009, a través de la *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2010*, el procedimiento se modifica sustancialmente, y pasan a rechazarse las declaraciones obtenidas mediante tortura, se reconoce el derecho del procesado a no declarar contra sí mismo, se le permite disponer del abogado militar de su elección y se restringen los testimonios indirectos.

(84) Sección 2 (f) y (g).

(85) El 13 de noviembre de 2009, se anunció que cinco de los sospechosos de haber planeado los atentados del 11 de septiembre serían juzgados en Nueva York, incluido el que es considerado el cerebro de los atentados. Esto requerirá su traslado a suelo estadounidense. Al respecto, véase *El País*, de 14 de noviembre de 2009 (www.elpais.com).

(86) Interpretation of the Geneva Conventions Common Article 3 as applied to a program of detention and interrogation operated by the Central Intelligence Agency.

Sin embargo, no todo han sido avances. El 7 de marzo de 2011, el Presidente dictaba una Orden Ejecutiva, *Periodic Review of Individuals Detained at Guantánamo Bay Naval Station pursuant to the authorization for use of military force*, que establece un proceso de revisión para aquellos detenidos en Guantánamo que no han sido procesados ni condenados pero se considera que están «en guerra» con Estados Unidos. Se permite así continuar con la detención indefinida de estas personas. Asimismo, se decreta el restablecimiento de las Comisiones Militares, con el argumento de que constituye la única solución para asegurar el enjuiciamiento de algunos de los detenidos más peligrosos respecto a los que el procesamiento por los tribunales ordinarios podía plantear problemas (87).

Como puede constatarse, los esfuerzos de la Administración Obama para volver a la situación previa a los ataques del 11-S en todo lo que tiene que ver con las condiciones de detención e interrogatorio de las personas que se encuentran bajo su custodia no han dado los frutos esperados. Las reformas introducidas durante los años posteriores al 11-S se han revelado de difícil reversión y el cierre del centro de detención no se ha materializado a día de hoy. La negativa del Congreso a permitir el destino de fondos públicos para el traslado de presos de Guantánamo a cualquier punto continental de Estados Unidos y Hawai, así como el hecho de que muchos países extranjeros hayan eludido acoger a detenidos de la base naval, no lo han permitido.

X. CONCLUSIONES

El paso del tiempo ha demostrado cómo toda la arquitectura jurídica diseñada por el Gobierno de George Bush desde finales de 2001 hasta el término de su segundo mandato, en noviembre de 2008, ha provocado una situación muy difícil de revertir.

El meditado sistema de reformas normativas llevadas a cabo bajo la bandera de la lucha contra el terrorismo ha ido fortaleciendo paulatinamente la posición del Poder Ejecutivo, rompiendo con el tradicional sistema de pesos y contrapesos, de *checks and balances* establecido en la Constitución estadounidense.

(87) Se trata de unos setenta y cinco presos de alta peligrosidad en los que las únicas pruebas existentes contra ellos difícilmente serían admitidas por un tribunal ordinario, al haber sido obtenidas mediante tortura o como resultado del trabajo de agentes secretos que no pueden comparecer en juicio.

Ello ha permitido al Gobierno, prácticamente sin oposición, diseñar el marco jurídico que ha regido la calificación de cientos de detenidos como *combatientes enemigos*, su régimen de detención y las normas de su procesamiento y eventual condena al margen de las normas vigentes para los ciudadanos estadounidenses.

La escasa intervención de los poderes legislativo y judicial tampoco ha sido la esperada. El legislativo ha convalidado sin apenas introducir modificaciones algunas de las medidas más polémicas adoptadas por el ejecutivo y el poder judicial ha tardado mucho en intervenir en defensa de los derechos fundamentales de los combatientes enemigos retenidos en virtud de decisiones del Gobierno.

Se ha llegado a redefinir el alcance de la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos, crueles o degradantes, estableciendo nuevas normas que regirían los interrogatorios «coercitivos». De esta manera, el recurso a la tortura no ha sido el resultado de prácticas aisladas al margen de la norma sino, por el contrario, el producto de un plan calculado que ha llevado a reinterpretar las normas jurídicas vigentes en la materia.

Guantánamo y todo lo sucedido en otras cárceles secretas ha sido posible gracias a la creación de un nuevo marco legal. El Gobierno no ha tenido que apartarse del Derecho, sino que se ha optado por la creación de nuevas normas diseñadas a medida de los nuevos intereses.

Los cambios introducidos durante esos años son de tal magnitud que Obama está encontrando enormes dificultades para proceder al cierre del centro de detención de Guantánamo, donde siguen retenidas más de 160 personas.

Los atentados del 11-S han tenido un efecto que en 2001 no pudo vislumbrarse. La reacción del Gobierno estadounidense a lo ocurrido ha convertido a millones de personas en víctimas indirectas de aquellos atentados, utilizados como excusa para socavar todo el sistema de derechos fundamentales establecido. Sin duda, los atentados del 11-S nos han enseñado que el Estado de Derecho es mucho más frágil de lo que podía vislumbrarse hace tan sólo una década.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL, R. (2005): «De Guantánamo a Bagdag. Estatuto jurídico y trato a los detenidos en la lucha contra el terrorismo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 9.
- BLOCHER, J. (2003): «Combatant Status Review Tribunals: flawed answers to the wrong question», *The Yale Law Journal*, núm. 116, Issue 3.

- BOLLO ARACENA, M. D. (2006): «*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12.
- CASAS, J. (2002): «La reforma de la legislación sobre inmigración en Estados Unidos tras el 11-S», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 38-39.
- COSTAS TRASCASAS, M. (2007): «La nueva ley estadounidense de Comisiones Militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del Derecho Internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14.
- DWORKIN, R. (2004): «Guantánamo y la Corte Suprema de Estados Unidos», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 146.
- FALLON, R. H., y MELTZER, D. (2007): «*Habeas corpus* jurisdiction, substantive rights and the war on terror», *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 8.
- FRANKLIN, D. L. (2008): «Enemy Combatants and the jurisdictional fact doctrine», *Cardozo Law Review*, núm. 29, Issue 3.
- FROSINI, T. E. (2006): «El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76.
- GOLDSTEIN, J. A. (2007): «Habeas without rights», WILLIAMS, R., *University School of Law, Faculty Papers*, Paper 16.
- LANDAU, J. (2009): «Muscular procedure: conditional deference in the executive detention cases», *Columbia Public Law §Legal Theory Working Papers*, núm. 84, 2009, pág. 9.
- MENÉNDEZ, A. J. (2008): «Bush II's constitutional and legal theory. The constitution of emergency between law and propaganda», *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Papeles de Trabajo*, núm. 3.
- PÉREZ ROYO, J., y CARRASCO DURÁN, M. (2010): *Terrorismo, Democracia y Seguridad en perspectiva constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2008): «Tipos de discurso judicial en la guerra contra el terrorismo. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Boumediene contra Bush*», *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, núm. 4.