

DERECHO INTERNACIONAL Y SU RELACION CON ESTADOS UNIDOS: EL CASO GUANTÁNAMO

THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO DUE PROCESS IN THE INTERNATIONAL LAW AND ITS RELATION WITH THE UNITED STATES: THE GUANTANAMO CASE

FLORABEL QUISPE REMÓN
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 23-11-09
Fecha de aceptación: 16-2-10

Resumen: *El debido proceso es un derecho fundamental que por vez primera fue recogido en la Constitución de Estados Unidos en 1791, en cuyo desarrollo jugó un papel importante el Tribunal Supremo. Posteriormente, con la humanización del derecho internacional, los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, de los que Estados Unidos es parte, le reconocen un lugar especial. Paradójicamente, asistimos a un escenario en el que invocando la seguridad y la “lucha contra el terror”, EEUU desconoce en Guantánamo varios de los elementos que configuran un debido proceso, entre otros derechos humanos. La fecha de cierre anunciada inicialmente por Obama, no se cumplió, por las dificultades que implica resolver la situación jurídica de los presos.*

Abstract: *The U.S. Constitution of 1791 introduced the fundamental right of due process, and subsequent Supreme Court actions played a significant role in its development. The humanization of international law, the creation of international instruments for the protection of human rights, and the advent of International Humanitarian Law subscribed to by the United States, collectively contributed to the recognition of the right of due process. Paradoxically and despite its pioneering efforts, the United States has flagrantly and consistently violated this and many other human rights in Guantanamo, in defence of national security and the “war against terror”. It now appears that Guantanamo will not be closed by the date set*



by Obama due to difficulties encountered in resolving the prisoners' legal situation.

Palabras clave: debido proceso legal, derechos humanos, legalidad.

Keywords: due process of law, human rights, legality

I. INTRODUCCIÓN

Los atentados ocurridos en la ciudad de Nueva York, el 11 de septiembre de 2001 (11S), marcaron un antes y un después en lo que a seguridad internacional se refiere. Así, en lo que llevamos del siglo XXI se han adoptado diversas medidas en nombre de la seguridad internacional, fundamentalmente, en Estados Unidos con repercusión dentro y fuera de sus fronteras.

Como consecuencia del 11S, la Base Naval de Guantánamo durante los últimos siete años ha sido mencionada en diversos estudios, foros y discursos, debido a las violaciones de los derechos humanos que se han cometido en su interior. Muchas personas sindicadas como “enemigos de Estados Unidos” han sido enviadas a dicho centro sin que se respeten sus garantías más elementales.

Con el proceso de humanización del derecho internacional, hace más de seis décadas, se produce el reconocimiento de ciertos derechos a todas las personas por el solo hecho de serlo. La aplicación o el otorgamiento de estos derechos, llamados derechos humanos, en ningún caso están condicionados a la gravedad de los ilícitos que se le imputan a una persona. Este trabajo pretende, por un lado, establecer que todos y cada uno de los seres humanos, al margen de los ilícitos cometidos, tiene derechos inherentes a su dignidad de ser humano, y en ningún caso, determinar la responsabilidad o inocencia de los presos de Guantánamo. Por otro lado, poner de manifiesto la incompatibilidad de las normas adoptadas por Estados Unidos tras el 11S, con su derecho interno y con las normas internacionales, especialmente en lo que a debido proceso se refiere. Finalmente se analizará brevemente, a la luz del anuncio de cierre de Guantánamo y el incumplimiento del primer plazo (enero 2010), las posibles dificultades que conlleva su cierre, y algunos aspectos a tener en cuenta a fin de evitar la violación de estos derechos tan básicos para cualquier ser humano.

Para ello, será indispensable el análisis de los diversos instrumentos internacionales de los derechos humanos y del derecho internacional humani-

tario, así como del derecho interno de Estados Unidos, su Constitución. Además se considerarán las decisiones del Tribunal Supremo, que nos permitirán tener una visión de lo sucedido con las normas adoptadas por Estados Unidos en relación con los detenidos en Guantánamo.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNO DE ESTADOS UNIDOS

1. En el Derecho Internacional de los derechos humanos

a. *En el ámbito universal*

Tras el proceso de humanización del derecho internacional el reconocimiento de una serie de derechos inherentes a todo ser humano que actúe frente a los poderes del Estado ha ido consolidándose cada vez más en el derecho internacional. Uno de estos derechos es el llamado debido proceso que ha sido reconocido tanto en el ámbito universal como en los distintos sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Ya en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), propulsora de la internacionalización de los derechos humanos que se consolidó como un parámetro de referencia universal para observar el grado de respeto y el cumplimiento con los estándares de derechos humanos internacionales¹, hacía referencia expresa al concepto del debido proceso en los artículos 10 y 11.

De este modo, el deber de respetar los derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo pasa a ser una obligación de los Estados y un interés internacional, y no un asunto interno². El ser humano comienza a

¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, A. LLAMAS GASCÓN, C. FERNÁNDEZ LIESA, *Textos Básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Madrid, 2001, p. 283.

² Ídem, p. 19. Como señala este autor, el derecho internacional antes de la Carta de las Naciones Unidas no contaba con normas que regularan el tratamiento que debía dar el Estado a sus nacionales, y solo regulaba la posición jurídica de los extranjeros de acuerdo a un estándar mínimo de justicia y civilización relativos a su integridad personal, de sus bienes, de su derecho de acceso a los tribunales de justicia, de su derecho a no ser discriminados ni tratados arbitrariamente. Dichas obligaciones, "sin embargo, eran debidas al Estado de la nacionalidad del extranjero en cuestión y no directamente a los individuos, ya que estos no eran titulares de derechos subjetivos en el derecho internacional tradicional" (p. 28).



contar con derechos propios oponibles jurídicamente a los Estados. Así, el reconocimiento de la dignidad humana proclamada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal trajo como consecuencia no solo la obligación moral y política, sino también jurídica de los Estados de asegurar el respeto de los derechos humanos, e hizo que los derechos humanos se constituyesen en una de las dimensiones constitucionales del Derecho internacional contemporáneo³. Este proceso se consolidó con la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)⁴ que complementan los derechos enumerados en la Declaración Universal⁵.

El PIDCP, del cual Estados Unidos es parte, reconoce el derecho al debido proceso en su artículo 14, al establecer en su numeral uno que:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente⁶ y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”

Al igual que la DUDH, confiere especial atención al ámbito penal, al otorgar a toda persona acusada de un delito el derecho a la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme con la ley (artículo 14.2). Durante el desarrollo de todo el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a contar con garantías mínimas (artículo 14.3) como:

³ Ídem, p. 135; asimismo: C. M. DÍAZ BARRADO, “La sociedad internacional en busca de un orden constitucional”, *Anuario argentino de derecho internacional*, núm. VI, 1994-1995, pp. 13-39 y pp. 26-28; C. FERNÁNDEZ LIESA, A. ALCOCEBA GALLEGU, “La idea de Constitución y el fenómeno jurídico internacional”, *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, G. Peces-Barba y R. Avilés (coord.), Marcial Pons, 2004, pp. 745-791.

⁴ Aprobados en Nueva York, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Estados Unidos firmó el PIDCP el 5 de octubre de 1977 y lo ratificó el 8 de junio de 1992.

⁵ Es el caso del derecho a la autodeterminación de los pueblos y el derecho de cada pueblo a disponer de sus riquezas naturales (artículo 1, apartados 1 y 2); el derecho de huelga (artículo 8), la protección de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas (artículo 27); la prohibición de toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (artículo 20).

⁶ Excepto lo establecido en el artículo 14.1.



- a. Derecho a ser informada sin demora de las causas de la acusación.
- b. Derecho a disponer del tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con su abogado defensor.
- c. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.
- d. Derecho a estar presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección.
- e. Derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo.
- f. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o habla el idioma empleado en el tribunal.
- g. Derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Por otro lado, el artículo 14.5 del Pacto establece: “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por ley*”. De este modo reconoce el derecho a la doble instancia como un elemento del debido proceso. Además, establece el “*derecho a no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme*” (artículo 14.7), o lo que es lo mismo, el principio *nom bis in idem*.

Dada la trascendencia del debido proceso en la vigencia efectiva de los derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos (el CDH o el Comité) en la *Observación General 13* interpretó, y en su caso amplió, el contenido del artículo 14 del PIDCP. En primer término destacó su naturaleza compleja además de señalar que la finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de justicia. En ese orden de cosas, para lograr la independencia, imparcialidad y competencia se debería tomar en cuenta: “La manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y la duración de su mandato, las condiciones que rigen su ascenso, traslado y cesación de funciones y la independencia efectiva del poder judicial con respecto al poder ejecutivo y legislativo”⁷. De este modo, se garantizaría la efectividad del derecho por cuanto contar con un juez competente, independiente e imparcial, en el sentido del párrafo 1 del artí-

⁷ Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 13, artículo 14. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 21º período de sesiones del 13 de abril de 1984, párrafo 3. Esta ha sido sustituida por la *Observación general 32, artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 90º período de sesiones del 23 de agosto de 2007.



culo 14, “es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna”⁸.

El Comité, también, destaca la importancia de la presunción de inocencia para la protección de los derechos humanos. En virtud de este derecho, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda⁹. Señala que los acusados no deberían llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser llevados ante un tribunal dando la apariencia de delincuentes peligrosos. Incide en que no debe considerarse como signo de culpabilidad, la duración de la detención preventiva.

El objetivo del artículo 14 es velar por la adecuada administración de justicia, y para ello garantiza una serie de derechos específicos que deben ser respetados por los Estados independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados partes deben informar sobre la interpretación de estas garantías que se dan en los respectivos ordenamientos jurídicos, el contenido esencial no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno¹⁰, por ser aspectos esenciales para el ejercicio efectivo de los demás derechos humanos reconocidos en el Pacto.

Para el Comité, la noción de juicio justo con las debidas garantías incluye la garantía de una audiencia pública e imparcial¹¹. Un proceso equitativo implica la ausencia de cualquier tipo de presión, influencia, intimidación, discriminación, amenaza de cualquier parte o por cualquier motivo. Así, una audiencia donde haya una evidente actuación hostil por parte del público y esta sea permitida por el tribunal, no será imparcial; en igual sentido, las expresiones de actitudes racistas por parte de los miembros del jurado dispensado por el tribunal afectan el carácter equitativo del proceso¹². Se trata de una interpretación amplia que protege en todo momento a la persona de los diversos actos, sea que estos provengan del jurado o del ámbito exterior. Sobre la doble

⁸ Es necesario proteger a los jueces contra los conflictos de intereses y la intimidación. Para salvaguardar su independencia, la ley debería garantizar la condición jurídica de los jueces, incluida su permanencia por los períodos establecidos, su seguridad, su remuneración, sus condiciones de servicio, sus pensiones y una edad de jubilación adecuada. Cfr. Organización de las Naciones Unidas, CDH, *Observación general 32*, op. cit., párrafo 19.

⁹ Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 32*, op. cit., párrafo 30. En el párrafo 7 de la *Observación general 13*, el CDH señala que la presunción de inocencia está expresada en términos muy ambiguos o entraña condiciones que la hacen ineficaz.

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 32*, op. cit., párrafo 4.

¹¹ Ídem, párrafo 25.

¹² Ibídem.



instancia ha dejado claro que no se limita a los delitos más graves¹³. Se vulnera este derecho, dice el Comité, si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva y cuando una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior¹⁴. Este derecho impone al Estado parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, dado que una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena no es suficiente.

Así, el CDH realiza una amplia interpretación del artículo 14 del PIDCP y brinda una mayor y mejor protección al ser humano. Es importante, para el Comité, que los Estados acepten la plena gama de obligaciones dado que las normas de derechos humanos son la expresión jurídica de los derechos básicos a que toda persona se hace acreedora¹⁵. En ese contexto, reconoció que las disposiciones que son de derecho internacional consuetudinario, y con mayor razón las normas de *ius cogens*, no pueden ser objetos de reservas. “Y aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías”¹⁶.

¹³ Ibídem. Señala el CDH que si la legislación interna prevé varias instancias de apelación, la persona debe tener acceso a cada una de ellas.

¹⁴ “Cuando un tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto”. (*Observación general 32*, párrafo 47)

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 24, sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, 52º período de sesiones del 1 de noviembre de 1994, párrafo 4.

¹⁶ Además, el CDH señala que no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de privar arbitrariamente de la vida a las personas, de detener y encarcelar arbitrariamente, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en núbil el derecho a contraer matrimonio o de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Cfr. Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Observación general 24*, op. cit., párrafo 8. (el entrecomillado y las cursivas son mías).

b. *En el ámbito americano*

Los Estados Americanos en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948 ya proclamaban los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo. Estados Unidos es Estado miembro de la OEA. De igual forma, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁷ (La Declaración Americana) reconocía en su cláusula introductoria, como guía principalísima del Derecho americano en evolución, la protección internacional de los derechos del hombre. Esto ponía de manifiesto el propósito inequívoco de reconocer una dimensión internacional a los derechos humanos, así como la adopción de medidas progresivas para instaurar su protección dentro del Derecho americano¹⁸.

La Declaración Americana es el primer instrumento de esta naturaleza, al haber sido adoptada antes que la DUDH. Reconoce y determina los derechos humanos y, entre otros, el derecho al debido proceso, en los artículos XVIII (derecho a la justicia) y XXVI (derecho a un proceso regular). El artículo XVIII señala:

“Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

Es un derecho reconocido a toda persona para hacer valer sus derechos sin distinción alguna. Establece el derecho de acción y el derecho a un procedimiento sencillo y breve. En segundo lugar el artículo XXVI reconoce el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso regular, al indicar que:

“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

La Carta y la Declaración Americana fueron las primeras piedras en la construcción de un mecanismo de protección de los derechos humanos en América, no obstante a sus carencias. No hacían referencia al derecho a un juez competente, independiente e imparcial, limitaban las garantías a los procesos penales, y no establecían un órgano encargado de supervisar su cumplimiento. En esta línea de perfeccionamiento nace la Convención Americana de

¹⁷ Aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá de 1948.

¹⁸ P. NIKKEN, *La Protección Internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 284.

Derechos Humanos (La CADH o la Convención)¹⁹ que establece tanto deberes positivos como negativos para los gobiernos²⁰ y hace titulares de los derechos a los seres humanos²¹. Reconoce de este modo, el respeto irrestricto de los derechos humanos en este continente. Las personas de esta región del mundo están bajo el paraguas de la Declaración Americana y/o de la CADH, según haya sido ratificada o no la CADH, por parte del Estado, sin dejar de lado, claro está, a los instrumentos de ámbito universal de los que forma parte.

Así, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos, “parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente”²². Por ello, como señaló la Corte interamericana, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías dirigidas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona²³. Así, los Estados al aprobar la Convención se han preocupado por establecer determinadas garantías para hacer efectivo el goce de los derechos humanos reconocidos en este instrumento.

En el artículo 8 de la CADH se recoge bajo el título de “garantías judiciales” una serie de derechos del que goza toda persona en un proceso²⁴, fundamental-

¹⁹ Adoptada el 21 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978. Ver más en: Doc. 70 Rev. 1, pp. 507-534. Acta Final de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en *Actas y Documentos, 7-22 de noviembre de 1969*, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C.

²⁰ T. BUERGENTHAL, “El Sistema Interamericano para la Protección de los derechos Humanos”, *Anuario Jurídico Interamericano*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría de la Organización de los Estados Americanos, Washington D. C., 1982, p. 124.

²¹ P. NIKKEN, “El Estado y los particulares: entre el respeto y la garantía de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en VV.AA., *Justicia, libertad y derechos humanos, ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, tomo II, IIDH, San José, Costa Rica, 2003, pp. 661-747.

²² Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86* del 9 de mayo de 1986, párrafo 21, reiterado en el caso *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 120.

²³ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-6/86*, op. cit., párrafo 22.

²⁴ Entendiendo al proceso como un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia a la cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso. Véase: Corte IDH en la



mente, en el ámbito penal. Este derecho, al igual que los otros derechos humanos, por un lado constituye un límite a la voluntad del Estado y por otro, le otorga a la persona el derecho de exigir al Estado que garantice judicialmente esos derechos.

De todo lo dicho hasta hoy, se infiere que el derecho al debido proceso ha sido desarrollado ampliamente por los distintos órganos de protección de los derechos humanos a nivel universal y regional. Es el caso del Comité que en sus diversas observaciones generales, específicamente en la 13 y 32, ha incidido en la importancia del debido proceso. Lo mismo sucede con la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos que a través de sus decisiones han demostrado que el debido proceso es la piedra angular de los derechos humanos²⁵. Por tanto, Estados Unidos como Estado parte de la OEA y Estado parte del PIDCP, está en la obligación de cumplir con el reconocimiento, protección y garantía del debido proceso.

2. En el Derecho Internacional Humanitario

Además, de su reconocimiento y desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos, el debido proceso, ha sido recogido en el marco del derecho internacional humanitario (DIH)²⁶ y del derecho penal interna-

Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, del 1 de octubre de 1999, párrafo 40.

²⁵ Sobre el análisis del debido proceso en el sistema interamericano véase mi trabajo *El debido proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 650 pp.

²⁶ Se rige por los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949: I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas armadas en campaña; II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Además, cuenta con dos protocolos adicionales, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales (protocolo I), y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II), del 12 de diciembre de 1977. Cada uno de los convenios protege a una categoría especial de víctimas de guerra. Sobre DIH, entre otros, véase: F. DIETER, *The handbook of International humanitarian law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; S. GÜELL PERIS, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, Dykinson, Madrid, 2005; A. MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990; J. PICTET, *The principles of International humanitarian law*, International Committee of the Red Cross, Ginebra, Italia, 1966.



cional. Los derechos de naturaleza procesal que garantiza el DIH dependen del estatuto que tenga la persona acusada²⁷. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra²⁸, cuya base es el respeto de la persona humana, establece que en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

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

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos (...).”

Son derechos mínimos cuya aplicación es imprescindible. Su objetivo, en palabras de Pictet, es prohibir prácticas bastantes generales en tiempo de guerra. Las condenas y ejecuciones sin previo juicio llevan aparejado un riesgo de error muy grande. Para Pictet la “justicia sumaria” por eficaz que sea –lo que aún está por demostrar-, debido al temor que suscita, “añade más víctimas inocentes a todas las víctimas inocentes que causa el conflicto”²⁹. Reconoce que todos los pueblos civilizados brindan a la administración de justicia garantías destinadas a eliminar los errores judiciales. Por ser indispensables

²⁷ M. PÉREZ GONZÁLEZ y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos”, en *REDI*, volumen LIV, 2002, pp. 26-27.

²⁸ Sobre el origen y desarrollo de este artículo, véase: J. PICTET, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, en www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/5TDDMMU (última visita, en marzo de 2009).

²⁹ J. PICTET, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra...”, op. cit. Este autor deja claro que el Convenio a través de este artículo solo pretende prohibir la justicia sumaria, la justicia rápida, mas no confiere ningún tipo de inmunidad. No impide en ningún caso que se ponga al presunto culpable, mediante su detención, en la imposibilidad de hacer daño; deja intacto el derecho del Estado a enjuiciar, condenar y castigar, conforme con la ley.



para la protección de la persona, como acertadamente señala Pictet, constituyen una necesidad válida incluso en tiempos de guerra. El valor de esta disposición sobrepasa el marco del artículo 3. Si es el mínimo que debe aplicarse en los conflictos indeterminados, su respeto sea mayor y mejor en los conflictos internacionales propiamente dichos, que implican la aplicación internacional del Convenio, ya que “quien está obligado a lo más está obligado a lo menos”³⁰.

De esta manera, el artículo 3 garantiza la vigencia de ciertos derechos básicos, cuya prohibición es absoluta y permanente, y no admite excepción ni excusa alguna. Hay quien señala que de este artículo se pueden deducir todas las garantías esenciales que dimanen de los requisitos del debido proceso³¹. Con este derecho, se garantiza el ejercicio del derecho de defensa, y que las condenas y las ejecuciones se lleven a cabo previo juicio y con las garantías básicas que eviten las arbitrariedades. Es importante, conforme con el debido proceso reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, que el juez sea competente, independiente e imparcial, además de predeterminado por ley, para que su decisión final sea conforme con la ley y con las actuaciones probatorias. Así, todos los procesos y juicios deben llevarse a cabo ante un tribunal legítimamente constituido y con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

El artículo 3, común a los Convenios de Ginebra, es la pieza fundamental del DIH cuya finalidad es ofrecer una mejor protección a las personas afectadas por las tensiones interiores. Este artículo, además de las garantías que proporciona el principio de intangibilidad reconocidas en los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, prohíbe las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio³².

Su ámbito de aplicación no se limita a los conflictos de índole no internacional. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso de actividades militares y paramilitares, señaló que el artículo 3 contiene consideraciones elementales de humanidad válidas en cualquier conflicto armado, no solo

³⁰ J. PICTET, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra...”, op. cit.

³¹ C. ANTÓN, “Las garantías procesales”, en VV.AA., *El Sistema de Garantías Judiciales del Derecho Internacional Humanitario, con especial referencia a la jurisdicción militar*, IV Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos, Comité Internacional de la Cruz Roja, Madrid, 2003, p. 138.

³² Y. MOMTAZ, “Las normas humanitarias mínimas aplicables en periodo de disturbios y tensiones interiores”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, número 147, 1998, p. 493.



de carácter interno. Señaló que “Los Estados Unidos tiene la obligación de ‘respetar’ los Convenios e incluso “asegurar el respeto” para ellos, y no así animar a las personas o grupos involucrados en el conflicto en Nicaragua para que actúen en violación de las disposiciones del artículo 3. Esta obligación se deriva de los principios generales del derecho humanitario al cual las convenciones dan simplemente la expresión específica”³³.

Los Convenios de Ginebra, tercer y cuarto, que regulan los conflictos armados internacionales, además del artículo 3, establecen con más detalle las garantías judiciales en lo que a los procedimientos penales contra los prisioneros de guerra y las personas civiles se refieren, respectivamente. El III Convenio, bajo el título de “Sanciones penales y disciplinarias” (artículos 82-108), instaure las pautas que se deben respetar con los prisioneros de guerra, y dispone el respeto de las garantías esenciales de independencia e imparcialidad reconocidas, entre ellas el derecho a un abogado de su elección o a un abogado de oficio, a hacer comparecer testigos y, si lo necesita, a que se le brinde un intérprete, a que el defensor cuente con un plazo de dos semanas para preparar su defensa, el derecho a conversar libremente con su abogado defensor sin testigos y el derecho a recurrir en apelación³⁴. Es de señalar que son únicamente los tribunales militares los que podrán juzgar a los prisioneros de guerra, salvo que la legislación de la potencia detenedora autorice a los tribunales civiles el juzgamiento de militares por un hecho similar a la causante de la acusación contra el prisionero.

Por su parte, el IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, en el artículo 146 parte última, establece que los inculcados en todas las circunstancias deben contar con garantías de procedimiento y de libre defensa, que en ningún caso pueden ser inferiores a las garantías mencionadas en el III Convenio. Constituye una infracción grave según las prescripciones de este convenio, entre otras, el hecho de privar de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente (art.147)³⁵.

³³ *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua contra Estados Unidos de América), del 27 de junio de 1986, párrafos 218-220. La versión en inglés: “The United States is under an obligation to ‘respect’ the Conventions and even to ‘ensure respect’ for them, and thus not to encourage persons or groups engaged in the conflict in Nicaragua to act in violation of the provisions of article 3. This obligation derives from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression” (párrafo 220).

³⁴ Véase: artículos 84 y 105 del III Convenio de Ginebra. También se les reconoce el principio *non bis in ídem*.

³⁵ Véase el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra.



Por otro lado, también, los dos protocolos adicionales de 1977³⁶ recogen al debido proceso, exigiendo con más detalle el cumplimiento de algunos elementos de este. El Protocolo I, en el artículo 75.4, recoge este derecho bajo las denominadas “Garantías fundamentales”. Son derechos que han sido recogidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos³⁷ y en el derecho interno.

Igualmente, el Protocolo II, bajo el título de “Diligencias penales” en el artículo 6, se refiere a las garantías esenciales de la independencia e imparcialidad. Este se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado (artículo 6.1); por su parte el artículo 6.2 recoge gran parte de los derechos del artículo 75 del Protocolo I, referidos al debido proceso.

De este modo las garantías esenciales del debido proceso han ido incorporándose con más detalle en el DIH. No cabe duda, como señala Oraá, que las normas del debido proceso desempeñan un papel importante en las leyes de guerra³⁸. Las garantías del primer protocolo extienden la protección

³⁶ La CIJ en la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, luego de establecer los principios cardinales que rigen el DIH, se refirió a la “cláusula Martens” y señaló “que en los casos no previstos en el artículo 2 del Protocolo I de 1977, o por otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública”. CIJ, Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, *Opinión consultiva del 8 de julio de 1996*. La versión original: “*Dans les cas non prévus par le présent protocole ou par d’autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restents sous la sauvegarde et sous l’empire des principes du droit des gens tels qu’ils résultent des usages établis, des principes de l’humanité et des exigences de la conscience publique*”. Este mínimo protector asegurado por la “cláusula Martens” ha sido recogido de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907.

³⁷ La Comisión Internacional de la Cruz Roja en el comentario sobre los protocolos adicionales señaló que gran parte de las garantías recogidas en el artículo 75 del Protocolo I se encuentran en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de ámbito universal y regional. Así, se puede decir que las garantías que componen el debido proceso en los instrumentos internacionales de los derechos humanos y en los del DIH son idénticos. Todas responden a un consenso mínimo de los pueblos civilizados.

³⁸ J. ORAÁ, *Human Rights in States of Emergency in the International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p.114-115. Destaca que la Comisión Internacional de Juristas, luego de un análisis minucioso del artículo 15 y 16 del PIDCP ha identificado 20 derechos diferentes relacionados al debido proceso. Esta comisión ha propuesto que estos derechos sean inderogables y no susceptibles de suspensión. Se incluye en esta lista los derechos recogidos en el artículo 6 (Protocolo II), artículo 75.4 (Protocolo I) a los Convenios de Ginebra.



del debido proceso a las personas privadas de libertad que no están cubiertas por los Convenios de Ginebra, es decir, aquellas que no gozan del estatuto de prisionero de guerra ni son civiles internados o civiles en territorio ocupado³⁹. De los instrumentos del DIH, se advierte que no todos recogen los mismos derechos, pero no por ello dejan de aplicarse y son incompatibles.

Teniendo en cuenta que el terrorismo es uno de los problemas que aqueja al mundo del siglo XXI, hay que señalar que el DIH es aplicable a la “guerra contra el terrorismo”⁴⁰. La lucha contra el terrorismo y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de actos terroristas están regidos por el DIH si tiene lugar durante un conflicto armado. “Esto no es un obstáculo para combatir el terrorismo, y los terroristas sospechosos pueden ser enjuiciados por sus actos de terror. Pero incluso los miembros de las Fuerzas Armadas o los “combatientes ilegales” de los que se sospeche que han cometido actos de terror son protegidos por los Convenios de Ginebra y tienen derecho a garantías judiciales y deben comparecer ante un tribunal”⁴¹. Al fin y al cabo, son los tratados del DIH los que ofrecen y garantizan, en tiempos de guerra, la protección de la persona y su dignidad⁴².

3. El debido proceso en la Constitución americana: su reconocimiento expreso

Es difícil creer que Estados Unidos desconozca el derecho al debido proceso, de la forma que lo ha venido haciendo con los presos de Guantánamo, cuando ha sido pionero en el reconocimiento y la evolución, a través del Tri-

³⁹ Véase: CIJ, “Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares”, op. cit. Además, véase: C. ANTÓN, “Las garantías procesales...”, op. cit., p. 139.

⁴⁰ M. SASSÓLI, “La ‘guerra contra el terrorismo’, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”, en [http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/67BNHG/\\$File/20%20Sassoli.pdf](http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/67BNHG/$File/20%20Sassoli.pdf); Comité Internacional de la Cruz Roja, “La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo”, en <http://www.cicr.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/6FSJL7> (ambos última visita en marzo 2009). Además, véase: M. PÉREZ GONZÁLEZ y otro, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario...”, op. cit., pp. 17-36.

⁴¹ H. GASSER, “Actos de terror, ‘terrorismo’ y Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 847, septiembre de 2002.

⁴² A. MANGAS MARTÍN, “Derechos humanos y derecho humanitario bélico en el marco de los conflictos armados internos”, *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gastéiz*, 1989, p. 70.

bunal Supremo, de este Derecho. No hay más que ver las Enmiendas V, VI (1791) y XIV (1868) a la Constitución americana.

La Enmienda V establece que:

“Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa (...) no se le obligará a declarar contra sí mismo en ninguna causa criminal; no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin un debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.

Otorga garantías a los individuos en los asuntos penales y en la protección del derecho de propiedad. En el ámbito penal impide que la autoridad confunda su obligación de brindar un proceso legal con el simple cumplimiento de formalidades procesales, exigiendo una serie de garantías de contenido material que impiden que el acusado sea expuesto al “cruel dilema de autoacusación, perjurio o desacato”⁴³. Hoy en día es un derecho cuyo ámbito de protección va más allá del ámbito penal.

Por su parte la Enmienda VI establece que:

“En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, que se le caree con los testigos que depongan en su contra, que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado para su defensa”.

Aunque no existe una mención literal al debido proceso, se garantiza el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en las enmiendas V y XIV. Reconoce el derecho a un juicio rápido y público, a un jurado imparcial, competente y predeterminado por ley, a conocer la naturaleza y causa de la acusación, a contar con un abogado defensor y a interrogar a los testigos. Elementos estos indispensables para la existencia de un debido proceso. Se centra en cuestiones procesales y en derechos conferidos a la persona en una causa criminal. Sin estos elementos, sería imposible el logro efectivo del derecho a un debido proceso durante el desarrollo del proceso judicial.

Además de estas dos Enmiendas, en 1868 se adoptó la Enmienda XIV para ampliar el ámbito de aplicación del debido proceso.

⁴³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Selección de Fallos Sobre Derecho Constitucional de la Corte Suprema de Estados Unidos*, traducción de Fernando N. Barrancos y Vedia, Ediciones jurídicas de las Américas, Washington D.C., 1986, p. 48.

“Toda persona nacida o naturalizada en Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadano de Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado promulgará ni aprobará leyes que disminuyan los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos; ni ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal, ni podrá negar a ninguna persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la igual protección de las leyes”.

La última parte de esta Enmienda establece la igual protección de la ley para todos aquellos que se encuentran dentro de la jurisdicción de Estados Unidos. Así, confiere una garantía adicional contra cualquier acto arbitrario sobre los derechos fundamentales propios de cada individuo como integrantes de la sociedad por parte de los Estados federados. Su adopción subordina la acción de estos Estados a las cláusulas del debido proceso y a la igual protección de las leyes, otorgando una amplia protección al individuo⁴⁴. Su incorporación en el texto constitucional, en las enmiendas V y XIV, constituye la base de un ejercicio efectivo de los derechos inherentes al individuo, que permite que los demás derechos reconocidos a la persona humana se hagan efectivos⁴⁵.

El debido proceso es un derecho fundamental reconocido en la Constitución de Estados Unidos. Por ende, su obligación de proteger y garantizar este derecho se deriva además de su derecho interno, del derecho internacional donde el debido proceso ha sido reconocido como un elemento básico en la protección de los derechos humanos.

III. TRAS EL 11S: ESTADOS UNIDOS Y LA ADOPCIÓN DE LEYES INTERNAS - INCOMPATIBILIDAD CON SU DERECHO INTERNO Y CON EL DERECHO INTERNACIONAL

Tras los atentados del 11S en Estados Unidos se han aprobado leyes que atentan contra el derecho al debido proceso. Así, en la Base Naval de Guan-

⁴⁴ Sobre la Enmienda XIV y su diferencia con la Enmienda V, entre otros, véase: TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press INC., 1988, pp. 548-550, C. WOLFE, *La Transformación de la Interpretación Constitucional*, traducción realizada por María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, Civitas, Madrid, 1991, pp. 167-200, y J. F. LINARES, *Razonabilidad de las Leyes, El debido proceso como garantías innominadas en la Constitución Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1970.

⁴⁵ Como dice HOUGH: *“el debido proceso impuesto, ante todo, no es un trámite obligatorio de derecho, sino una maquinaria adecuada para proporcionar derecho”* (C. M. HOUGH, *“Due Process of Law - To - Day”*, *Harvard Law Review*, 1919, p. 219, traducción propia).

tánamo uno de los derechos violados abiertamente es, justamente, el derecho cuya suspensión o derogación bajo ninguna circunstancia es permitida en el derecho internacional, es decir, el debido proceso.

En Estados Unidos el debido proceso es reconocido taxativamente como un derecho fundamental, pero en situaciones como la de Guantánamo no ha sido garantizado. Respetar es reconocer y aplicar adecuadamente este derecho a todo aquel que se encuentra dilucidando una determinada situación ante los órganos del Estado, sin importar la gravedad de los hechos que pudiera haber cometido.

a. La política de seguridad nacional de Estados Unidos frente al debido proceso

Las medidas adoptadas tras el 11S como política de seguridad, por el Gobierno estadounidense con su presidente George Bush, han generado más de un problema al tema de los derechos humanos. La “lucha contra el terror” iniciada por este país ha causado una gran repercusión en el ámbito internacional⁴⁶. Sin duda, un acto legítimo, en abstracto, por parte del Gobierno americano -la defensa de su territorio-, sin embargo los medios para alcanzar dicho objetivo no han sido necesariamente compatibles con el respeto a los derechos humanos, fundamentalmente con el derecho al debido proceso, aspectos que han generado una gran polémica y un desacuerdo en el mundo⁴⁷. En enero del 2002, poco después de iniciar una campaña militar en Afganistán, los Estados Unidos empezaron a transferir a cientos de per-

⁴⁶ Sobre la repercusión, para los derechos humanos, de las acciones adoptadas tras el 11 de septiembre en Estados Unidos, véase: J. GONZÁLEZ IBÁÑEZ, “El post 11 de setiembre y los Derechos Humanos: las estrategias complementarias de Estados Unidos y Europa”, 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, *Tiempo de Paz*, núm. 90, 2008, pp. 90-99.

⁴⁷ La forma de enfrentar el problema en el ámbito europeo, desde luego, fue diferente al de Estados Unidos. Los Estados europeos han respondido con mecanismos jurídicos a esta amenaza, y no con recursos netamente militares. Como bien señala González Ibáñez “A diferencia de Estados Unidos, ningún país europeo adoptó políticas basadas en ataques o guerras preventivas o una limitación tan abrupta de los derechos fundamentales contenida en legítimos y legales instrumentos normativos como el Patriot Act de Estados Unidos”. Así para este autor una decisión similar en España hubiese sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional español, como sucedió con un Tribunal británico respecto a ciertas medidas adoptadas por Toni Blair al señalar que eran contrarias a la Convención Europea de Derechos Humanos, por ende nulas. Cfr. GONZÁLEZ IBÁÑEZ, “El post 11 de ...”, op. cit., p. 93.



sonas capturadas durante las operaciones militares en Afganistán a Guantánamo Bay, donde desde entonces han sido detenidos sin cargos como “combatientes ilegales”⁴⁸.

Se puede sostener que en la política de seguridad americana a nivel interno e internacional hay un antes y un después del 11S. En el ámbito interno se han adoptado, entre otras: El Acta Patriota, la Orden Ejecutiva 13224, y la Ley de Identificación. En nombre del Acta Patriota se han cometido abusos por la ausencia de límites y equilibrio en su aplicación⁴⁹. No existía un control judicial sobre las actuaciones que se realizaban en el marco de esta norma. Lo mismo sucedió con la Orden Ejecutiva 13224⁵⁰ y con la ley de identificación⁵¹. To-

⁴⁸ J. FLEUR, “Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception”, *EJIL*, vol. 16, núm. 4, p. 616, traducción propia.

⁴⁹ El Acta Patriota (USA Patriot Act) se promulgó el 26 de octubre del 2001. Su objetivo: “*deter and punish terrorist acts in the United States and around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes*”. Permite que se lleven a cabo registros de telecomunicaciones electrónicas (correo electrónico, móviles, etcétera), documentos financieros, personales. Por otro lado, también se amplían las competencias de los servicios secretos norteamericanos en el extranjero. El documento completo puede verse en: <http://www.epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>

⁵⁰ Se aprobó el 24 de setiembre de 2001. A través de esta se otorgan más poderes a la Oficina de Control de Capitales Extranjeros (OCCE) para poder interrumpir el apoyo financiero localizado en Estados Unidos. El OCCE es competente para imponer sanciones económicas contra personas sospechosas de terrorismo. Esta oficina puede congelar los activos de cualquier persona, grupo o Estado considerado como terrorista por Estados Unidos. Las personas encargadas de investigar e incluir en la lista de sospechas a las organizaciones o a los ciudadanos terroristas son: el secretario de Estado, el secretario del Tesoro, y el ministro de Justicia. Véase: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010924-1.html>.

⁵¹ Se aprobó el 11 de mayo de 2005. Su objetivo es crear un sistema estándar para los documentos de identificación en Estados Unidos (documento nacional de identidad, permiso de conducir). Se trata de que los datos de las personas se encuentren en dichos documentos, tales como la fecha de nacimiento, número de la seguridad social, dirección permanente, además lo que el Gobierno considere que debe ser indicado en dicho documento. Por otro lado, la Ley de Identificación Genuina intenta agilizar la construcción de barreras en las fronteras de los Estados Unidos. Finalmente, esta ley amplía la base para que el Gobierno pueda deportar extranjeros introduciendo nuevas razones y ampliando la definición de actividades terroristas que el Gobierno puede citar para forzar la deportación. Esta norma ha generado gran polémica por cuanto se entiende que cada Estado provea a otros el acceso electrónico y directo a su base de datos. Asimismo, el Departamento de Seguridad Nacional requiere que cada documento de identidad contenga una etiqueta de radiofrecuencia, la cual permitiría hacer el seguimiento al ciudadano; así, debido al modelo estándar exigido, una máquina podría leer la información contenida en los carnés de cada Estado.

das han generado polémica por su incompatibilidad con el respeto de ciertos derechos civiles.

Estas medidas internas antiterroristas otorgan amplios poderes al Gobierno Federal, al Poder Judicial o al mismo Presidente, lo que significa el incremento de las competencias de los cuerpos de seguridad y servicios secretos. Estas medidas, en ocasiones, se traducen en actuaciones como la detención por simple sospecha, y con clara ausencia del debido proceso, que en condiciones normales, solo ocurriría ante un hecho ilícito *in fraganti*. Además del debido proceso, pueden ser incompatibles con el derecho a la intimidad, la libertad, entre otros.

Se trata de medidas que han sido adoptadas en circunstancias de premura, y probablemente no analizadas adecuadamente antes de su aprobación. Fueron objetadas en algunos Estados por considerarlas incompatibles con varias de las enmiendas a la Constitución, incluida las enmiendas V, VI y XIV⁵².

Así, para Fleur a través de la Orden Militar de 2001 y una serie de órdenes posteriores emitidas por el Departamento de Defensa, el Ejecutivo de Estados Unidos, ha construido un régimen jurídico complejo que rodea a los presos de Guantánamo⁵³.

Además de las normas domésticas, también se han presentado otras de carácter global⁵⁴. Precisamente, la *Autorization for the Use of Military Force* contra te-

⁵² 322 municipios y cuatro Estados (Alaska, Hawai, Maine y Vermont) promulgaron leyes en contra del Acta Patriota. Estos reclamos hicieron que el Congreso revisara y señalara la necesidad de realizar algunos cambios para evitar violaciones de los derechos civiles. Así, el Congreso aprobó el USA PATRIOT REAUTORIZATION ACTS (H.R. 3199 and S. 1389) y la USA PATRIOT ACT ADDITIONAL REAUTHORIZING AMENDMENTS ACT of 2006 (S. 2271). Se añadieron enmiendas para proteger los derechos civiles, adoptando mayor control y revisión judicial, así como procedimientos más estrictos para obtener registro y mayor transparencia.

⁵³ FLEUR, J. "Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception", op. cit., p. 617.

⁵⁴ La Autorización del Uso de la Fuerza contra Terroristas y el Acto de Comisiones Militares. La primera aprobada el 14 de septiembre de 2001, establece:..."*In general. That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons*". Casi un año después, el Congreso aprobó basado en este instrumento, autorizar el uso de la fuerza contra Irak. La segunda aprobada el 17 de octubre de 2006, a través de la cual, Bush firma la ley que excluye a los tribunales de Estados Unidos de competencia para examinar los recursos de habeas corpus de los ciudadanos extranjeros detenidos como "combatientes enemigos" bajo la custodia de Estados Unidos en cualquier lugar del mundo.

roristas fue la base para crear, entre otros, el Tribunal (con el nombre de Comisión) de Guantánamo. Es una ley poco precisa, que autoriza al presidente a acudir a cualquier medio necesario para neutralizar a todas aquellas naciones, organizaciones o personas que hayan participado o favorecido los ataques terroristas a Estados Unidos. Le confiere un poder ilimitado al presidente para ordenar la detención por tiempo indefinido de quien considere terrorista. A través de esta norma se delega la gestión del estado de emergencia. Por otro lado, *The Military Commissions Act of 2006* establece un sistema de tribunales para juzgar a los enemigos detenidos por el Ejército, que no sean ciudadanos norteamericanos, que según el Gobierno han cometido acciones hostiles contra Estados Unidos. "Se confía al ejecutivo el poder exclusivo de la acción penal, la ejecución de las penas (sea privativa de libertad, o capital), así como cada eventual decisión de revisión de un juicio que, por ley, no podrá tener apelación"⁵⁵. Se estableció una comisión de revisión, para actuar como un tribunal de segunda instancia, cuyos miembros eran elegidos por el presidente⁵⁶. Desde luego, un tribunal de estas características elimina automáticamente, entre otros, el derecho al debido proceso para las personas que el presidente designe como combatientes ilegales.

Por supuesto, las leyes constituyeron una carta blanca al Ejecutivo en claro perjuicio de los derechos civiles de las personas, especialmente de los presos de Guantánamo⁵⁷. Ante esta situación, desde un inicio, la comunidad internacional en general mostró su desacuerdo⁵⁸. Pero hay que señalar, que

⁵⁵ T. FROSINI, "El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, p. 48.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Las medidas adoptadas tras el 11 S por Estados Unidos, referente al Centro de Detención de Guantánamo, desde el 2001 hasta el 2007, puede verse en: E. GINÉS SANTIDRIÁN, "5º Aniversario de Guantánamo: la tortura que no cesa", *Tiempo de Paz*, núm. 84, 2007, pp. 93-97.

⁵⁸ Ante la presión internacional sobre el tratamiento a los presos en Guantánamo y otras cárceles norteamericanas, en 2005 se aprobó el "Detainee Treatment Act (DTA) 2005", que exige que cada miembro del Departamento de Defensa emplee únicamente las acciones de interrogatorio definidas en el "United States Army Field Manual on Intelligence Interrogation". Según la sección 1002 del Acto, "In General. No person in the custody or under the effective control of the Department of Defense or under detention in a Department of Defense facility shall be subject to any treatment or technique of interrogation not authorized by and listed in the United States Army Field Manual on Intelligence Interrogation". De acuerdo con la sección 1003 del Acto ningún prisionero del Gobierno de Estados Unidos estará sujeto a castigo o tratamiento que sea cruel, inhumano, o degradante. "In General- No individual in the custody or under the physical control of the United States Government, regardless of nationality or physical location,

no solo la adopción de las normas ha sido objeto de polémica, sino también la elección del lugar de detención. Hay quienes señalan que probablemente en la elección de Guantánamo como lugar de detención de los “combatientes ilegales” haya jugado un papel determinante el hecho de que la administración Bush “considerase este lugar apartado de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses, y, por tanto, excluyese a los prisioneros del circuito de las garantías del derecho doméstico y también del internacional”⁵⁹. Suponían, dice Dworkin, que no existiría la posibilidad de que los prisioneros emprendiesen acciones de petición de habeas corpus, por no estar bajo la jurisdicción de ningún tribunal federal, al no ser Estados Unidos una potencia soberana⁶⁰. Este aspecto fue aclarado por el Tribunal Supremo, como lo veremos más adelante.

Lo cierto es que desde que Guantánamo se estableció como un centro de detención para los combatientes ilegales, se ha venido haciendo referencia a la negación de ciertos derechos humanos a los detenidos, como el derecho al debido proceso. Esta situación generó el pronunciamiento de distintas organizaciones internacionales y de la sociedad civil exigiendo el reconocimiento del derecho a un proceso justo, la modificación en el trato de los detenidos y el cierre de este centro⁶¹. El clamor ha sido general contra la existencia de esta

shall be subject to cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment”. Por otro lado, señala: “The DTA also included a provision, 1005, which purports to sharply limit judicial review of petitions for a writ of habeas corpus (civil claims challenging the legality of detention or trial) brought by Guantánamo Bay detainees”. Esta sección 1005 del DTA hace más difícil que los reclusos de Guantánamo soliciten revisión judicial sobre su detención. Véase: Human Rights First, “In the Courts: Hamdan v. Rumsfeld Background Information on Legal Issues in the Case”, en http://www.humanrightsfirst.org/us_law/inthecourts/supreme_court_hamdan_bg.htm

⁵⁹ T. FROSINI, “El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo”, op. cit., p. 36. En igual sentido J. DASKAL, “Guantánamo: de presente a pasado imperfecto”, *Política Exterior*, vol. XXII, núm. 125, 2008, p. 52.

⁶⁰ R. DWORKIN, “Guantánamo y la Corte Suprema de Estados Unidos”, *Claves de la razón práctica*, núm. 146, 2004, p. 7.

⁶¹ Hubo muchos pronunciamientos sobre Guantánamo durante estos años. En el ámbito universal, además de la Comisión de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura en *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura*, del 19 de mayo de 2006, 36º período de sesiones; en el ámbito europeo, el Parlamento europeo ha condenado esta situación en reiteradas ocasiones. Es el caso de la Resolución sobre la situación de prisioneros de la Bahía de Guantánamo, del 7 de febrero de 2002; la recomendación al Consejo europeo sobre el derecho de los detenidos en Guantánamo a un juicio justo, del 10 de marzo de 2004, entre otros. En el ámbito americano la Comisión interamericana de derechos humanos reclamó el cierre de Guantánamo y la investigación de las denuncias de torturas, así como concedió el 12 de marzo de 2002 medidas cautelares; el 28 de julio de 2006 aprobó la Res. 1/06 urgiendo a Estados Unidos a cerrar



prisión, “su falta de garantías, la carencia del control judicial, el incumplimiento de la legislación Internacional y la persistencia de todo tipo de tortura y malos tratos, con la gravedad añadida de la utilización procesal de las confesiones y pruebas obtenidas a través de una maquinaria infernal”⁶². Desde luego, estos hechos atentan contra algunas normas imperativas de derecho internacional general, reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto como las normas de jerarquía superior que generan obligaciones *erga omnes*.

Las “comisiones militares” para juzgar a las personas detenidas en él no fueron acordes con las exigencias del derecho interno de Estados Unidos ni con el derecho Internacional por cuanto no ofrecían ningún tipo de garantía⁶³. Estas comisiones se situaban al margen del cauce ordinario de la justicia, para los cuales dispone “la no aplicabilidad de los principios de ley y las reglas de valoración de la prueba vigentes generalmente en los procesos penales celebrados en los tribunales de distrito de Estados Unidos”⁶⁴. El derecho internacional exige que los tribunales sean predeterminados por ley y que sean competentes, independientes e imparciales.

A los detenidos se les negaron los procedimientos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, como los tribunales ordinarios, civiles o militares. Como bien señaló la entonces Comisión de Derechos Humanos

en forma inmediata Guantánamo, a trasladar a los detenidos en cumplimiento con el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los detenidos tuvieran acceso a un proceso judicial justo y transparente ante una autoridad competente, independiente e imparcial. En igual sentido desempeñaron un papel muy activo organizaciones como Amnistía Internacional, Human Rights Watch, Center for Justice and International Law, entre otras.

⁶² E. GINÉS SANTIDRIÁN, “5º Aniversario de Guantánamo: la tortura que no cesa”, op. cit., p. 99.

⁶³ Creado por: Presidential Military Order: Detention, Treatment and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism, del 13 de noviembre de 2001. Si bien reconoce proporcionar un juicio completo e imparcial, sus disposiciones no garantizan ese derecho. Sobre la ilegalidad de estas comisiones, entre otros, véase: R. GOODMAN, D. JINKS, “International law, USA War Powers and the Global War on Terrorism”, *Harvard Law Review*, vol. 118, 2005-8, pp. 2653-2662; R. WEDGWOOD, “Terrorism and Military Commissions”, *AJIL*, vol. 96, 2002, pp. 328-337; F. MÉGRET, “Justice of Times of Violence”, *EJIL*, vol. 14, 2003-2, pp. 327-345; G. P. FLETCHER, “On Justice and War: Contradictions in the Proposed Military Tribunal” y D.F. ORENTLICHER, y R. KOGOD GOLMAND, “When Justice Goes to War: Prosecuting Terrorist Before Military Commissions”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2001-2002, pp. 635-652, y pp. 653-663, respectivamente.

⁶⁴ T. FROSINI, “El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo”, op. cit., p. 39.



(hoy Consejo de Derechos Humanos), en su informe sobre Guantánamo, se trata de casos difíciles de conciliar con el artículo 14 del PIDCP. “Según la orden militar, los jueces de las comisiones son nombrados por la “autoridad nominadora”, que está bajo la autoridad y responsabilidad del Departamento de Defensa y, en última instancia, del presidente. Los jueces deben ser oficiales de las Fuerzas Armadas y pueden ser destituidos por la autoridad nominadora. Estas disposiciones sugieren que el Ejecutivo no solo interviene en el nombramiento de jueces, sino que los controla plenamente, en clara contravención del principio de independencia de la judicatura”⁶⁵. La Comisión de Derechos Humanos destacó la ausencia de un mecanismo judicial imparcial para dirimir los conflictos de jurisdicción, por cuanto es la autoridad nominadora quien decide sobre la jurisdicción y competencia, dejando a las comisiones militares fuera del control de las autoridades judiciales⁶⁶. La orden militar limita a la persona a asistir a su propio juicio; además, las comisiones militares establecen que el abogado defensor sea designado directamente por la autoridad nominadora y que esta misma autoridad lo destituya “por un motivo suficiente”. Si bien los acusados pueden beneficiarse de los servicios de un abogado civil de su elección, el letrado deberá reunir una serie de condiciones, como la de haber sido considerado facultado para acceder a información confidencial, firmar acuerdos de confidencialidad respecto de los casos en los que participará, costear su viaje a Guantánamo y no salir de la base sin autorización. Se le podrá ocultar ciertos datos y pruebas, así como impedir que asista a la audiencia por motivos de seguridad nacional⁶⁷.

Desde luego, estas comisiones militares no cumplen con los estándares de un tribunal competente, independiente e imparcial. Estos aspectos son básicos para ejercer el derecho de defensa. Los presos no conocen los motivos por los que se les mantiene detenidos, no tienen derecho a defenderse personalmente o a la asistencia legal, ni a un juicio dentro del plazo razonable, menos a un proceso público. De este modo, Guantánamo incumple todas y cada una de las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, respecto a las garantías judiciales, como es el artículo 14 del PIDCP. Pero también incumple las Enmiendas V, VI y XIV de la Constitución americana, referidas al debido proce-

⁶⁵ Organización de las Naciones Unidas, CDH. *Situación de los detenidos en la Bahía de Guantánamo*, 62º periodo de sesiones, E/CN.4/2006/120 del 27 de febrero de 2006, párrafo 30. Además, véase: AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 83*, “Cerremos Guantánamo: Comisiones militares de Guantánamo: una parodia de la justicia”, 2006, p. 12.

⁶⁶ Organización de las Naciones Unidas, CDH, E/CN.4/2006/120, op. cit., párrafo 30.

⁶⁷ Ídem, párrafo 35.



so, bajo el argumento de que Guantánamo se encuentra en territorio no americano⁶⁸. Precisamente por ello, muchos se han referido al caso Guantánamo como “a legal Black hole” debido a que los detenidos no han tenido la oportunidad de enfrentarse a un procedimiento judicial regular en el ámbito penal, que les permita una adecuada defensa frente a las acusaciones poco claras⁶⁹.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos, tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta situación en reiteradas ocasiones. En el caso *Hamdi contra Rumsfeld*, en 2004, concluyó señalando que aunque el Congreso autorizó la detención de combatientes en las circunstancias alegadas, el debido proceso exige que un ciudadano norteamericano que fuera considerado combatiente enemigo tenga derecho a cuestionar su detención ante un órgano neutral⁷⁰; y que esta situación podría satisfacerse a través de tribunales de investigación. Para este Tribunal haberle negado a Hamdi la posibilidad de defenderse ante un juez, constituye una violación del principio constitucional al debido proceso, y por ello, dijo la jueza O'Connor, había que averiguar si el poder del presidente para detener ciudadanos estadounidenses sin un examen judicial violaba o no la V Enmienda de la Constitución⁷¹ (referida al debido proceso mencionada líneas arriba). Se trata de una sentencia que reconoce la importancia del derecho fundamental al debido proceso, que data desde tiempos antiguos, y por ende valora el derecho a ser oído por una instancia neutral y a reclamar las razones por los que han sido calificados como “combatientes enemigos”, pero solo a los ciudadanos norteamericanos⁷².

En el caso *Rasul y otros contra Bush*, también en 2004, señaló que los tribunales federales de Estados Unidos tienen jurisdicción para conocer peticiones de *habeas*

⁶⁸ El 28 de diciembre de 2001, un memorando del Departamento de Justicia al Pentágono recomienda, que al no ser la bahía de Guantánamo territorio estadounidense soberano, los tribunales federales no deben estar facultados para examinar las peticiones de *habeas corpus* presentados por “extranjeros enemigos” detenidos en la base. Véase: E. GINÉS SANTI-DRIÁN, “5º Aniversario de Guantánamo: la tortura no cesa...”, op. cit., p. 94.

⁶⁹ T. FROSINI, “El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo”, op. cit., p. 42.

⁷⁰ Sentencia del 28 de junio del 2004, 542 U.S. (2004). Un comentario amplio sobre este caso, véase en: A. ELGART, “Hamdi v. Rumsfeld: Due process requires that detainees receive notice and opportunity to contest basis for detention”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 40, 2005, pp. 239-250.

⁷¹ Véase el voto particular en el caso Hamdi de la Jueza Day O'Connor, al que se adhirieron gran parte de los jueces.

⁷² Esta decisión hizo que el Gobierno de Estados Unidos creara el “*combatant status review tribunal*” el 7 de julio de 2004, a fin de determinar si los detenidos en Guantánamo habían sido correctamente designados como “combatientes enemigos”.



corpus de los detenidos y trasladados a la cárcel de Guantánamo⁷³. El tribunal dejó claramente establecido que en aquellos casos en que el Gobierno mantiene prisioneros en un territorio extranjero bajo su control permanente y efectivo, puede plantearse el *habeas corpus* ante un tribunal federal de Estados Unidos que tiene jurisdicción sobre el presidente. De este modo, reconoció la competencia de los tribunales estadounidenses para conocer los recursos referentes a la legalidad de la detención de las personas en Guantánamo. Se hacía extensivo también a los extranjeros el derecho de acudir ante los tribunales federales⁷⁴.

En ambos casos la reivindicación de su autoridad para arrestar a los “enemigos combatientes” hasta que culminará la hostilidad, o indefinidamente estuvo presente en el Gobierno estadounidense”. Además de afirmar su poder de negarles las garantías fundamentales de un proceso justo, incluso el derecho de ser asistido por abogado, el derecho de recurrir su causa frente a un tribunal americano, el derecho a ser juzgado por un jurado popular, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho de *habeas corpus*⁷⁵.

De igual forma, en un primer momento sostenía con rotundidad la no aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a los presos de Guantánamo por ser terroristas. Tampoco era aplicable el artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra sobre las garantías judiciales (debido proceso)⁷⁶. Este asunto también posteriormente ha sido esclarecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁷. Ante la evidencia de la ilegalidad de las acciones adop-

⁷³ Sentencia del 28 de junio del 2004, 542 US (2004).

⁷⁴ Gracias a esta sentencia, Lakhdar Boumediene y 36 presos más de Guantánamo solicitaron el *habeas corpus* ante tribunales federales. Como consecuencia de ello, el Congreso aprobó la Ley sobre Tratamiento de Detenidos (2005), en la que se establecía que “ningún tribunal, juez o magistrado tendrá jurisdicción para oír o considerar (...) una demanda de *habeas corpus* interpuesto por o en nombre de un extranjero detenido por el Ministerio de Defensa en la Bahía de Guantánamo, Cuba” (sección 7).

⁷⁵ T. FROSINI, “El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo”, op. cit., p. 57.

⁷⁶ Véase el memorando del Presidente Bush del 7 de febrero de 2002.

⁷⁷ En el caso *Hamdam contra Rumsfeld*, op. cit., el Tribunal Supremo dejó claramente establecido que un presunto miembro de *Al Qaeda*, capturado en el contexto de un conflicto armado se encuentra protegido por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, como un mínimo aplicable. Sobre la aplicación de los Convenios de Ginebra y sus protocolos a los presos de Guantánamo véase: M. PÉREZ GONZÁLEZ y otro, “El caso de los detenidos de Guantánamo...”, op. cit., p. 11-39. Además, véase: J. L. BENAVIDES DEL REY, “El estatus jurídico internacional de los prisioneros detenidos por los Estados Unidos de América en Guantánamo, Cuba, a raíz del conflicto en Afganistán”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 3, 2003, pp. 68-91.



tadas, la posición del Gobierno de Bush ha ido cambiando de modo parcial y con limitados efectos prácticos⁷⁸.

Más tarde, en 2006, en el caso *Hamdan contra Rumsfeld*, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la ilegalidad de las comisiones militares, por cuanto no existía una autorización expresa al presidente Bush, por parte del Congreso, para su creación. Sostuvo también que no existió una necesidad militar que justifique su creación. En este caso señaló que la comisión creada para juzgar a Hamdan carece de jurisdicción, por cuanto adolece de un defecto de base⁷⁹. Reconoció que el presidente Bush se extralimitó en la creación de estas comisiones. Por otro lado, al analizar las reglas que rigen el procedimiento de las comisiones militares respecto a las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados, manifestó que, con independencia del proceso irregular de creación, las reglas procesales que rigen su funcionamiento son contrarias al derecho interno y al derecho internacional. Por tanto, viola el derecho a un juicio con las debidas garantías recogidas en el derecho interno, en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y en el artículo 75 del Protocolo I, especialmente por la posibilidad de negar al acusado el derecho de hallarse presente en su propio juicio y el derecho a conocer los medios de prueba que existen contra él. La suspensión de estos derechos no queda en absoluto justificada, dice el Tribunal, por el peligro de la amenaza terrorista⁸⁰. En abril de 2007 la comisión cerró un caso: el del "talibán australiano" David Hicks, que se declaró culpable y ha sido enviado a su país donde cumple condena.

Recién el 12 de junio de 2008, el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció el derecho de los detenidos en la base de Guantánamo a acudir a las Cortes Federales para reclamar su puesta en libertad⁸¹. Se reconoció que los presos de Guantánamo tienen derechos constitucionales en Estados Unidos a pesar de que la Base Naval se encuentra en territorio cubano. Esta sentencia

⁷⁸ M^a D. BOLLO AROCENA, "Hamdan contra 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, 2006, 36 p.

⁷⁹ Ciudadano americano que estuvo en Guantánamo y luego fue traslado a una prisión militar en Virginia, Estados Unidos. Fue calificado por el presidente Bush de "combatiente enemigo".

⁸⁰ Sentencia en caso *Hamdan contra Rumsfeld*, 548 U.S. 557, del 29 de junio de 2006. Un análisis amplio sobre esta sentencia se puede ver en BOLLO AROCENA, op. cit.

⁸¹ Esta decisión desestima la disposición séptima de la Ley de Comisiones Militares por el que ningún tribunal tiene jurisdicción para conocer un *habeas corpus* de un extranjero.



permite, entre otros, el reconocimiento a estos presos de las Enmiendas V, VI y XIV. Sin duda, este acontecimiento fue el primer paso importante en la defensa de los derechos humanos y el inicio del camino hacia el cierre de dicha prisión. Esta decisión es una muestra del fracaso estrepitoso de la administración Bush y sus aliados. Gracias al reconocimiento del derecho a acudir a los tribunales para reclamar su detención, cinco argelinos fueron liberados por un juez federal estadounidense⁸². Es la primera decisión de un tribunal civil frente a la petición de libertad de los presos de Guantánamo.

Conforme a la Constitución americana y el derecho internacional de protección del ser humano, el derecho al debido proceso es aplicable a todas las personas que se encuentran ante una autoridad sea judicial o no. Su aplicación se hace imprescindible, especialmente, en materia penal, al margen de la gravedad de los hechos por los que se le imputa al acusado. Su realización efectiva está a cargo del Estado sin ningún tipo de discriminación y condición. Desde luego, en Guantánamo no se puede decir que se haya cumplido, ni siquiera mínimamente, con este derecho. A modo de ejemplo, podemos citar el caso de Hamed Abderrahman, conocido como el “talibán español”, que estuvo en Guantánamo donde sufrió torturas y careció del derecho de defensa. Una vez extraditado a España, ha sido condenado a seis años de prisión, en 2005, por la Audiencia Nacional, por pertenecer a la banda armada Al Qaeda. Posteriormente, dicha sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo, que lo absolvió bajo el argumento de la vulneración de la presunción de inocencia. Lo hizo no sin antes señalar que: “la detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y, por tanto, sin control y sin límites en la base de Guantánamo, custodiado por el Ejército de Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada”⁸³. Así, toda diligencia o actuación practicada desde

⁸² El 20 de noviembre de 2008. Estos argelinos se encontraban en Guantánamo desde enero de 2002. Estuvieron siete años privados de libertad, sin cargos.

⁸³ Tribunal Supremo de España, STS 4527/2006, del 20 de julio de 2006, sexto fundamento de derecho. Este tribunal señaló, además, “que bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero “limbo” en la comunidad jurídica que queda definida por una multitud de tratados y convenciones firmadas por la comunidad internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como “derecho penal del enemigo”. Ese derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquellos a los que se les consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de derecho”.



que el recurrente fue entregado al Ejército de los Estados Unidos por los militares paquistaníes y trasladado a Guantánamo hasta su puesta a disposición de la Audiencia Nacional debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente⁸⁴. De este modo, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la validez jurídica de las pruebas que se pudieron haber obtenido en Guantánamo.

Así, durante aproximadamente siete años, a los presos de Guantánamo se les ha venido negando sus derechos humanos. En estos años se habrían violado derechos que forman parte del *ius cogens*, es el caso de la prohibición de la tortura y el debido proceso, a vista y paciencia del mundo entero⁸⁵. Desde luego, las medidas adoptadas por el Gobierno de Estados Unidos tanto en la política interna como en la externa han sido desproporcionadas⁸⁶.

IV. EL ANUNCIO DEL FIN DE LA ILEGALIDAD: EL CIERRE DE GUANTÁNAMO: SUS DIFICULTADES

a. El inminente cierre de Guantánamo

Con la llegada de Barack Obama a la presidencia de Estados Unidos, la tan ansiada petición del cierre de Guantánamo parece ser una realidad. Sin duda, es un paso muy importante en el respeto de los derechos humanos y un anhelo esperado durante largos años. Obama, el 22 de enero de 2009 señaló el cierre del centro de detención de Guantánamo en el plazo de un año (enero 2010), y firmó las órdenes ejecutivas: “Revisión y disposición de personas detenidas en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo y cierre de las instalaciones de Detención” y “Asegurar la legalidad de los interrogatorios”, para la revisión de los juicios de los acusados de actos terroristas y prohibición de los métodos de interrogatorio equiparables a la tortura. Dejó claro que no quería realizar una ‘elección errónea’ entre una exitosa guerra contra las organizaciones terroristas y un socavamiento de los ideales estadounidenses sobre derechos humanos.

Desde luego son muy positivas y loables estas medidas que ponen fin al programa de la CIA, mediante el cual se podían detener en prisiones secre-

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Sobre el debido proceso como norma de *ius cogens*, véase mi trabajo: *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, op. cit., pp. 297-581.

⁸⁶ B. ACKERMAN, *Antes de que nos ataquen de nuevo, la defensa de las libertades en tiempo de terrorismo*, Península, Barcelona, 2007, p. 227.



tas por tiempo indefinido y sin control judicial a los sospechosos, tras años de polémica sobre la violación de los derechos humanos por parte de Estados Unidos con George Bush a la cabeza. Empero, no hay que olvidar que son muchas las normas que se han aprobado a nivel doméstico y a nivel global en este proceso de lucha contra el terror, las mismas que deberían ser analizadas con mucho cuidado, una a una, a fin de derogar en su totalidad o en parte, teniendo en cuenta su compatibilidad con las normas internacionales de protección de la persona y con la Constitución americana. Recordemos que son muchas las normas que han sido declaradas inconstitucionales e irrespetuosas con el derecho internacional de los derechos humanos.

b. Los derechos humanos y el cierre de Guantánamo

Sin duda, el cierre de Guantánamo dada las circunstancias comentadas sería un gran logro en el respeto del ser humano y sus derechos. Pero, es también cierto que más allá de la buena voluntad del actual presidente estadounidense, su cierre engloba diversos aspectos de no fácil solución. Además de su cierre físico, se trata de resolver la situación jurídica de muchas personas que se encuentran en su interior, la cual hace que la adopción de las diversas medidas sea analizada con el máximo cuidado si no se quiere incurrir en la violación de sus derechos, incluido el derecho al debido proceso. Se debería tener en cuenta, entre otros aspectos, el lugar donde se juzgará a los presos y el lugar donde cumplirán, de ser el caso, sus condenas. Por cuanto es imprescindible el reconocimiento y respeto del derecho internacional de los derechos humanos por parte del Estado receptor⁸⁷. Como señala Daskal, éste es uno de los problemas de Guantánamo: “como deportar a los detenidos y garantizar su seguridad, cuando en muchos países de origen tienen estándares nulos en derechos humanos”⁸⁸. Por otro lado, en el juzgamiento se debería tener especial cuidado con los medios probatorios que se utilizarán durante el proceso y en mérito al que se les juzgará, ya sea absolviendo o condenando. En este contexto, es importante recordar que las actuaciones llevadas a cabo en Guantánamo, señaladas *supra*, no han sido res-

⁸⁷ Muchos miembros de la Unión Europea se vienen comprometiendo frente al gobierno estadounidense a recibir un número determinado de presos. España recibiría cinco presos cuyas nacionalidades aún se desconocen. Los miembros de la Unión Europea son también Estados miembros del Consejo de Europa, y por ende respetuosos de los derechos humanos.

⁸⁸ J. DASKAL, “Guantánamo: de presente a pasado imperfecto”, op. cit., p.55.

petuosas con las normas internacionales de protección de la persona ni con la Constitución americana. De demostrarse que las pruebas hubieran sido obtenidas de modo ilegal, atentando contra los derechos humanos, en principio no serían válidas ante ningún tribunal, sea americano o no.

Si los medios probatorios en las que se basa la sentencia se hubiesen obtenido con violación a los derechos humanos, su eficacia probatoria debería ser nula. A modo de ejemplo, podemos mencionar el caso resuelto por el Tribunal Supremo español antes citado. A lo largo de estos años, en muchos casos, se ha demostrado a través de la jurisprudencia norteamericana o extranjera que los detenidos en dicha base no han contado con las garantías mínimas que el derecho interno e internacional reconoce a cualquier persona, por el solo hecho de serlo.

Los detenidos en la base naval de Guantánamo han sido sindicados como enemigos de los Estados Unidos, pero formalmente muchos de ellos, al parecer, no cuentan con una acusación. Ello significa, que ni siquiera conocen los cargos por los que se les retiene. Esta situación les impediría ejercer su derecho de defensa adecuadamente. Es importante que los detenidos sean notificados oportunamente con la acusación, tengan derecho a un juez competente, independiente e imparcial, derecho a elegir a su abogado defensor o en caso contrario a un abogado de oficio, derecho a que su causa sea resuelta en un plazo razonable, etc.

Desde luego, no es una tarea fácil proceder al cierre de la base por cuanto implica un plan de la administración estadounidense con consideraciones administrativas como legales, además de medidas de diversa índole a nivel doméstico y a nivel internacional. Es así que la primera fecha señalada por el presidente Obama para el cierre (enero de 2010) no se ha cumplido y ha generado, incluso, la dimisión del Consejero legal encargado del cierre⁸⁹. En este contexto el tan ansiado cierre, con suerte, se lograría a final de año, ya que no existen visos de solución a corto plazo. Lo que, al parecer, sí está claro es que el presunto cerebro del 11S junto a otros cuatro, serán juzgados en un tribunal civil en Nueva York y si son condenados el fiscal general pedirá la pena de muerte⁹⁰.

⁸⁹ Con fecha 13 de noviembre el Consejero Legal, Gregory Craig, de la Casa Blanca encargado del cierre de la prisión de Guantánamo, presentó su dimisión.

⁹⁰ "El presunto 'cerebro' del 11S será juzgado en un Tribunal Federal en Nueva York", *El País*, 14 de noviembre de 2009.



Así, pensar en Guantánamo nos sigue generando muchas interrogantes ¿será posible la extradición de todos?, ¿qué delitos se les imputarán?, ¿qué medios probatorios se utilizarán en su juzgamiento?, y de ser hallados culpables ¿dónde cumplirán sus condenas?, ¿hasta cuándo la aplicación de la pena de muerte en Estados Unidos pese a su incompatibilidad con los derechos humanos?, entre otras. Desde luego, muchas dudas sobre las suspicacias de la legalidad del proceso desaparecerán siempre que estos detenidos sean juzgados por un tribunal competente, independiente e imparcial que les brinde todas las garantías judiciales durante el proceso y en el cumplimiento de las penas, de ser el caso. Es decir, que todos los presos cuenten con su derecho al debido proceso del que nunca se les debió privar, por tratarse de un derecho esencial, el núcleo duro, de los derechos humanos, insustituibles e inderogables en cualquier circunstancia.

Muchos otros problemas quedan por abordar, por ejemplo el referido a los daños que se hayan causado a los detenidos en Guantánamo por la violación de sus principales derechos. Como se sabe, es un principio de Derecho que aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo. Corresponde preguntarse entonces si cabe la posibilidad de algún tipo de reparación a los presos de Guantánamo por la violación de sus derechos humanos. Una problemática que trasciende los ámbitos del presente trabajo.

V. REFLEXIÓN FINAL

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental, y por ende los Estados partes de los diversos instrumentos internacionales de los derechos humanos están en la obligación de reconocer, proteger y garantizar, incluido Estados Unidos que es Estado miembro de la OEA, Estado parte del PIDCP y de los Convenios de Ginebra. Es un derecho que forma parte de los derechos inderogables e insustituibles. Ha sido recogido por vez primera, en el derecho interno, en la Constitución americana de 1791 a través de las Enmiendas V, VI y años más tarde en la Enmienda XIV. Estados Unidos fue pionero en el reconocimiento del debido proceso, y a través de su Tribunal Supremo desempeñó un papel importante en su posterior desarrollo.

Paradójicamente, tras el 11 de septiembre de 2001, el Gobierno americano adoptó políticas de seguridad nacional limitativas a los derechos humanos, fundamentalmente al derecho al debido proceso, tal y como ha quedado demostrado en más de una ocasión. Sin duda, el caso más paradigmático



es el del Centro de detención en la Base militar de Guantánamo donde uno de los derechos humanos más violados ha sido el debido proceso. Si bien el Tribunal Supremo tardó en señalar con determinación la ausencia de ciertos derechos en Guantánamo, con las sentencias mencionadas anteriormente reivindica de alguna forma tal actuación. Empieza una nueva etapa con el reconocimiento, por este órgano judicial, del acceso a la justicia por parte de los presos, de la posibilidad de plantear el habeas corpus, y del derecho al debido proceso con todos sus elementos. Queda determinada la jurisdicción de los tribunales estadounidenses para conocer la petición de los detenidos cuya custodia está a cargo de quienes están sometidos a las leyes federales estadounidenses.

Tras muchos años de espera, con la llegada de Obama al Gobierno se ve una luz al final del túnel. Sus intenciones son reconducir la política de seguridad por el camino del respeto a los valores democráticos y a los derechos humanos. En este contexto, una de sus prioridades es el cierre de Guantánamo. Una petición reiterada al Gobierno estadounidense por parte de diversas organizaciones y la sociedad civil en los últimos años. Sin duda, tras los acontecimientos sucedidos en Guantánamo, su cierre constituye un gran logro en el respecto y la defensa de los derechos humanos. Pero es también cierto que el logro de este objetivo no es tarea fácil porque está lleno de dificultades y son muchos los aspectos que rodean esta situación. Probablemente, sean estas dificultades las que hacen que el presidente Obama sea más cauto en señalar nuevamente una fecha exacta para su cierre.

Dado los antecedentes y las dudas que rodean a Guantánamo, lo ideal sería conocer como y cuando se realizarán los procesos. La publicidad debería ser un elemento indispensable en dichos actos. Se entiende que los medios probatorios obtenidos de manera ilegal no serían aplicados ya que el proceso o procesos serían, *a posteriori*, nulos. En todo caso, se trata de procesos donde la duda rondará su legalidad.

En este contexto, se espera que muy pronto estos presos hayan resuelto su situación jurídica con todas las garantías judiciales, reconocidas a nivel internacional e interno en Estados Unidos. Sin duda, actuar dentro del marco legal, respetando los derechos de las personas detenidas, es un mecanismo adecuado para la lucha contra el terrorismo incluso en las situaciones más difíciles. Como señaló la jueza O'Connor en el caso Hamdi, es justamente en los momentos más turbulentos e inciertos cuando el deber de permitir un proceso justo resulta sometido a prueba y es cuando se deben pre-



servar los principios, por los que se combate en el exterior. El poder de guerra, dice, no puede superar los límites que garantizan las libertades constitucionales. En este contexto, no existe lucha que justifique menoscabar aquellos derechos sagrados para el ser humano.

FLORABEL QUISPE REMÓN
Area de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: fquispe@der-pu.uc3m.es

