

# EL SISTEMA DE JUSTICIA EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS: SEGURIDAD NACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis P. Salas

Director del Centro para la Administración de Justicia  
Universidad Internacional de la Florida

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La “Guerra Contra el Terrorismo” como Guerra y no como Delito. 3. La Reforma Jurisdiccional. 4. Combatientes Enemigos o Prisioneros de Guerra. 5. Detención, Interrogatorio y Tratamiento de Prisioneros. A) Centros de Reclusión Públicos y Secretos. B) Traslados a Terceros Países (Renditions). C) Vuelos secretos. D) Duración de la detención. E) Interrogatorio, Trato y Tortura de Prisioneros. F) Asesinatos. 6. Tribunales Ordinarios y Comisiones Militares. A) Comisiones Militares. B) El Procedimiento en las Comisiones Militares. C) Acceso a Tribunales Ordinarios. D) Derecho a la Defensa Legal.

## 1. INTRODUCCIÓN

El ataque terrorista del 11 de septiembre del 2001 que resultó en el derrumbe de las dos torres del “World Trade Center” en Nueva York ha tenido un impacto sobre la sociedad norteamericana mucho más allá de lo que cualquiera hubiera podido pronosticar. El papel del Poder Judicial y del Derecho han sido dos de las áreas más afectadas como consecuencia de los actos terroristas. Cientos han sido los

casos considerados por los tribunales federales de todos los niveles culminando con tres fallos de la Corte Suprema en el 2004 y uno en el 2006. En todos ellos la Corte Suprema restringió el poder del Ejecutivo para actuar unilateralmente y reiteró la supremacía del derecho constitucional como contrapeso a los abusos del Ejecutivo y el Legislativo. El propósito de este trabajo es analizar las medidas del gobierno norteamericano para combatir el terrorismo y su legalidad.

La reacción del Gobierno norteamericano al ataque del 11 de septiembre de 2001 fue casi inmediata y muy parecida a la de una declaración de guerra. Días después del ataque a las torres, el Congreso promulgó reformas al sistema procesal penal y a la normativa sustantiva. Entre las leyes promulgadas están la Ley Patriótica, las leyes de Seguridad Aérea y Marítima (*Aviation and Transportation Security Act* y *Maritime Transportation Security Act*), leyes contra el bioterrorismo (*Bioterrorism Act*) y reformas a normas que regulan el control de fronteras (*Enhanced Border Security*, el *Visa Waiver Reform Act* y el *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004*). Además, el gobierno ha emitido una serie de órdenes secretas presidenciales que permiten la interceptación de llamadas del exterior a los Estados Unidos, intercambio de listas de pasajeros antes de aterrizajes y rastreo de transacciones financieras.

El grueso de las reformas legales se encuentra plasmado en la llamada Ley Patriótica, la cual fue presentada al Órgano Legislativo y aprobada en un período rápido. La versión final de esta ley es, en gran parte, idéntica al anteproyecto presentado por el Ejecutivo, aunque el Congreso rehusó adoptar algunas de las medidas más extremas, sobre todo aquellas que reducen el control jurisdiccional de los tribunales ordinarios sobre la conducta del Poder Ejecutivo. Además de estos cambios normativos, el Poder Ejecutivo promulgó una serie de medidas administrativas (decretos) relacionadas con el sector financiero, la revisión de equipaje y de pasajeros en los aeropuertos, reglas de inmigración y otras. De todas estas medidas, la más controvertida fue un decreto que establece tribunales para juzgar a miembros extranjeros de organizaciones terroristas fuera del alcance de las reglas procesales ordinarias y garantías de un debido proceso (referidos como comisiones para evitar la aplicación de normas que regulan la justicia militar o de guerra).

Aunque posteriormente analizaremos con mayor detalle estos cambios, algunas de las medidas más controvertidas deben señalarse desde un inicio. Quizás la que más crítica causó fue la relativa a la concentración de poder

en la Presidencia. Por ejemplo, en los casos de los tribunales militares, ésta es la que nombra a los jueces militares, ordena la detención, formula cargos, acusa y resuelve recursos y apelaciones. A su vez, la Ley Patriótica también le otorga al Ejecutivo poderes extraordinarios en nombre de la “Guerra Contra el Terrorismo.” El Presidente, pese a existir el requisito de que las intervenciones telefónicas deben de contar con la autorización de un tribunal especialmente constituido para velar por los temas de seguridad nacional, autorizó, motu proprio, la interceptación de llamadas telefónicas en los Estados Unidos provenientes de sospechosos en el exterior. Una de las preguntas que muchos se hacen hoy en día es por qué fue necesario realizar tantos cambios, tan radicales, y que han concentrado tanto poder en el Ejecutivo.

En la actualidad existe una polémica importante en los Estados Unidos sobre las medidas que se han tomado para combatir el terrorismo, tanto aquellas que ya se conocen como otras que ahora se comienzan a descubrir. En este trabajo intentaremos analizar la estrategia antiterrorista del gobierno norteamericano, contraponer el papel que las fuerzas armadas desempeñan (fuera de su papel militar tradicional) contra aquel del sistema de justicia, la efectividad de la estrategia y, finalmente, el costo político y moral de la misma.

## 2. LA “GUERRA CONTRA EL TERRORISMO” COMO GUERRA Y NO COMO DELITO

La manera en que se define un acto terrorista tiene consecuencias diplomáticas, legales y militares importantes. Tradicionalmente, los Estados Unidos habían tratado los actos terroristas como actos delictivos. No es hasta el 11 de septiembre que se define como un “acto de guerra” que justifica una “guerra” contra el terrorismo. Los actos terroristas también pueden ser considerados a la luz de otros intentos de justificar medidas extraordinarias conforme

al concepto de guerra, como son los casos del narcotráfico y del delito organizado.

El primer acto internacional terrorista que tuvo como consecuencia un intento de combatir el terrorismo por medio del sistema de administración de justicia penal fue el derribamiento del vuelo 103 de Pan American Airlines en diciembre 21 de 1988. La bomba que explotó sobre Escocia causó la muerte a los 259 pasajeros, a su tripulación y a 11 personas en tierra. La investigación reveló que la explosión fue causada por una bomba escondida en el equipaje y se identificaron a dos agentes del servicio secreto libio como los culpables del acto terrorista. Los Estados Unidos trataron esto como un caso penal y solicitaron la extradición de los sospechosos. Después de varios años de negociación con el Gobierno de Libia, y como consecuencia de la presión ejercida por los gobiernos de Estados Unidos y Gran Bretaña, se acordó que un tribunal escocés juzgara a los acusados en Holanda. Uno de los acusados fue encontrado culpable mientras que el otro fue absuelto.

En 1993, un grupo de terroristas musulmanes residentes de Nueva York explotaron un coche bomba en el estacionamiento subterráneo de una de las torres del World Trade Center causando la muerte a seis personas e hiriendo a más de 1.000. Como resultado de una investigación exhaustiva y conforme a las normas procesales existentes, varias personas fueron encontradas culpables en un tribunal federal ordinario y otros fueron extraditados de Egipto y Pakistán y solamente uno de los sospechosos sigue prófugo. Uno de los casos más sonados en este proceso fue el enjuiciamiento de Sheik Omar Abdel Rahman, un clérigo egipcio musulmán residente de Nueva York. El caso de Rahman fue el resultado de una investigación posterior al atentado con explosivos de la torre en la cual él y varios de sus seguidores fueron procesados por conspiración para delinquir y cometer actos terroristas “utilizando la normativa penal y procesal penal ordinaria.”

En agosto de 1998, una serie de bombas explotaron en las embajadas de Estados Unidos

en Nairobi, Kenya, y Dar es Salaam, Tanzania, ocasionando la muerte de 12 estadounidenses y más de 200 ciudadanos de Kenya y Tanzania. Las investigaciones revelaron que Osama bin Laden y un grupo terrorista dirigido por él eran los responsables del atentado terrorista. Cuatro de las personas acusadas por el acto terrorista fueron detenidas y sentenciadas en tribunales ordinarios federales en Nueva York.

La reacción al ataque del 11 septiembre tuvo todas las características de una declaración de guerra contra un Estado. El 20 de septiembre de 2001, el Presidente Bush, en su discurso ante el Congreso, declaró que “nuestro enemigo es una red de terroristas y todos los gobiernos que la respaldan. Nuestra guerra en contra del terror comienza con Al Qaeda pero no acabará con ellos. No finalizará hasta que todos los grupos terroristas con alcance global sean detectados, detenidos y derrotados”. Como resultado de negociaciones entre el Congreso y el Ejecutivo, el Congreso promulgó el 18 de septiembre de 2001 la legislación que autorizó al Presidente para que: “Use toda la fuerza necesaria y apropiada contra aquellas naciones, organizaciones o personas que él estime que hayan planificado, autorizado, cometido o asistido en la comisión de los actos terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre de 2001... para prevenir la comisión de futuros actos de terrorismo contra los Estados Unidos...”. Posteriormente el Congreso emitió otra ley que autorizó al Presidente a actuar en contra de Irak, pero dada la experiencia de Vietnam y la Resolución de Tonkin, limitó los poderes del Ejecutivo en el conflicto.

Basándose en la autorización del Congreso y bajo la autoridad que la Constitución le otorga como Comandante de las fuerzas armadas, el Presidente ordenó la detención, por violaciones de normas de inmigración, de cientos de sospechosos, mientras que agentes del FBI y otras agencias policiales interrogaron a miles de personas de origen musulmán a lo largo de todo el país. Posteriormente promulgó un conjunto de normas, comúnmente conocida como la Ley Patriótica, que facilita la investigación y detención de sospechosos,

aumenta las sanciones disponibles y, en general, le otorga al Ejecutivo una serie de facultades que generalmente están limitadas a períodos de guerra.

Una de las consecuencias más importantes de la decisión de tratar esta cuestión como el inicio de una guerra antiterrorista, es el reconocimiento del papel del Presidente como comandante en jefe de las fuerzas armadas. En casi todos los casos que han llegado a los tribunales ordinarios, el Gobierno ha justificado sus acciones en la naturaleza del conflicto y la potestad que le otorga la Constitución al Presidente para actuar como comandante en jefe de las fuerzas armadas.

La caracterización del acto terrorista como un acto de guerra que justifica una reacción primordialmente militar también le permite al Gobierno obviar muchas de las garantías procesales que establece la Constitución. La Comisión Nacional Sobre el Terrorismo (*National Commission on Terrorism*), establecida en 1999, emitió un informe donde diferenció el tratamiento de actos terroristas como actos delictivos, que requieren una respuesta penal, y actos de guerra, que requieren una reacción militar. La pregunta fundamental que debe responder el que defiende la necesidad de adoptar estas nuevas normas es si el sistema de justicia ordinaria es capaz de responder al terrorismo internacional. Los miembros de la Comisión concluyeron que el sistema de justicia penal era incapaz de enfrentarse adecuadamente al terrorismo internacional.

“El sistema de justicia penal está diseñado para encarcelar a individuos pero no es un arma particularmente efectiva para responder a acciones de estados. El caso de Pan Am 103 pone en evidencia las ventajas y limitaciones de una reacción penal para lograr objetivos de seguridad nacional. Los esfuerzos para lograr la extradición de los dos agentes de la inteligencia libia tuvieron respaldo internacional que resultó en la aplicación de sanciones económicas en contra del Gobierno de Libia... Las sanciones y el aislamiento del Gobierno de Libia contribuyeron a reducir los actos terroristas libios. Sin embargo, la acción penal y poste-

rior sanción de los agentes libios de bajo nivel por una acción que seguramente fue dirigida por Gadafi es una victoria limitada, particularmente si el juicio resulta en la exoneración de los acusados”.

La decisión de otorgar el liderazgo de la lucha en contra del terrorismo a las fuerzas armadas logra obviar muchas de las limitaciones del sistema ordinario de justicia penal. El gobierno norteamericano, sin embargo, no parece tampoco someterse a las limitaciones legales aceptadas por la comunidad internacional y reconocida como el derecho de guerra (“Law of War”). Esto es palpable, por ejemplo, al intentar rehusar la aplicación de las garantías de la Convención de Ginebra a los prisioneros detenidos en Guantánamo. Por lo tanto, han introducido conceptos novedosos aplicables, aparentemente, solamente a la “Guerra Contra el Terrorismo.”

### 3. LA REFORMA JURISDICCIONAL

Algunos de los aspectos principales de las reformas propuestas para combatir el terrorismo son el relativo a la redefinición de la competencia de los tribunales ordinarios tanto para emitir ordenes que faciliten la investigación, o la intervención telefónica, por ejemplo, como la definición de la competencia del tribunal encargado de juzgar a los acusados y, finalmente, la potestad legal que permita que un tribunal ordinario revise la conducta de autoridades del Ejecutivo por medio de *habeas corpus*, apelación o casación. En todos estos casos, el Poder Ejecutivo ha manifestado una gran desconfianza en cuanto a la capacidad que el sistema penal ordinario pueda tener para juzgar estos casos con efectividad y salvaguardando los intereses del Estado en proteger sus fuentes de información.

Sin embargo, fueron los abusos de poder que el Presidente Nixon cometió los que dieron lugar a la promulgación, en 1978, de la primera legislación procesal antiterrorista co-

nocida por su acrónimo como FISA. Sus aspectos principales regulan el procedimiento para obtener órdenes judiciales que autorizan interceptaciones telefónicas u otros métodos electrónicos de investigación que afectan los derechos a la intimidad garantizados constitucionalmente. En el anteproyecto de esta ley, el Departamento de Justicia argumentó que, dada la necesidad de mantener secreta las investigaciones de espionaje, era necesario que se designaran un número reducido de jueces federales que pudieran estar en conocimiento de investigaciones y que autoricen investigaciones. Con este propósito, las órdenes judiciales emitidas conforme a FISA solamente pueden ser revisadas o emitidas por 11 de los cientos de jueces federales designados por el Presidente de la Corte Suprema. Cada año el Departamento de Justicia tiene la obligación de informar al Congreso sobre el número de aplicaciones remitidas a estos jueces y los resultados de las mismas. En el año 2000, por ejemplo, se remitieron 1.005 aplicaciones para interceptaciones telefónicas o registros. Todas fueron aprobadas por los jueces pertinentes.

Las decisiones de estos tribunales sólo serán recurribles ante tres jueces federales especialmente nombrados por el Presidente de la Corte Suprema para este propósito. Si un juez ha negado una orden, esta solicitud no podrá ser presentada ante otro de los jueces del mismo nivel. Cualquier rechazo de una solicitud de intervención electrónica tiene que ser motivada y remitida a un tribunal de apelaciones (de 3 miembros designados por el Presidente de la Corte Suprema) establecido por FISA. Si este tribunal confirma la decisión del tribunal inferior, éste debe motivar su sentencia y remitirla a la Corte Suprema. Aunque se ha argumentado la constitucionalidad de esta sección de FISA, la misma ya fue revisada por un tribunal federal que decidió que era constitucional.

En el 2002 el Fiscal General pidió autorización a los jueces que componen el tribunal FISA de primera instancia para enmendar las reglas procesales y permitir que solicitudes de órdenes puedan ser el resultado de investigaciones penales no relacionadas directamente

con el terrorismo. Al rechazar la solicitud, la corte criticó el uso de los procedimientos FISA en investigaciones de crimen organizado o delitos ordinarios. El gobierno apeló la decisión ante el tribunal superior, el cual revocó la orden del tribunal inferior.

En diciembre de 2005, el periódico *New York Times* reveló que la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) había obtenido expedientes de millones de llamadas telefónicas del extranjero a los Estados Unidos sin recurrir nunca a un tribunal para solicitar autorización. La revelación de esta iniciativa secreta ha causado una gran controversia acerca del papel que juega el tribunal FISA, así como la ausencia de controles sobre las actuaciones del Ejecutivo. Uno de los jueces del tribunal renunció por esta razón y cinco jueces que habían participado en el tribunal incitaron al Congreso a que defina claramente el papel de este tribunal con relación a estas actividades. Aunque el Congreso ha debatido este tema, no se ha podido llegar a un acuerdo que garantice el derecho a la intimidad y al mismo tiempo obtenga la información requerida por los servicios de inteligencia.

#### 4. COMBATIENTES ENEMIGOS, DELINCUENTES O PRISIONEROS DE GUERRA

Las normas que regulan la conducta de actos de guerra han sido establecidas por tratados internacionales y normalmente incorporadas a la normativa nacional. En lo que se refiere a combatientes, la definición de quiénes son prisioneros de guerra se establece en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional. Estas reglas no solamente son aplicables a combatientes tradicionales, o sea, miembros de las fuerzas armadas de los países en conflicto o de fuerzas irregulares; sino que aplican también a combatientes que no reúnen los requisitos antes mencionados, pero que toman las armas para combatir a invasores; los combatientes que no puedan “distinguirse

de la población civil siempre que en esas circunstancias lleven sus armas abiertamente” y otras personas que acompañen a las fuerzas en combate, pero que no cumplen con las reglas anteriores.

En los casos de conflictos armados que no son de índole internacional, como es el caso de Afganistán e Iraq, una vez que un combatiente es capturado, ciertas reglas regulan la conducta de los que ejercen control sobre el detenido y el tratamiento del mismo. Estas normas prohíben:

- 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”.

Conforme al artículo 82 del III Convenio de Ginebra, los prisioneros de guerra están “sometidos a los reglamentos, leyes y ordenanzas generales vigentes entre las fuerzas armadas de la Potencia en cuyo poder se encuentran”. Así, en España, por ejemplo, están sometidos al Código Penal o al Código de Justicia Militar de acuerdo al que aplique y se juzgarán ante autoridad competente, tanto en materia penal como militar, según corresponda.

La posición del Gobierno de los Estados Unidos hasta hace poco fue que los combatientes capturados en Afganistán, sean miembros del Talibán o Al Qaeda, no son combatientes merecedores de tratamiento como prisioneros de guerra, de acuerdo con las definiciones establecidas en el Convenio de Ginebra, porque no están bajo un mando establecido, no portan signos o insignias que los diferencien de los civiles, no llevan armas a la vista y su estrategia de atacar a poblaciones civiles, y su

apoyo a Al Qaeda, constituyen una conducta inaceptable para combatientes merecedores de protección conforme al Convenio. Este argumento, sin embargo, fue rechazado por la Corte Suprema en el reciente caso de *Hamdan v. Rumsfeld* donde se estableció que se aplicaran la garantías para el tratamiento de prisioneros de guerra establecidas por la Convención de Ginebra.

Una crítica a estos procesos es que no hay consistencia en la aplicación del término “combatiente enemigo o “combatiente ilícito”. Por ejemplo, en el caso de John Walter Lindh, un ciudadano norteamericano capturado en Afganistán y denominado el “Talibán Americano”, el Gobierno procedió en su contra ante un tribunal penal ordinario. Richard Reid, un ciudadano británico que intentó explotar una bomba en un avión, fue procesado en un tribunal penal mientras que Yaser Hamdi, un ciudadano norteamericano capturado en Afganistán, fue clasificado como un combatiente enemigo y encarcelado, aunque posteriormente fue extraditado. En el caso de Zacarias Moussawi, quien fue acusado de tomar parte en el ataque a las torres de Nueva York en 2001, el Gobierno procedió en su contra ante un tribunal penal ordinario y fue encontrado culpable y sentenciado a cadena perpetua. Algo similar ocurrió en el caso de Ali Saleh Kahlal al-Marri quien fue primero procesado en un tribunal penal, pero, después que el juez ordenara su sobreseimiento definitivo, el Gobierno lo clasificó como combatiente enemigo y remitió su caso a las autoridades militares. Como se indicará posteriormente en este trabajo, la consecuencia de una u otra clasificación es determinante de los derechos que el detenido goza y la manera en que será tratado.

El caso de José Padilla es ilustrativo de la manipulación de las clasificaciones que hace el Gobierno. José Padilla, un ciudadano norteamericano detenido en suelo estadounidense, fue clasificado originalmente como un “combatiente enemigo” y estuvo detenido durante tres años y medio en una prisión militar en este país. Padilla fue detenido por preparar un atentado con un arma “sucio” o nuclear en

contra de una ciudad norteamericana. Padilla presentó un recurso de *habeas corpus* cuestionando su detención indefinida, que se basaba en la clasificación de enemigo combatiente de que era objeto. Un tribunal de primera instancia falló a su favor, pero la decisión fue revocada por un tribunal de apelaciones. Padilla recurrió esta decisión del tribunal de apelaciones ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Faltando menos de una semana para que venciera el término para responder al recurso presentado por Padilla, la Fiscalía retiró la denominación de “combatiente enemigo”, lo acusó penalmente y solicitó su traslado a una cárcel civil. La Fiscalía acusa a Padilla de colaborar materialmente con el terrorismo y de conspiración, pero no se hace mención del artefacto nuclear que fuera el motivo de su detención original.

Expertos legales han cuestionado los motivos de la Fiscalía, especulando que lo hicieron para evitar una posible decisión negativa por parte de la Corte Suprema. El tribunal de apelaciones que rechazó el recurso original de Padilla prohibió su traslado a una cárcel civil sosteniendo que la táctica de la Fiscalía de retirar su clasificación original y acusar a Padilla penalmente tenía la apariencia de una manipulación del sistema judicial para evitar una decisión desfavorable por parte de la Corte Suprema. Posteriormente, la Corte Suprema revocó la orden del tribunal de apelaciones y permitió el traslado de Padilla a una cárcel civil. Sin embargo, la Corte Suprema no decidió sobre la viabilidad de acoger el recurso de Padilla aun y cuando el estatus que se cuestionaba en su alegato no exista. Los abogados de Padilla sostienen que en cualquier momento, aun si Padilla es absuelto, el Gobierno puede reclasificarlo de nuevo como combatiente enemigo y proceder a detenerlo indefinidamente, por lo que la Corte Suprema debe fallar al respecto. La Corte Suprema rechazó su recurso sosteniendo que cualquier cambio en el estatus de Padilla puede ser resuelto por el tribunal federal de primera instancia que lo está juzgando.

## 5. DETENCIÓN, INTERROGATORIO Y TRATAMIENTO DE PRISIONEROS

Seis días después del atentado del 11 septiembre, el Presidente Bush firmó una orden secreta que le otorgaba a la CIA una amplia autorización para montar operaciones dirigidas a combatir el terrorismo. La orden presidencial autorizó a la CIA a utilizar métodos de captura, detención e interrogatorio de prisioneros anteriormente prohibidos por la legislación estadounidense y las mismas reglas de la CIA.

Dada la naturaleza secreta y la organización descentralizada de Al Qaeda, la CIA estableció como prioridad, en el esfuerzo de obtener información, la captura, detención e interrogatorio de dirigentes y agentes terroristas importantes. Para lograr este objetivo la CIA cambió su estrategia tradicional de obtención de inteligencia que predominó durante la Guerra Fría. Ésta consistía en reclutar a funcionarios de otros gobiernos con el propósito de obtener información. Conforme a la nueva estrategia posterior al 2001, la CIA desarrolló una red compuesta por los servicios de inteligencia de más de 20 países que cooperaran con los Estados Unidos para combatir el terrorismo. Al mismo tiempo, la CIA financió la creación de centros secretos de detenciones y servicios aéreos para transportar a los detenidos. Asimismo, la CIA aprobó el transporte de prisioneros a terceros países donde los métodos de interrogatorio incluían la tortura.

Para coordinar este esfuerzo de cooperación internacional, la CIA creó Centros de Inteligencia Antiterrorista (*Counterterrorist Intelligence Centers* – CTICs). Estos centros de operaciones conjuntos han operado en Europa, Oriente Medio y Asia. El origen de esta nueva estrategia está basado en la experiencia de los Estados Unidos para combatir el narcotráfico en América Latina.

Entre sus funciones principales, estos centros recaudan información, la analizan y toman decisiones “sobre cuándo y cómo captu-

rar a sospechosos, si hay que llevarles a otros países para interrogarles y detenerles, y cómo desbaratar el apoyo logístico y financiero de Al Qaeda”.

La actuación de los servicios de inteligencia y las fuerzas armadas en llevar a cabo esta nueva estrategia ha sido seriamente cuestionada por gobiernos extranjeros y la opinión pública.

## A) CENTROS DE RECLUSIÓN PÚBLICOS Y SECRETOS

Cuatro meses después de los ataques del 11 de septiembre, el Gobierno de los Estados Unidos estableció la base naval de Guantánamo como el centro principal de detención para “combatientes enemigos” y los primeros reclusos fueron transportados desde Afganistán y encarcelados allí. El número de detenidos de diferentes nacionalidades llegó a 700 y en la actualidad todavía se encuentran detenidas aproximadamente 460 personas. La decisión de establecer este centro de detención en esta base fue motivada por razones de seguridad, pero también con el fin de imposibilitar el acceso de los detenidos a tribunales ordinarios norteamericanos por estar fuera del territorio nacional. Los fallos de la Corte Suprema en el 2004, sin embargo, rechazaron este último argumento.

Además de los centros de detención ampliamente conocidos, la CIA ha mantenido otros centros secretos de reclusión para los detenidos más importantes. Se especula que este sistema carcelario ha operado en por lo menos ocho países, incluyendo Tailandia, Afganistán, varios países de Europa del Este y en la base de Guantánamo, pero separado de la prisión. Recientemente, el Presidente Bush ordenó el traslado de los últimos 14 detenidos en centros secretos de reclusión a Guantánamo y reconoció la existencia de centros secretos de detención operados por la CIA para retener e interrogar a los terroristas más importantes que han sido capturados. Entre estos 14 últimos trasladados se encuentran Khalid Sheik Mohammed, Ramzi Binalshibh y Abu Zubaydah, considerados autores del 11 de septiembre y altos dirigentes

de Al-Qaeda. Al tomar esta medida, Bush acató el fallo reciente de la Corte Suprema que cuestionaba la autoridad legal del Presidente para detener y juzgar a terroristas por medio de comisiones militares.

Se rumorea que estos centros llegaron a tener más de 100 detenidos, con los 30 más importantes en los lugares de mayor seguridad, usualmente en Europa del Este, Afganistán y Tailandia. Estos centros son operados por agentes de la CIA mientras que los restantes detenidos de menor importancia estuvieron encarcelados en centros localizados en Egipto, Marruecos, Afganistán y otros países con custodia de personal local, pero con el apoyo de la CIA. En estos centros secretos los agentes tuvieron autorización para usar técnicas de interrogatorios que incluyen, entre otras, técnicas la inmersión del detenido en agua para hacerle sentir que se va a ahogar.

El periódico *Washington Post* informó en noviembre de 2005 de que la CIA, mantenía algunos de los presos más importantes en un centro de detención secreto en Europa del Este. Por orden del gobierno norteamericano no se detallaron los países en el reportaje. Sin embargo, *Human Rights Watch*, una ONG norteamericana de derechos humanos, señaló que los países eran Polonia y Rumanía. Tanto los gobiernos de Polonia como de Rumanía, así como voceros de los gobiernos de Hungría y la República Checa, negaron la existencia de estos centros en su territorio. La revelación de estos centros secretos de detención en Europa ha causado tensión entre Estados Unidos, países europeos y la Unión Europea y dieron lugar a una solicitud de Eurodiputados para que se investigue si operan cárceles secretas en territorio europeo.

En noviembre de 2005, el Consejo de Europa requirió que los 45 gobiernos que forman parte del Consejo informen formalmente de cómo su legislación “garantiza que funcionarios de agencias extranjeras bajo su jurisdicción están sometidos al adecuado control”; cómo se asegura “la existencia de mecanismos de seguridad para impedir la privación de libertad no conocida de cualquier persona bajo

su jurisdicción” o si “se ha ayudado a agentes de otro Estado en actividades que supongan tal privación de libertad”. Se reclama también información sobre las garantías del cumplimiento de la convención de los derechos individuales y, en particular, de su violación “por acciones de agencias extranjeras”. Cinco países no cumplieron con el requisito impuesto por el Consejo dentro del término establecido para reportar.

En el mismo mes, la Unión Europea exigió que el gobierno norteamericano aclarase las “acusaciones de que su país ha violado las leyes internacionales con la detención de y el transporte a cárceles secretas de numerosos sospechosos de terrorismo”. Durante una visita de Condoleeza Rice a países europeos en diciembre de 2005, afirmó públicamente que los Estados Unidos repudian la tortura y negó el uso de espacios aéreos europeos con el propósito de trasladar a supuestos terroristas con el fin de torturarlos. Sin embargo, defendió la práctica de trasladar a sospechosos a terceros países ya que, por este medio, se “deja a los terroristas fuera de combate y se salvan vidas.” Además, Rice insinúo que los países europeos estaban al tanto de lo que ocurría dentro y sobre su territorio. Al final de su gira europea, Rice pareció estar conforme con los resultados, concluyendo que había logrado tranquilizar a los dirigentes europeos en relación con el tema del tratamiento de sospechosos en cárceles secretas.

## **B) TRASLADOS A TERCEROS PAÍSES (“RENDITIONS”)**

Otro de los temas que más polémica ha generado ha sido la práctica de trasladar prisioneros a terceros países donde el tratamiento va a ser mucho más severo de lo que sería permisible en Estados Unidos, incluyendo la posibilidad de tortura y el trato inhumano. Aunque este tipo de acciones había ocurrido en el pasado, su uso se ha incrementado considerablemente después del 11 de septiembre de 2001. Anteriormente la mayoría de estos traslados tenían el propósito de entregar al sujeto a las

autoridades penales para su enjuiciamiento en los Estados Unidos o en bien en un tercer país. En estos momentos el objetivo principal de la entrega del detenido es poder interrogarle.

Esta práctica ha requerido el desarrollo de un sistema de captura y traslado de prisioneros, normalmente en aviones privados. Un funcionario del gobierno comentó que desde el 11 de septiembre la CIA había trasladado entre 100 y 150 sospechosos a terceros países incluyendo Egipto, Jordania, Pakistán, Arabia Saudita y Siria.

Muchos de estos traslados implican un secuestro del presunto terrorista, usualmente con la cooperación activa o pasiva de funcionarios del país donde se encuentra el sujeto. Por ejemplo, en Suecia, dos ciudadanos de Egipto fueron detenidos por agentes de la policía de seguridad sueca. Posteriormente fueron entregados a agentes de la CIA en un aeropuerto sueco y de ahí trasladados a Egipto en un avión privado. En el caso de Khaled el-Masri, nacido en Kuwait y residente en Alemania, en 2004 estaba de vacaciones en Macedonia donde fue detenido por la policía y trasladado a un aeropuerto, se le cambió la ropa, se le vendaron los ojos y luego le inyectaron calmantes. Al despertarse se encontró en una prisión norteamericana en Afganistán. Durante su estancia de 5 meses fue interrogado por funcionarios norteamericanos los cuales eventualmente lo trasladaron de nuevo por avión a Albania y lo abandonaron en una carretera. En mayo de 2004, el Embajador de los Estados Unidos en Alemania informó personalmente al Ministro del Interior alemán que Masri había sido detenido por equivocación y que sería puesto en libertad en breve.

Después de su liberación, Masri denunció su secuestro y detención ante las autoridades alemanas y la prensa. En diciembre de 2005, la Cancillera alemana se reunió con la Secretaria de Estado norteamericana y presentó su queja formal por la detención de Masri. La Secretaria Rice reconoció que se habían cometido errores pero no aceptó culpabilidad por la detención específica de Masri. Posteriormente, Masri identificó a un funcionario de la Oficina Fede-

ral de lo Criminal como un agente alemán que le visitó tres veces mientras estaba detenido en Kabul. Fiscales alemanes investigan el caso en la actualidad.

Otro ejemplo que merece referencia es el de Hadj Boudella, un residente de Bosnia nacido en Argelia quien en marzo de 2001 fue detenido por sospechas de que era miembro de un grupo que intentaba dinamitar las embajadas de Estados Unidos y Gran Bretaña en Sarajevo. La detención de Boudella había sido solicitada por el gobierno norteamericano. Después de seis meses de detención sin haberse formalizado la acusación correspondiente, la Corte Suprema de Bosnia ordenó su libertad. Al salir de la cárcel Boudella fue trasladado a un vehículo, de ahí al aeropuerto y poco después se encontró detenido en la cárcel de Guantánamo.

En el caso de Maher Arar, un ingeniero canadiense que nació en Siria, estaba regresando a Canadá después de unas vacaciones en Túnez. Fue detenido en el aeropuerto JFK en Nueva York, basándose en una información suministrada por autoridades canadienses, y trasladado a Siria, vía Jordania, en un avión privado. Durante su estancia en Siria fue torturado y un año después fue puesto en libertad gracias a las gestiones del gobierno canadiense. Posteriormente, la policía canadiense admitió que lo había identificado erróneamente como un extremista islámico, lo que había provocado su traslado a Siria. El gobierno canadiense ordenó una investigación judicial en 2004 y un informe publicado en 2006 reivindicó a Marar y criticó la actuación de las autoridades policiales que elaboraron información errónea y la transmitieron a las agencias norteamericanas de seguridad. El informe también detalló los casos de otros extranjeros trasladados a Siria y la tortura a la que fueron sometidos. Finalmente, el informe criticó la actuación de las autoridades norteamericanas por trasladar a Arar a Siria sabiendo que iba a ser torturado y no responder a pedidos de información por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores canadiense. Arar ha presentado una acción civil en contra de las autoridades norteamericanas pero, un juez federal emitió un sobreseimiento

ante alegatos del gobierno de que gran parte de las pruebas eran secretas y su publicación podría poner en peligro la seguridad nacional.

En uno de los casos más notorios, agentes de la CIA secuestraron a un clérigo musulmán, Abu Omar, por sospechas de que fuera miembro de una organización terrorista. El secuestro se produjo en Milán en febrero del 2001 y posteriormente fue trasladado a un aeropuerto desde el que voló a Egipto, donde Omar fue torturado y eventualmente desapareció. Como consecuencia de esto, fiscales italianos han solicitado la detención de 22 agentes encubiertos norteamericanos que parecen haber participado en el secuestro. Sin embargo, el Ministro de Justicia italiano ha cuestionado los motivos del fiscal de Milán que solicitó la extradición. El Ministro acusó al fiscal de antiamericanismo y falta de objetividad. El fiscal, a su vez, ha criticado la tardanza del Ministro en solicitar la petición de detención de los 22 agentes de la CIA.

Agentes de la CIA han afirmado que el secuestro se ejecutó con la cooperación de autoridades italianas, específicamente el servicio secreto militar, SIMI, quienes tenían conocimiento de la operación. Las autoridades alemanas están investigando el mismo hecho por sospechas de que agentes de la CIA transportaron al clérigo a la base aérea de Ramstein y lo retuvieron allí antes de trasladarlo a un avión para transportarlo a Egipto.

Además del traslado a otros países, otra práctica que se ha seguido es la de transferir al detenido a un centro de reclusión norteamericano pero no inscribirlo en los registros oficiales del mismo, por lo que no aparece como encarcelado en este recinto. Varias de las investigaciones de abuso en Abu Ghraib, por ejemplo, encontraron que la CIA utilizaba esta prisión para esconder a personas de las que no querían que se conociera su paradero. Las investigaciones concluyeron que el número de personas bajo este régimen secreto de detención ha variado entre 24 y 100 personas. Se rumorea que existe otro centro secreto de reclusión en la base naval de Guantánamo.

La mayoría de los expertos que han considerado el tema coinciden en que esta práctica viola tanto normas penales nacionales como internacionales. Aunque los agentes que están llevando a cabo estos traslados estén actuando bajo órdenes secretas de la Presidencia o de su agencia particular, sus acciones podrían enjuiciarse en su procesamiento penal en el futuro.

Al igual que en otros aspectos relacionados con prácticas de interrogatorio cuestionable, las entregas de detenidos a terceros países han sido objeto de dictámenes legales por abogados de la Casa Blanca o del Departamento de Justicia con el propósito de proveer justificación legal a la actividad y, como resultado, ofrecer al que lo efectúa una defensa legal que pueda ser usada en caso de una acusación penal. Además, se ha establecido la práctica de antes de hacer entrega del sospechoso a funcionarios del tercer país, los oficiales norteamericanos les solicitan que les aseguren que el sujeto no va a ser torturado. Esta rutina parece estar destinada a evitar un posible proceso posterior al indicar que los agentes norteamericanos hicieron todo lo posible para evitar el uso de tortura o maltrato a las personas que entrega.

### C) VUELOS SECRETOS

Para lograr los objetivos del programa de entrega de detenidos, la CIA ha desarrollado un plan de vuelos secretos, alquilando aviones de alquiler (charter), aterrizando en aeropuertos remotos sin que necesariamente se obtenga la aprobación del gobierno cuyo territorio es utilizado para efectuar el traslado.

Un artículo del periódico Washington Post de diciembre de 2004 fue uno de los primeros en detallar la naturaleza de esta operación. El artículo señala, por ejemplo, los vuelos de un avión Gulfstream V que ha sido usado para traslados de y a Indonesia, Pakistán, Egipto y Suecia. Los autores del artículo revelaron que el dueño de este avión era una compañía cuyo consejo directivo estaba compuesto por personas con nombres falsos y se asumía que el dueño real era la CIA. El avión había aterrizado en Islamabad; Karachi; Riyadh, Arabia Saudita;

Dubai; Tashkent, Uzbekistán; Bagdad; Kuwait; Bakú, Azerbaiján; y Rabat, Marruecos.

Varios gobiernos europeos han comenzado a investigar vuelos de aviones que se sospecha transportaban a prisioneros de la CIA. El Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca en octubre de 2005 informó a la CIA que tenía prohibido usar su espacio aéreo para el transporte de prisioneros. Irlanda, a su vez, ha comenzado una investigación para determinar si aeropuertos irlandeses han sido utilizados para el transporte de prisioneros.

En noviembre de 2005 el Gobierno Español dio a conocer públicamente una investigación de diez aterrizajes de aviones sospechosos en la isla de Palma de Mallorca entre enero de 2004 y enero de 2005. La numeración de uno de los aviones coincide con el que Estados Unidos empleó para trasladar a prisioneros a Guantánamo y Afganistán. La Guardia Civil reveló que la mayoría de los ocupantes viajaban con pasaportes diplomáticos. El informe fue remitido a la Audiencia Nacional para completar la investigación. Como es de esperar, la revelación de estos vuelos ha causado dificultades en las relaciones entre Estados Unidos y España. Asimismo, la Fiscalía General del Estado abrió una investigación sobre la escala de vuelos de la CIA en aeropuertos de Canarias.

También en noviembre de 2005 el periódico El País publicó un artículo donde afirmaba que en enero de 2004, despegó un avión con rumbo a Macedonia, donde recogió a Khaled El Masri, un ciudadano alemán supuestamente secuestrado en Macedonia para su traslado a Afganistán. Anteriormente, en 2003, un avión que había sido usado para el traslado de un egipcio secuestrado en Milán hizo cuatro escalas en el aeropuerto de Mallorca.

### D) DURACIÓN DE LA DETENCIÓN

Con la detención de cientos de personas en la base naval de Guantánamo, han surgido dudas tanto sobre la legalidad de la detención de estos internos como de las personas detenidas en Estados Unidos. En ambos casos, es

posible que su detención sea indefinida tanto por el peligro que representan como por la imposibilidad de deportarlos a un país que esté dispuesto a recibirlos. La Corte Suprema decidió en el 2001 que la detención indefinida de inmigrantes que habían sido condenados por delitos graves en Estados Unidos y cuya deportación había sido ordenada por un tribunal de inmigración violaba los derechos constitucionales de los detenidos, esto a pesar de no haberse podido obtener la cooperación de un gobierno extranjero que estuviese dispuesto a recibirlos. Aunque la Corte Suprema decidió que la detención indefinida violaba los derechos constitucionales de los detenidos, hay que hacer notar que se abstuvo expresamente de aplicar su fallo a los casos de terrorismo u otras circunstancias especiales en las cuales el peligro a la seguridad nacional pudiera justificar tal detención.

En el caso de personas detenidas en Guantánamo, la situación es complicada según el lugar donde ocurriera la detención, ya que todos los internos fueron capturados fuera de territorio norteamericano y también porque su encarcelamiento se realizó también en el extranjero. Un tribunal británico criticó la actuación de las autoridades norteamericanas por mantener detenidos a ciudadanos de otros países indefinidamente y sin ningún tipo de proceso judicial. Se debe mencionar que el Gobierno inglés ha solicitado al Gobierno de los Estados Unidos que no proceda contra sus ciudadanos detenidos en Guantánamo en tribunales militares. El Presidente Bush, en julio del 2003, reconoció la importancia de las relaciones entre los Estados Unidos y Gran Bretaña y accedió a considerar la solicitud británica así como la de Australia. Dos semanas antes, el Departamento de Defensa había publicado una lista de seis personas detenidas en Guantánamo, incluyendo dos ciudadanos ingleses y un australiano, para que pudieran ser procesados ante tribunales militares.

El caso de los detenidos en Guantánamo presenta una situación muy diferente a los conflictos armados tradicionales. De conformidad con las normas tradicionales del derecho de

conflictos armados, los prisioneros de guerra deben ser liberados al finalizar el conflicto. Sin embargo, no es posible determinar fácilmente el fin de la guerra contra el terrorismo. Aunque la Corte Suprema en el caso de Hamdi no falló sobre este tema, la opinión de la Corte da la impresión de que aprobaría el concepto de una detención indefinida sin que se le acuse o sea juzgado.

Dada la singularidad de la detención de prisioneros de la guerra contra el terrorismo, es posible que el criterio que se utilice para determinar la legalidad de continuar con la detención sea el peligro que cada prisionero presenta y no la finalización del conflicto. Esta determinación puede estar basada en la conducta del prisionero previa a su detención y durante su encarcelación, el puesto que ocupaba en la organización terrorista, su cooperación con los interrogadores, su edad, estado físico y análisis psicológico.

Aunque hemos mencionado su caso con anterioridad, por ser uno de los más singulares, José Padilla, ciudadano norteamericano detenido en suelo norteamericano y recluido en una prisión naval en South Carolina como combatiente enemigo, merece verse desde este aspecto también. Padilla estuvo privado de libertad durante casi cuatro años como combatiente enemigo. Sus abogados cuestionaron la legalidad de esta detención indefinida de un ciudadano norteamericano en su propio territorio. La Corte Suprema revisó un recurso de *habeas corpus* presentado por Padilla, pero determinó que el recurso había sido presentado en el tribunal equivocado y lo remitió al correcto, sin decidir si la duración de la detención violaba derechos fundamentales de Padilla.

Posteriormente, Padilla presentó un recurso de *habeas corpus* ante otro tribunal federal, el cual determinó que el Presidente no estaba autorizado legalmente para ordenar la detención de Padilla como combatiente enemigo y dictaminó que se le acusara penalmente o bien lo pusieran en libertad. Un tribunal de apelaciones revocó esta sentencia determinando que el Congreso había autorizado al Presidente a

tomar todas las medidas necesarias para llevar a cabo la Guerra Contra el Terrorismo por lo que la detención original de Padilla estaba dentro de su competencia. En lo que respecta a la duración de la detención, el tribunal determinó que la detención era legal durante la duración del conflicto con Al Qaeda en Afganistán, por lo que el Gobierno podía continuar con la detención de Padilla hasta el final del conflicto.

En noviembre de 2005, el Fiscal General de los Estados Unidos presentó una acusación penal en contra de Padilla y ordenó su traslado de una prisión militar a una cárcel civil, quedando pendiente de juicio. Se le acusa de participar en una conspiración con otros cuatro miembros de una “célula de apoyo al terrorismo que enviaba dinero, proporcionaba asistencia y reclutaba *muyaidines* para conflictos en el extranjero con el propósito de participar en una acción violenta de la *Yihad*”. Se especula que la acusación estuvo motivada por el temor que la Corte Suprema acceda a revisar la detención indefinida de Padilla como “combatiente enemigo” y falle en contra del Gobierno. Los fiscales han solicitado a la Corte Suprema que declare nulo el recurso de apelación presentado por Padilla, ya que con la acusación penal se retira la denominación de Padilla como “combatiente enemigo”, y se le remite al sistema de justicia penal civil, que era lo que él solicitaba en el recurso. Los abogados de Padilla argumentan que esta táctica le permite al Gobierno declarar a Padilla de nuevo “combatiente enemigo” aun si fuera absuelto en el juicio penal y, por lo tanto, la Corte Suprema debe fallar en su caso aun cuando ha sido transferido al sistema penal ordinario. Como se ha mencionado anteriormente, la Corte Suprema rechazó su recurso argumentando que cualquier cambio en la naturaleza de su detención puede ser resuelto en su oportunidad por el tribunal federal que lo esté juzgando penalmente.

## E) INTERROGATORIO, TRATO Y TORTURA DE PRISIONEROS

Uno de los aspectos de la Guerra Contra el Terrorismo que ha causado mayor polémica es

el tratamiento de los prisioneros durante los interrogatorios. El actual Gobierno ha autorizado la utilización de una serie de prácticas de interrogatorio que, aunque posiblemente ya habían sido utilizadas, nunca habían sido formalmente aceptadas y justificadas por asesores legales del Ejecutivo. Esta divergencia de las prácticas establecidas en los manuales de las fuerzas armadas se debe en gran parte a la confusión legal que causaron una serie de dictámenes que surgieron después del 11 de septiembre y que parecen haber estado orientados a proteger a interrogadores en caso de que fueran procesados penalmente por actos que pudieran haber cometido durante los interrogatorios o las detenciones.

En enero de 2002, Alberto Gonzales, el principal asesor legal del Presidente, emitió un dictamen que enfatizaba la importancia de obtener información útil para el combate contra el terrorismo y la conclusión de éste es que el “nuevo paradigma hace que las reglas de la Convención de Ginebra que limitan interrogatorios sean obsoletas”. En el dictamen Gonzales señaló que la Convención de Ginebra no aplicaba a Al Qaeda ni a talibanes en Afganistán y, por lo tanto, tampoco las restricciones contra tortura o trato inhumano contenidos en la Convención aplicaban a soldados norteamericanos. Ya que las leyes penales norteamericanas contra tortura de prisioneros hacen referencia a la Convención de Ginebra, por lo tanto, tampoco se les podría procesar por violación de las leyes penales de su país. Un día después de la redacción de este documento, el Secretario de Estado se quejó a la Casa Blanca indicando que “los Estados Unidos nunca han determinado que la Convención de Ginebra no es aplicable a un conflicto en el que este país está involucrado”. El Fiscal General, sin embargo, insistió en una determinación presidencial de que la guerra en Afganistán no estaba sujeta a las restricciones de la Convención de Ginebra y que, por lo tanto, los soldados norteamericanos y agentes de la CIA no podrían ser procesados. En febrero de 2002, el Presidente Bush reconoció que el conflicto en Afganistán estaba sujeto a las normas establecidas por la Convención de Ginebra

pero no a los artículos que definen las personas protegidas por la Convención. De esta manera logró el mismo resultado que se buscaba originalmente al establecer la nueva categoría de combatiente enemigo exenta de los requisitos del Convenio. En este documento Bush determinó que las fuerzas de los Estados Unidos en Afganistán deberían tratar a los detenidos de una forma humana y conforme con los principios de la Convención de Ginebra, pero “solamente cuando este sea consistente y apropiado con la necesidad militar”.

Otro dictamen que señaló la necesidad de anticipar posibles procesos penales por crímenes de guerra en el futuro fue elaborado por dos de los asesores principales del Fiscal General, John Yoo y Robert J. Delahunty. El dictamen más notorio de estos fue elaborado por otro miembro de la Fiscalía, Jay S. Bybee, quien llegó a justificar la tortura concluyendo que causar dolor físico no es necesariamente tortura. Entre las conclusiones más controvertidas de este informe está la definición de tortura. Tratos que causan dolor físico solamente constituyen tortura si el trato causa la “muerte, fallo de órganos o causa impedimentos serios de las funciones corporales”. En el caso de técnicas que causan dolor psicológico, éste es solamente tortura si el interrogador específicamente intentó causar “daños permanentes”. El memorando concluye que sería inconstitucional aplicar leyes penales que sancionan la tortura a prácticas autorizadas por el Presidente como parte de la Guerra Contra el terror y que “bajo la situación actual, la necesidad o la defensa propia pudieran justificar métodos de interrogatorio que pudieran violar las normas penales que sancionan la tortura”. Posteriormente, el Presidente Bush emitió una orden secreta autorizando a la CIA a establecer centros secretos de detención y a “interrogar a los detenidos en esos centros con dureza sin precedente”. En 2004 el Departamento de Justicia repudió el memorando después del escándalo de Abu Ghraib y de que personas tan influyentes como el anterior director de la CIA, James Woolsey, lo criticaron pública y severamente. Poco después, el Departamento de Defensa

publicó una nueva política sobre tortura, reemplazando el memorando de Bybee.

En octubre del 2002 el comandante de la base naval de Guantánamo solicitó a su jefe inmediato en el Comando Sur la aprobación de métodos de interrogatorio que no habían estado permitidos bajo las reglas del ejército. Previamente, el comandante de Guantánamo había obtenido dictámenes de asesores legales militares aprobando la utilización de estas técnicas. Entre las técnicas estaban la utilización de perros, desnudar al detenido, utilización de capuchas, posiciones que causaran tensión y fatiga, aislamiento hasta por 30 días, interrogatorios de 20 horas de duración, privación de luz y estímulos auditivos, simulaciones que le causaran al detenido pensar que él o su familia serían víctimas de represalias, exposición al frío o al agua, uso de toallas mojadas que dieran la impresión de sofocación y el uso de contacto físico que no produjera lesiones. El Secretario de Defensa aprobó las técnicas en diciembre del 2002. Dieciséis de las técnicas no habían sido permitidas previamente en los manuales de las fuerzas armadas que regulaban interrogatorios de detenidos. El 15 de enero de 2003, el Secretario de Defensa rescindió esta orden, decretó la formación de un grupo asesor para analizar estas técnicas excepcionales y sus consecuencias legales. En abril 4 del 2003 reiteró que la protección de la Convención de Ginebra no era aplicable a estos combatientes.

Los abogados militares protestaron en contra de estas órdenes, pero en abril de 2003 el Secretario de Defensa aprobó 24 de las 35 técnicas de interrogatorio solicitadas. El vaivén de estos dictámenes, como era de esperar, causó gran confusión entre las tropas que ejecutaban los interrogatorios y contribuyeron a causar los abusos de Abu Ghraib y de otros centros de detención. Uno de los asesores legales principales del Pentágono ha caracterizado esta situación como una “zona oscura” para los soldados que tenían el deber de aplicarlas. Este autor ha criticado la premisa que la simple aprobación de técnicas de interrogatorio por el Departamento de Defensa le otorgaría protección contra la posibilidad de procesos penales, pues “no solamente no tienen

precedente sino carecían de ninguna base legal”. Él y otros críticos del abandono de las prácticas normales contenidas en manuales de interrogatorio del ejército concluyen que personas a cargo de interrogatorio se encontraron sin una guía para proceder y por lo tanto improvisaron de una manera *ad hoc*. Asimismo, agentes del FBI rehusaron participar en interrogatorios en Guantánamo por estar en desacuerdo sobre la utilidad y la legalidad de las técnicas de interrogación que se estaban utilizando.

En febrero de 2006, el anterior asesor jurídico de la Armada de los Estados Unidos, Alberto Mora, reveló que en 2002 cuestionó la legalidad de los métodos de interrogatorio que se estaban usando en Guantánamo y otros centros de detención. Posteriormente, en 2004, Mora emite un memorando en el cual critica las técnicas como ilegales, peligrosas y equivocadas”. En este memorando, Mora relata su oposición durante dos años a la opinión de los asesores legales de la Presidencia, quienes aprobaron un sinnúmero de técnicas de interrogación posteriormente revocadas.

Aun con estas correcciones, la situación de los miembros de las fuerzas armadas a cargo de la detención de “enemigos combatientes” se dificulta por el papel que miembros de la CIA y contratistas privados juegan al dirigir interrogatorios. En el caso de los abusos de Abu Ghraib, por ejemplo, policías militares recibieron órdenes de estos funcionarios para “ablandar” a los detenidos, previamente a los interrogatorios, lo cual contribuyó a muchos abusos en ésta y otras prisiones. Esta situación se complica aún más por la ausencia de abogados militares que puedan orientar a los participantes en las técnicas que puedan utilizar dentro de las normas legales tradicionales para este tipo de interrogatorios.

Los abusos de Abu Ghraib y Guantánamo han reaparecido en una revisión de las prácticas por parte de oficiales del ejército y el Congreso. Por ejemplo, después que los abusos cometidos en la prisión de Abu Ghraib el Gobierno retiró en diciembre del 2004 el dictamen original del Fiscal General autorizando técnicas que bajo otras situaciones constituirían tortura. Incluso

hoy en día continúa habiendo una laguna legal que debe corregirse estableciendo reglas claras que sean comunicadas a todos los mandos por medio de entrenamiento y difusión.

Además de las prácticas de interrogatorio autorizadas por el Departamento de Defensa para uso de los miembros de las fuerzas armadas, la Agencia Central de Inteligencia (CIA) promulgó reglas aún más flexibles para sus miembros. Entre ellas, una de las más controvertidas permitía la inmersión de detenidos bajo agua causando la sensación de ahogamiento. En uno de los casos más notables, uno de los dirigentes más importantes de Al Qaeda, Khalid Sheikh Mohammed, fue sometido a esta práctica e informó que el gobierno iraquí había apoyado actividades de Al Qaeda y discutido con ellos el acceso a armas de destrucción masiva; lo cual era falso y fue parte de la justificación para la declaración de guerra contra Irak. Poco después, Mohammed repudió la confesión original. Un informe del Inspector General de la CIA en el 2005 concluyó que muchas de las prácticas, aunque no constituían tortura, eran crueles, inhumanas y degradantes en violación de los términos establecidos por la Convención Contra la Tortura. Con base en este informe, la CIA ha aceptado ocho de las diez recomendaciones del informe y reducido el número de métodos de interrogatorio autorizados anteriormente.

El abuso en el tratamiento de detenidos ha dado como resultado que, en numerosas investigaciones, surgieran las críticas de organizaciones internacionales, y el procesamiento penal de soldados acusados de abusos y tortura. Para enero del 2005 el Pentágono había sancionado a 137 miembros de las fuerzas armadas. De estos, 46 recibieron sanciones administrativas o reducción en rango. Catorce *marines* han sido sentenciados en tribunales militares inclusive uno que usó descargas (“shock”) eléctricas contra un prisionero, fue sentenciado a un año de prisión. En un informe sobre abusos en Abu Ghraib se señalaron abusos cometidos por 34 miembros de la inteligencia militar, pero solamente uno de ellos ha sido procesado. En Bagram 28 soldados fueron acusados

de participar en la muerte de dos detenidos, pero solamente uno de ellos había sido procesado penalmente.

De los policías militares que aparecieron abusando de los prisioneros en Abu Ghraib, uno fue sentenciado a 10 años de prisión, otro que se declaró culpable fue sentenciado a 8 años de prisión, un miembro de la inteligencia militar fue sentenciado a 8 meses de encarcelamiento, otro policía militar fue sentenciado a un año de encarcelamiento y otros están pendientes de juicio. Aunque algunos informes sobre el maltrato de prisioneros en Abu Ghraib y otros centros de detención recomendaron que mandos militares fueran sancionados, hasta el momento ninguno de ellos lo han sido, aunque se espera que la General de Brigada Manis Karpinski, comandante de la brigada a cargo de custodiar a prisioneros en Abu Ghraib reciba una sanción administrativa y se retire del ejército. Inclusive los tribunales militares han rechazado los argumentos de soldados procesados que alegaban que tan sólo estaban obediendo órdenes de sus superiores. Se debe señalar que únicamente un miembro de la CIA, un contratista, ha sido procesado penalmente por abusos de prisioneros en Irak.

Entre las investigaciones más notables de abuso de prisioneros están el informe del General Antonio Taguba, el informe del Teniente General Paul Mikolashek, Inspector General del ejército, sobre tratamiento de prisioneros en Afganistán e Irak, la investigación por parte de los generales Anthony Jones, sub-comandante de entrenamiento del ejército, George Fay, sub-comandante de inteligencia del ejército, y Paul Kern, comandante de logística. Todos estos informes encontraron falta de entrenamiento de tropas, órdenes confusas y poco difundidas y falta de supervisión por los mandos superiores. Sin embargo, se limitaron en sus críticas a culpa a los mandos más inferiores.

Como resultado de los escándalos de los centros de detención, el Congreso ha considerado tomar medidas para regular la conducta de interrogatorios y el trato de prisioneros. En diciembre de 2004, por ejemplo, el Presidente Bush se opuso a una propuesta que extendería

explícitamente a agentes de la CIA la prohibición de tortura u otros tratamientos inhumanos y requería que la CIA y el Departamento de Defensa informaran al Congreso sobre sus prácticas de interrogación. La medida fue derrotada en el Congreso. A finales de 2005 el Congreso aceptó una nueva propuesta del Senador John McCain, quien fue prisionero de guerra en Hanoi, durante la guerra de Vietnam, por más de 5 años, que prohíbe “el tratamiento cruel, inhumano, o degradante” de cualquier detenido bajo custodia de Estados Unidos, incluyendo la CIA. El Vicepresidente Cheney fue el opositor más notable de la medida especialmente en lo que concierne a la CIA, la cual debe ser excluida de tales restricciones de acuerdo con su argumentación. Finalmente, el Presidente Bush firmó la nueva legislación cuando era obvio ya que existían suficientes votos para sobrepasar su veto. Aunque originalmente las propuestas para esclarecer la política de interrogatorios del Departamento de Defensa causaron un profundo debate interno en el gobierno, en 2006 el Departamento de Defensa emitió nuevas reglas que prohíben la mayoría de las prácticas de interrogatorio tan criticadas anteriormente.

Al mismo tiempo que el Congreso promulgó la legislación de McCain, otro senador propuso legislación que limita el recurso de *habeas corpus* para detenidos en Guantánamo a impugnar su clasificación original y no el trato recibido durante su encarcelamiento. Esta limitación fue firmada por Bush al mismo tiempo que firmó la propuesta de McCain, de manera que ambas están vigentes. La nueva legislación, promulgada como resultado del fallo de la Corte Suprema en el caso de *Hamdan v. Rumsfeld*, de nuevo limita el recurso de *habeas corpus*. Esta restricción probablemente va a ser cuestionada ante la Corte Suprema en el futuro.

## F) ASESINATOS

Antes del 11 de septiembre los Estados Unidos habían adoptado una prohibición casi total de asesinatos a enemigos fuera de situaciones de combate. Sin embargo, posteriormente

al 11 de septiembre, la política ha cambiado y el Presidente ha autorizado a la CIA y a tropas especiales de las fuerzas armadas a asesinar a dirigentes terroristas. Tanto los Estados Unidos como Israel han tomado esta posición y diferencian el asesinato de dirigentes políticos del asesinato de terroristas.

El argumento principal para justificar esta política es que el Estado está actuando en defensa propia y es una práctica militar aceptable tanto en el derecho nacional como en el internacional. El caso de Yemen es ilustrativo. Un avión pequeño de la CIA, usado normalmente para vigilancia, detectó la presencia de un vehículo donde estaba un dirigente terrorista. Se obtuvo autorización para proceder y se disparó un cohete que destruyó el vehículo y mató a sus pasajeros. Antes del 11 de septiembre, en una situación similar, se obtuvo información de inteligencia indicando la localización de Mullah Mohammed Omar, el líder de los Talibanes. Los abogados del Departamento de Defensa, sin embargo, rehusaron dar aprobación legal para disparar cohetes que matarían a este peligroso dirigente. Como es de esperar, posteriormente al 11 de septiembre la actuación de los abogados ha sido severamente criticada. La legalidad de estas acciones es objeto de debate, tanto a nivel de normativa nacional como internacional, y usualmente sólo cuando finaliza el conflicto se toman medidas para prevenir su uso en el futuro.

Los críticos de esta práctica argumentan que este tipo de asesinato resuelve poco, ya que el dirigente va a ser reemplazado y, a su vez, su asesinato conlleva represalias. Además, este tipo de asesinato, que usualmente requiere de explosivos, puede causar la muerte de personas inocentes y, al mismo tiempo, indican que reduce la posibilidad de diálogo entre las partes.

### **G) LA RESPONSABILIDAD PENAL DE AGENTES DE LA CIA Y FUERZAS MILITARES**

Una de las mayores preocupaciones de agentes de la CIA, principalmente, y de las fuerzas armadas es que puedan ser sancionados

penalmente o estar sujetos a querrelas civiles por actos que puedan haber cometido custodiando a detenidos o al interrogarlos. Esto, por ejemplo, es una de las razones por las cuales el FBI rehusó participar en interrogatorios de detenidos en Guantánamo después de que oficiales de la CIA asumieran control de los interrogatorios y utilizaran medidas coactivas excesivas.

El Presidente Bush acogió esta preocupación e incluyó en la legislación sobre comisiones militares una sección que modifica la ley penal que sanciona crímenes de guerra cuando las acciones de una persona que ejerce control sobre un prisionero de guerra o combatiente enemigo constituyen tortura, tratamiento cruel o inhumano, uso de experimentos biológicos, asesinato, mutilación, causar intencionalmente serios daños físicos, violación, abuso sexual y toma de rehenes. En la definición de los actos que constituyen estos delitos, los parlamentarios fueron cuidadosos a la hora de ser explícitos pero no detallar actos específicos. De forma diferente, el Manual de Campo del Ejército (*Army Field Manual*) especifica las prácticas de interrogatorio que prohíbe y las que permite, por lo que los soldados están mucho más restringidos en sus actuaciones que los agentes de la CIA o de las otras agencias de inteligencia.

Previamente, la Ley sobre el Tratamiento de Detenidos de 2005 estableció defensas legales para los funcionarios del gobierno que habían actuado bajo órdenes de superiores y cuyas actuaciones eran oficialmente consideradas legales. Estos pueden, si son procesados penal o civilmente, proponer como defensa que no sabían que su conducta era ilícita y que cualquier persona razonable tampoco lo hubiera sabido. El haber actuado de buena fe o siguiendo consejos de abogados es un factor importante para ser considerado por un tribunal al determinar si una persona razonable hubiera creído lo mismo. Finalmente, la legislación requiere la contratación de una defensa legal o pago de caución monetaria por el Ejecutivo en estos casos.

## 6. TRIBUNALES ORDINARIOS Y COMISIONES MILITARES

### A) COMISIONES MILITARES

El 14 de noviembre de 2001, el Presidente Bush emitió un decreto en el cual estableció tribunales militares para juzgar a extranjeros que son o han sido miembros de Al Qaeda por actos cometidos en contra de los Estados Unidos o de sus ciudadanos. El decreto estipuló que el Presidente sería la única autoridad competente para formular cargos en contra de los sospechosos y que las actuaciones de dichos tribunales no eran recurribles ante ningún tribunal ordinario federal, estatal o internacional.

Esta extraordinaria disposición tuvo su fundamento en la determinación del Presidente de que existe una emergencia nacional de tal magnitud que “la aplicación de los principios legales y las reglas de pruebas generalmente reconocidas en juicios penales en los Estados Unidos no es práctica en estas comisiones militares”. Las reglas finales de procedimiento emitidas por el Ministro de Defensa en marzo del 2002 para estos tribunales establecieron un proceso de revisión por medio de un recurso ante un tribunal de apelaciones compuesto por tres jueces militares. El Presidente actuaría como última instancia de revisión.

Uno de los aspectos más controvertidos de estas reglas es que no permitía una revisión de sus decisiones por tribunales ordinarios. La Corte Suprema en el caso de *Rasul v. Bush* rechazó esta prohibición y le otorgó a personas detenidas en Guantánamo el derecho a presentar recursos de *habeas corpus* ante tribunales ordinarios. Además, ordenó que se estableciera un proceso para revisar los hechos que justifican la detención de cada una de las personas recluidas.

Como resultado de esta decisión de la Corte Suprema, el Departamento de Defensa estableció Tribunales de Revisión de la Clasificación de Combatientes (*Combatant Status Review Tribunal*) cuya responsabilidad es la de analizar la detención de personas detenidas

en Guantánamo y ordenar su liberación si esto correspondiera. Estos tribunales continúan actuando y no han sufrido modificaciones por decisiones judiciales posteriores o la nueva legislación federal.

La decisión de prohibir la revisión de sentencias o de procesos por parte de un tribunal ordinario independiente continuó siendo uno de los puntos más controvertidos del sistema de comisiones militares aun después de la decisión de la Corte Suprema en el caso de *Rasul v. Bush*. En uno de los primeros casos en el que un detenido fue sometido a juicio por una comisión militar, el acusado presentó un recurso de *habeas corpus* para revisar la legalidad de su detención. Salim Ahmed Hamdan, quien fuera aparentemente un chófer y guardaespaldas de Osama Bin Laden, fue acusado de “delitos de guerra” (“atacar a civiles y a la propiedad de civiles, asesinato y terrorismo”) y procesado ante una “comisión militar”. Hamdan pidió que se juzgara ante un tribunal militar, operando bajo las normas del Código Uniforme de Justicia Militar donde tendría amplios derechos procesales. Un tribunal federal de primera instancia determinó que los procedimientos de las comisiones militares no cumplen con los requisitos básicos de un juicio ante un tribunal militar normal y ordenó la suspensión del proceso ante la comisión.

Un tribunal de apelaciones revocó la sentencia emitida por el tribunal de primera instancia. El tribunal rechazó el argumento principal de Hamdan de que el juicio ante una comisión militar viola los derechos garantizados por la Convención de Ginebra y decidió que la Convención no otorga derechos individuales a los combatientes por lo que no pueden acudir a tribunales ordinarios para reivindicar dichos derechos. Es decir, las garantías de tratamiento justo que la Convención de Ginebra establece son solamente la responsabilidad de las autoridades militares y políticas. Además, el tribunal determinó que Hamdan no podía reclamar la protección de prisionero de guerra conforme a los criterios establecidos por la Convención ya que: 1) al Qaeda no es una parte del Convenio y no es un estado y 2) Hamdan no re-

úne los requisitos de combatiente requeridos por la Convención. Por ejemplo, no vestía un uniforme o “signo distintivo fijo reconocible a distancia”.

En noviembre de 2005 la Corte Suprema admitió el recurso de Hamdan en contra de la decisión del Tribunal de Apelaciones para resolver si el Presidente tiene autoridad para establecer comisiones militares y sobre la legalidad de estos procesos, dados los requisitos de la Convención de Ginebra sobre el tratamiento de prisioneros de guerra. En junio de 2006 la Corte Suprema emitió uno de los fallos más importantes sobre las medidas antiterroristas posteriores al atentado del 11 de septiembre de 2002. La Corte rechazó al inicio el argumento del Gobierno de que la legislación promulgada en el 2005 limitando el acceso al recurso de *habeas corpus* debe aplicarse al caso de Hamdan pese a que el recurso original había sido presentado años antes de la promulgación de la legislación. Sin fallar sobre la constitucionalidad de la ley, la Corte determinó que el Congreso no especificó su intención de que fuera retroactiva y, por lo tanto, era inaplicable a los casos pendientes en los tribunales antes de su promulgación.

Asimismo, la Corte determinó que los Convenios de Ginebra sobre el tratamiento de detenidos de guerra eran aplicables a los detenidos en Guantánamo y en los otros centros de detención bajo la custodia de agentes de los Estados Unidos. La Corte Suprema determinó, conforme a este Convenio, que les eran aplicables tanto las reglas sobre tratamiento de prisioneros de guerra como el derecho a ser enjuiciados por tribunales que aplican normas procesales tradicionales en la justicia militar. Además, la Corte Suprema declaró inválido el decreto emitido por el Presidente estableciendo las comisiones militares y su procedimiento ya que es competencia del Congreso y no del Ejecutivo. El establecer estas comisiones sin autorización expresa del Congreso se excedió en sus facultades de Presidente para actuar como comandante en jefe de las fuerzas armadas en tiempos de guerra.

La Corte Suprema fue más allá en su fallo y determinó que el procedimiento establecido para juicios en estas comisiones viola los principios garantizados tanto por las Convenciones de Ginebra como por el Código Militar norteamericano para un juicio. La Corte Suprema señaló que entre las deficiencias del proceso, les encuentran el hecho de que tanto el acusado como su representante legal pueden ser excluidos del juicio; se pueden utilizar pruebas en su contra sin que el acusado o su abogado puedan tener conocimiento de las mismas; el juez tiene enorme discreción para decidir si el proceso debe ser secreto y se permite la presentación de cualquier tipo de prueba que en la opinión del juez tenga valor probativo aun cuando ni el acusado ni su abogado tengan acceso a ésta. Esto permitiría la presentación, por ejemplo, del testimonio de oídas, de declaraciones escritas no juradas e, incluso, de declaraciones hechas bajo coerción. Esto llegó a que la Corte Suprema concluyera que “Aun asumiendo que *Hamdan* es un individuo peligroso que podría causar gran daño o la muerte a civiles inocentes si tuviera la oportunidad, el Ejecutivo, pese a ello, tiene la obligación de cumplir con las reglas legales vigentes para someterlo a juicio e imponerle una sentencia penal”.

## B) EL PROCEDIMIENTO EN LAS COMISIONES MILITARES

Como consecuencia del fallo de la Corte Suprema en el caso de *Hamdan*, el Presidente Bush rápidamente presentó al Congreso un anteproyecto de ley que establece de nuevo las comisiones militares y define el proceso a seguir en ellas. La propuesta original hubiera modificado el contenido del artículo 3 de la Convención de Ginebra sobre el tratamiento de prisioneros de guerra. Esta propuesta fue objetada por tres de los senadores republicanos más poderosos y eventualmente fue retirada.

Tras llegar a un acuerdo con el Presidente, el Congreso promulgó en septiembre de 2006 legislación que cumple con varios de los requisitos del fallo de la Corte Suprema en *Hamdan v. Rumsfeld*. La legislación autoriza al Presiden-

te a crear comisiones militares para juzgar a combatientes enemigos ilícitos que han participado en actos de guerra contra los Estados Unidos. La ley establece los procedimientos para juzgarlo, los hechos que constituyen delitos conforme a la ley de guerra y quiénes pueden ser juzgados por comisiones militares.

Las personas que se encuentran sujetas a la competencia de estos tribunales son los combatientes extranjeros (la ley excluye a ciudadanos norteamericanos) ilícitos. Se define como combatiente enemigo ilícito todas “aquellas personas que han participado en actos hostiles contra los Estados Unidos o han apoyado dichos actos materialmente y con la intención de hacerlo y que no son combatientes lícitos (incluyendo personas que son miembros del Taliban, Al Qaeda o fuerzas que los apoyan)”. La norma también incluye a aquellas personas que han sido clasificadas como combatientes enemigos ilícitos por un Tribunal de Revisión del Estatuto de Combatientes (“Combatant Status Review Tribunal”), el cual tiene competencia para revisar el estatus de combatientes detenidos.

Los procedimientos establecidos por la nueva legislación están basados en las reglas procesales establecidas en el Código Uniforme de Justicia Militar, con la excepción del derecho a un juicio pronto, ser informados de sus derechos a mantener silencio al ser interrogados previo al juicio y a recibir la asistencia de un abogado en la etapas antes del juicio. Los factores más sobresalientes del procedimiento son los siguientes:

- Todo acusado tendrá derecho a la defensa legal ejercida por un defensor militar o bien por un abogado civil propio, sin costo para el Gobierno. Cualquier defensor privado tendrá que someterse a una investigación sobre sus antecedentes para determinar si se le pueden confiar documentos secretos. El acusado puede optar por asumir su propia defensa.
- La acusación, formulada por un fiscal militar, será suministrada al acusado con suficiente anticipación y con carácter previo al juicio.
- Existencia de la presunción de inocencia.
- El nivel de prueba requerido para determinar la culpabilidad será “más allá de una duda razonable”.
- El fiscal suministrará a la defensa aquellas pruebas que piensa presentar en el juicio así como las pruebas exculpatorias en su poder.
- El acusado no tiene el deber de declarar en el juicio y su silencio no deberá tenerse en cuenta por la Comisión.
- Los testigos estarán sujetos a interrogatorio por la parte contraria.
- El acusado tendrá derecho a estar presente durante el juicio.
- No se presentarán como pruebas declaraciones que son resultado de torturas. Sin embargo, la legislación diferencia entre actos que sucedieron antes de la promulgación de Ley sobre el Tratamiento de Detenidos de 2005 y aquellos que sucedieron después. En los casos en los cuales la coerción sucedió antes de 2005, se pueden usar declaraciones como prueba cuando la totalidad de las circunstancias demuestran que la declaración es fiable y que tiene suficiente valor probatorio y se servirá mejor a los intereses de la justicia con la admisión de la prueba. En aquellos casos en los cuales la declaración sucedió después de 2005, se requiere, además de los requisitos anteriormente mencionados, que los métodos del interrogatorio no constituyan una violación de las prohibiciones contra el tratamiento cruel, inusual e inhumano al cual se refieren las enmiendas quinta, octava y catorce de la Constitución de los Estados Unidos.
- La prueba testimonial de referencia que normalmente no es admisible en juicios militares tradicionales puede ser considerada por los miembros de la comisión militar si el que propone la prueba notifica a la parte contraria con suficiente anticipación para que ésta tenga oportu-

nidad para preparar su defensa, el propósito de presentar la prueba y los detalles de cómo fue obtenida y su contenido. Si la parte del proceso que se opone a la presentación de esta prueba demuestra que no es fiable o no tiene suficiente valor probatorio esta no podría ser considerada.

- El juicio será oral y público, excepto en lo relativo a aquellas pruebas que comprometan la seguridad nacional, las cuales pueden ser presentadas en sesión cerrada. Los abogados defensores militares nunca serán excluidos de ninguna de las etapas del juicio. Sin embargo, el acusado mismo y defensores civiles sí pueden serlo.
- Se requiere un voto coincidente de dos tercios de los miembros de la sala para una determinación de culpabilidad y para definir la sentencia si la sentencia puede ser inferior a 10 años de cárcel. Si la sentencia puede ser de 10 años o más, se requiere un voto afirmativo de tres cuartos. Para imponer una sentencia de pena de muerte se requiere unanimidad en el voto de los miembros de la Comisión.
- Toda sentencia puede ser recurrida ante un tribunal militar de apelaciones (*Court of Military Commission Review*) el cual estará compuesto por una sala de tres jueces de la jurisdicción de apelaciones de la justicia militar. Las decisiones de esta instancia solamente pueden ser recurridas ante el Tribunal de Apelaciones del Circuito de Washington, el cual ejerce competencia también sobre recursos en contra de las sentencias de los tribunales militares de apelación tradicionales. A su vez, los recursos contra decisiones del tribunal de apelaciones solamente pueden ser presentadas ante la Corte Suprema la cual, en estos casos, tiene discreción para admitirlos o rechazarlos *ad portas*.
- Ningún tribunal superior puede revocar una sentencia absolutoria o reformar la sentencia en perjuicio.

Algunas de las críticas más importantes a esta legislación son: una competencia muy amplia otorgada a las comisiones; la discreción absoluta que tiene el Gobierno para retirar un proceso de un tribunal penal ordinario y referir el caso ante un tribunal militar y la falta de incentivos para la participación de abogados defensores privados.

Una de las reformas más importantes de la nueva legislación es la definición del papel de los miembros del tribunal y del juez. El juez profesional, abogado de las fuerzas armadas, tendrá competencia exclusiva para decidir cuestiones legales mientras que los otros miembros del tribunal asumen el papel de jurado (cinco miembros en la mayoría de los casos y 12 miembros cuando se trata de la pena de muerte). El juez tiene garantizado un gran nivel de independencia. Por ejemplo, el Juez responderá solamente ante superiores en el cuerpo de abogados militares y no podrá ser sancionado por sus actuaciones, dentro de la ley. También se limitan las situaciones en las cuales un acusado puede ser excluido de las audiencias en las que se presenta información secreta. Sin embargo, el aspecto más controvertido de la nueva legislación es la disminución del derecho de los detenidos al acceso a los tribunales ordinarios por medio del recurso de *habeas corpus*.

### C) ACCESO A TRIBUNALES ORDINARIOS

Dos de los fallos más importantes de la Corte Suprema sobre la guerra contra el terrorismo trataron el tema de la competencia de tribunales ordinarios sobre detenciones militares de presuntos terroristas y el poder del Presidente como comandante en jefe de las fuerzas armadas en un período de guerra.

En *Rumsfeld v. Padilla*, la Corte Suprema consideró el caso de Padilla, caso que ya hemos citado de un ciudadano norteamericano detenido al entrar a los Estados Unidos por la sospecha de que llevaba a cabo una misión para Al Qaeda, y que consistía en planificar el estallido de una bomba “sucía”, es decir nuclear. Padilla fue detenido en una base de las

fuerzas armadas sin acceso a un abogado y sin ningún cargo penal en su contra.

Padilla presentó un recurso de *habeas corpus* cuestionando la legalidad de su detención por un período indefinido. El fallo de la Corte se limitó a establecer que los tribunales federales tienen competencia para examinar la legalidad de su detención aún cuando se trata de poderes extraordinarios del Presidente en periodos de guerra.

En *Rasul v. Bush*, la Corte Suprema revisó el caso de un detenido en Guantánamo que estaba encarcelado como un “combatiente enemigo”. Él presentó un recurso de *habeas corpus* en un tribunal federal cuestionando la legalidad de su detención indefinida. Las autoridades militares argumentaron que al estar detenido en territorio extranjero y al ser clasificado como un “combatiente enemigo” y no como prisionero de guerra (con los derechos correspondientes definidos en la Convención de Ginebra), los tribunales federales no eran competentes para decidir sobre la legalidad de su detención. Asimismo, argumentaron que esta materia era competencia del Presidente en su función como comandante de las fuerzas armadas y que, por lo tanto, la separación constitucional de poderes limitaba la competencia judicial. La Corte rechazó los argumentos del Ejecutivo y sostuvieron la competencia judicial sobre esta materia.

Finalmente, en el caso de *Hamdi v. Rumsfeld*, la Corte Suprema revisó la detención de Hamdi, un ciudadano de Arabia Saudita nacido en Estados Unidos, capturado en Afganistán y acusado de ser miembro de Al Qaeda. Las autoridades lo transfirieron a una base militar, ya que la orden que estableció Guantánamo como punto de detención para “combatientes enemigos” excluía a ciudadanos norteamericanos. La Corte asumió la competencia, pero aceptó la legalidad del poder del Presidente para detener a Hamdi indefinidamente como un “combatiente enemigo” mientras que tropas norteamericanas sigan combatiendo en Afganistán. La autoridad presidencial se estableció por legislación de emergencia promul-

gada con posterioridad a los hechos del 11 de septiembre.

La Corte rechazó el argumento del Ejecutivo de que el Poder Judicial carecía de competencia para conocer del caso y decidió que Hamdi tenía el derecho de cuestionar ante un tribunal su clasificación como un combatiente enemigo, de acuerdo a las reglas que estableciera el Congreso al autorizar al Presidente para la detención de estos extranjeros. La Corte también indicó que Hamdi tenía el derecho a ser informado de las pruebas que llevaron al Ejecutivo a concluir que era un “combatiente enemigo” y a rebatirlas, aunque la presunción favorecía al Gobierno.

La Corte no falló sobre los derechos específicos que Hamdi tendría en este tipo de proceso, incluyendo si tendría el derecho a una defensa legal por medio de un abogado. Se debe mencionar que Hamdi tuvo un abogado en el momento que comenzó su proceso de *habeas corpus* ante los tribunales.

Curiosamente, uno de los miembros más conservadores de la Corte, Antonin Scalia, discrepó del fallo de la mayoría argumentando que dado que Hamdi era un ciudadano norteamericano, la Constitución requería que fuera juzgado por traición, al haber combatido en contra de su país en un conflicto armado o, por el contrario, debería ser puesto en libertad.

Como se ha dicho anteriormente, el Gobierno estableció Tribunales de Revisión del Estatus de Combatientes (“Combatant Status Review Tribunal o CSRT”) para realizar una revisión preliminar de las pruebas que justifican la clasificación del prisionero como “combatiente enemigo” y, por lo tanto, su detención. Estos nuevos tribunales están compuestos por tres oficiales militares y deciden sobre el estado de cada detenido. Sólo se requiere de una mayoría de la sala para llegar a una conclusión. Aunque el acusado puede estar presente durante la presentación de pruebas, puede ser excluido cuando se presentan pruebas secretas. Asimismo, el prisionero puede presentar testigos a su favor siempre y cuando éstos puedan ser

razonablemente presentados ante el tribunal. Las decisiones de estos tribunales pueden ser apeladas ante el superior militar designado en la orden que crea los tribunales. En marzo de 2005, de los 558 casos revisados, solamente 38 fueron encontrados que no eran combatientes enemigos y solamente 5 han sido puestos en libertad. De los 60 casos que han sido presentados por detenidos en Guantánamo que han cuestionado la decisión del proceso de CSRT, la mayoría fueron decididos por el CSRT en un día y en todos la decisión fue unánime.

Otro aspecto de estos tribunales de revisión fue la creación de Consejos de Revisión Anual (“Annual Review Boards”), los cuales determinarán si el prisionero continúa siendo un peligro para los Estados Unidos y/o si existen otros factores que justifiquen la continuación de la detención. Al igual que los Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatientes, estos Consejos son compuestos por tres oficiales militares, uno de los cuales debe tener experiencia en el campo de la inteligencia.

Poco después de la formación de estos tribunales, jueces federales emitieron fallos contradictorios sobre su legalidad. En un caso, un juez federal determinó que el proceso de revisión violaba los derechos al debido proceso de los detenidos, mientras que otro juez determinó lo contrario.

El número de recursos de *habeas corpus* cuestionando la naturaleza de la detención y las condiciones bajo las cuales los detenidos están recluidos ha crecido considerablemente después de las decisiones de la Corte Suprema del 2004. La preocupación sobre el efecto que esto pueda tener sobre el control de los reos en Guantánamo motivó al Senado en 2005 a promulgar legislación que limita el acceso al recurso de *habeas corpus*. Conforme a esta nueva norma, detenidos podrán presentar recursos de *habeas corpus* ante tribunales federales para una revisión de su clasificación como “enemigo combatiente”, pero no para quejarse de su trato en el centro de detención.

Esta posición fue reiterada y ampliada en la nueva legislación de 2006 la cual establece

que “ningún tribunal, magistrado o juez será competente para revisar un recurso de *habeas corpus* presentado por un extranjero detenido por los Estados Unidos que haya sido detenido por ser un combatiente enemigo o está pendiente de esta decisión”. Esta restricción también se extiende a recursos en los cuales el detenido cuestiona las condiciones de su detención, el juicio y el tratamiento. La restricción del derecho a recursos de *habeas corpus* es retroactiva y el Congreso especificó que la norma aplica a todos los casos pendientes ante los tribunales federales, sin excepción, en los cuales se cuestiona “cualquier aspecto de su detención, traslado, tratamiento, juicio o condiciones de detención” si la detención ocurrió después de septiembre 11 de 2006. El efecto de esta decisión es poner fin a los cientos de recursos pendientes ante los tribunales federales. Aunque muchos expertos cuestionan la constitucionalidad de esta norma, argumentando, entre otras cosas, que atenta contra la independencia judicial y la competencia histórica de tribunales en los Estados Unidos, el hecho de que el autor es el mismo Congreso debilita los argumentos que predominaron en *Rasul, Hamdi, Padilla y Hamdan*.

## D) DERECHO A LA DEFENSA LEGAL

Uno de los aspectos más criticados de los procedimientos establecidos para las comisiones militares fue el relativo a las limitaciones al derecho a la defensa de los detenidos y al papel de los abogados en el proceso. Poco después del fallo de la Corte Suprema en el caso de *Rasul*, los abogados presentaron demandas para lograr acceso a más de 60 detenidos. Como se mencionó anteriormente, el Departamento de Defensa estableció Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatientes para determinar si las pruebas en conocimiento del tribunal eran suficientes para establecer que el prisionero era un combatiente detenido.

En el proceso de revisión, se nombra un “Representante Personal”, no un abogado particular, para representar los intereses de cada prisionero. Este Representante debe ser un

abogado militar autorizado a revisar información secreta y se prohíbe la participación de abogados particulares. Además, este Representante no está obligado a mantener el secreto profesional y puede comunicar al tribunal cualquier información que obtuvo del detenido que representa. Finalmente, el prisionero no puede objetar al Representante que le asignan y solamente puede optar por rehusar a participar en el proceso.

En uno de los primeros casos cuestionado la efectividad del derecho a la defensa de estos prisioneros, un juez federal determinó que los detenidos tenían derecho a una defensa legal y que el Gobierno estaba obligado a respetar la privacidad de las relaciones profesionales de los abogados y sus clientes aunque podía requerir que cumplieran con ciertas reglas sobre secretos militares y autorizaban la revisión de los antecedentes de los abogados antes de permitir su participación. En otro caso de ciudadanos británicos y australianos detenidos en Guantánamo, otro tribunal federal determinó que aunque estos detenidos tenían el derecho a una defensa legal, el Gobierno tiene el derecho a restringir el acceso de los abogados a sus clientes y a las pruebas así como las comunicaciones entre el abogado y el detenido. Por ejemplo, se requiere la revisión de los antecedentes personales de cada abogado antes de otorgarle acceso a un detenido. El propósito de esta revisión es determinar si el abogado es suficientemente fiable para permitirle acceso a información secreta. Además, solamente se permite la revisión de documentos secretos en una oficina prevista para este propósito y se establecen restricciones en el acceso a clientes.

Con relación a los procedimientos ante comisiones militares, las reglas son muy similares. A cada prisionero se le asigna un abogado defensor militar que puede ser asistido por un abogado privado. Al igual que en los procesos anteriormente descritos, los abogados deben cumplir con una serie de reglas que incluyen mantener secreta la identidad de los jueces, testigos y otros participantes, permiten la posibilidad de excluir a abogados privados durante aquellas partes del proceso en que se presente pruebas secretas y permite la grabación de comunicaciones entre

abogados y clientes para propósitos de obtener inteligencia, aunque la información obtenida no puede ser usada en el proceso. Estas reglas han sido seriamente criticadas por varios colegios de abogados norteamericanos.

## E) LA RESPONSABILIDAD FISCALIZADORA DEL CONGRESO

Una de las críticas más severas al desarrollo normativo antiterrorista está dirigida hacia el papel débil que ha jugado el Congreso al dejar que el Presidente asumiera competencias y poderes nunca anteriormente ejercidos por el Ejecutivo. La Corte Suprema en varias de las decisiones de los casos de terrorismo ha criticado el papel prepotente del Ejecutivo al actuar sin autorización del Congreso.

En el primer intento serio de cuestionamiento a las políticas del Presidente, el Senador McCain logró promulgar la Ley del Tratamiento de detenidos de 2005. En 2006, McCain, con la ayuda de otros dos prominentes senadores republicanos, logró bloquear el intento de enmendar el artículo 3 de la Convención de Ginebra que prohíbe el trato cruel, inhumano o degradante de personas bajo la custodia o el control del gobierno de los Estados Unidos. Aunque el gobierno logró obtener consenso legislativo sobre la mayoría de sus requisitos legislativos reflejados en la Ley de Comisiones Militares de 2006, el Congreso asumió algunas de sus responsabilidades fiscalizadoras en varios aspectos de la ley.

La legislación requiere, por ejemplo, que el Secretario de Defensa les presente anualmente a los comités de las Fuerzas Armadas del Senado y de la Cámara de Representantes un reporte público sobre los juicios ante comisiones militares. Aunque la ley autoriza al Secretario de Defensa a modificar algunos requisitos procesales por vía reglamentaria, se requiere que en menos de sesenta días antes de que la modificación tome efecto se les notifique a los comités de las fuerzas armadas del Congreso. Asimismo, se requiere notificación al Congreso, por lo menos con 60 días de anticipación a la fecha en que la modificación ha de entrar en

vigencia, sobre las reglas que restrinjan el acceso a la información por parte de los detenidos bajo la excusa de que la información es secreta y afecta la seguridad nacional. Finalmente, la misma notificación se requiere en cualquier otro caso en el que el Secretario de Defensa intente modificar el proceso de las comisiones militares por vía reglamentaria.

## CONCLUSIONES

Los sucesos del 11 de septiembre de 2001 tuvieron un gran impacto sobre la sociedad norteamericana. Anteriormente se habían cometido actos terroristas en el territorio nacional y habían suscitado repudio e inclusive cambios legislativos para permitir prácticas más eficaces para combatir el terrorismo. Se caracterizaba al terrorista como un delincuente, sea este un extremista norteamericano o un musulmán radical.

En el caso de la explosión del vuelo de Pan Am 103 sobre Escocia, el gobierno estadounidense lo investigó con fuerzas policiales tradicionales y solicitó la extradición de los culpables para ser juzgados en un tribunal penal. Cuando extremistas musulmanes colocaron explosivos en el World Trade Center en 1993, las autoridades realizaron una investigación exhaustiva. Como resultado de ésta y conforme a las normas procesales existentes, varias personas fueron encontradas culpables en un tribunal federal ordinario y otros fueron extraditados de Egipto y Pakistán y solamente uno de los sospechosos sigue prófugo. En 1995 un extremista norteamericano colocó un explosivo masivo que destruyó un edificio federal en Oklahoma City y causó la muerte de más de 160 personas. Un policía detuvo a Timothy McVeigh y fue ejecutado después de una investigación exhaustiva con su correspondiente proceso ordinario. Tres años después, en agosto de 1998, una serie de bombas explotaron en las embajadas de Estados Unidos en Nairobi, Kenya, y Dar es Salaam, Tanzania. Las investigaciones revelaron que Osama bin Laden y un grupo terrorista dirigido por él eran los responsables por el atentado terrorista. Cuatro de

las personas acusadas del acto terrorista fueron detenidas y sentenciadas en tribunales ordinarios federales en Nueva York.

Todos estos eventos tienen un factor en común y es haber sido investigados por fuerzas policiales y procesados en el sistema de justicia penal ordinario. Sin embargo, casi inmediatamente después del ataque del 11 de septiembre de 2001 el Presidente Bush y sus asesores principales declararon una guerra contra el terrorismo. Al hacer esto abandonaron el modelo tradicional que enfatizaba el carácter penal del hecho y adoptaron una táctica militar que permitió las invasiones de Irak y Afganistán, pero que también definió nuevas reglas para la detención, el interrogatorio y la sanción de terroristas y combatientes.

Bajo el modelo tradicional militar, y pensando en este conflicto como una guerra, existían reglas muy claras que definen la manera en que las partes del conflicto deben comportarse. De estas reglas las más aplicables son los Convenios de Ginebra, sus Protocolos y el Manual del Ejército que define el trato que miembros de las fuerzas armadas deben darles a sus enemigos.

Los asesores del Presidente Bush, sin embargo, argumentaron que este es un tipo de conflicto nuevo para el cual ni las reglas del sistema penal o del militar son totalmente aplicables y establecen un nuevo modelo de conducta. Reconociendo que se requiere una base legal que justifique el abandono de reglas tradicionales y proteja a los participantes de futuras acusaciones penales, los asesores legales de la Casa Blanca y el Departamento de Justicia promulgaron una serie de dictámenes y órdenes secretas que estableció los parámetros para la conducta de la Guerra Contra el Terrorismo. Uno tras otro dictamen justificó el rechazo de la Convención de Ginebra y otros acuerdos internacionales y normas penales nacionales. Como resultado, el combatiente detenido en Afganistán no era prisionero de guerra sino “enemigo combatiente” o “combatiente ilícito” sin derecho ni a la protección del Derecho de Conflicto Armado o los derechos garantizados constitucional y procesalmente a

cualquier persona acusada de un delito. Con la justificación de la urgencia de obtener información se aprobaron medidas para interrogatorios que o violaban normas de tortura o estaban al borde de las mismas.

Para la retención de los detenidos se establecieron centros de detención fuera del alcance del sistema de justicia tradicional, civil o militar, y especialmente fuera del control del Poder Judicial. Así nacen los centros de detención de Guantánamo para los presos de peligro intermedio y, para los otros, una serie de prisiones en Afganistán e Irak. Para los más peligrosos se autoriza a la CIA y otros servicios de inteligencia que operen en cárceles secretas que aseguren la seguridad de la detención y permitan el trato de los prisioneros fuera de la inspección de organizaciones como la Cruz Roja que había cumplido con esta misión en los conflictos armados anteriores.

A su vez, el Departamento de Justicia introdujo rápidamente una serie de medidas legales en el Congreso que constituyeron la Ley Patriótica y expandieron considerablemente el poder del Ejecutivo en investigaciones penales y administrativas. Entre las reformas más importantes que se dieron se encuentran: la eliminación de la separación entre la función de inteligencia dirigida hacia al exterior y la nacional; se redefinió el concepto de los delitos de terrorismo; se aumentaron penas; se reestructuraron las normas bancarias y se modificó la legislación que regula el lavado de dinero (o blanqueo de capitales) y se ampliaron los poderes que tienen las agencias policiales para investigar el terrorismo.

De todas estas medidas, la más controvertida fue un decreto que estableció tribunales para juzgar a miembros extranjeros de organizaciones terroristas fuera del alcance de las reglas procesales ordinarias y garantías de un debido proceso (referidos como comisiones para evitar la aplicación de normas que regulan la justicia militar o de guerra).

Una pregunta que surge al revisar las reformas propuestas después del ataque terrorista del 11 de septiembre es ¿por qué no proceder contra personas acusadas de terrorismo por

los medios tradicionales y usando las normas ordinarias? Una razón podría ser la gravedad del crimen. Sin embargo, esto no pareciera ser justificación suficiente. Otra explicación podría ser una desconfianza del Poder Ejecutivo respecto de la capacidad del proceso ordinario y del Órgano Judicial para proceder contra terroristas tan sofisticados como los que cometieron estos actos. A diferencia de otros casos penales, éste, dada su naturaleza, no permite la posibilidad del fracaso que siempre está latente en un proceso penal ordinario en sede de un tribunal ordinario. Ni siquiera un tribunal extraordinario, como es el modelo del tribunal internacional penal, puede garantizar el interés nacional de “castigar” a los culpables.

El conjunto de estas medidas está caracterizado por:

- Una visión casi religiosa de la “guerra contra el terrorismo” como una oportunidad para traer la democracia, o como muchos musulmanes sospechan, extender el cristianismo al Medio Oriente y detener el crecimiento Islámico radical.
- Excesiva concentración de poder en el Poder Ejecutivo basado en un concepto constitucional bajo el cual el Presidente, como comandante en jefe, tiene poder casi absoluto para determinar la forma en que se conduce la guerra.
- Exclusión del Poder Judicial de casi todos los aspectos de la Guerra Contra el Terrorismo y sobretodo como contrapeso a las fuerzas represivas. El mejor ejemplo es la selección de la base naval de Guantánamo como centro de reclusión por su estado legal confuso (los asesores del Ejecutivo argumentaron que Guantánamo no era ni territorio norteamericano ni cubano) así como el establecimiento de comisiones militares, fuera del alcance de los tribunales ordinarios y con concentración de poder en el Presidente quien acusa y es el órgano final de revisión de sentencias.
- Desconfianza en la capacidad del gobierno tradicional, incluyendo las fuerzas ar-

mas y la CIA, para salir victoriosos en el combate contra el terrorismo.

- Un rechazo en la opinión de aquellos funcionarios de carrera que expresen desacuerdo y confianza en la opinión de asesores ocupando nombramientos políticos.
- La necesidad de trabajar en secreto, argumentando la seguridad nacional, y evitando cualquier proceso que implique rendición de cuentas.

Los resultados de esta política improvisada y adoptada precipitadamente han sido sumamente costosos para los Estados Unidos. En primer lugar, aunque no se sabe con seguridad el valor de la inteligencia obtenida, los resultados de los interrogatorios y de las detenciones no parecen ser muy provechosos. Es más, en algunos casos la información obtenida bajo coacción no ha sido fiable, confirmando las advertencias de los agentes del FBI con mayor experiencia en este tema, que la coacción física es el peor y menos efectivo método de interrogatorio.

Ya hay suficientes pruebas de que la política improvisada y poco comunicada a los mandos de las fuerzas armadas y la CIA fueron causantes de los abusos de Abu Ghraib y otros centros de detención. De acuerdo, por ejemplo, con el informe del General Fay al investigar los abusos de Abu Ghraib, el mando de la prisión estaba caracterizado por “la confusión doctrinal...ausencia de una doctrina... (y) fracasos sistémicos”. Las órdenes superiores eran obtener información a todo coste. Policías militares con poco entrenamiento recibieron órdenes de agentes civiles de inteligencia para “suavizar” a los detenidos antes del interrogatorio. Mientras tanto sus oficiales hacían la vista gorda y dejaban que agentes encubiertos y mercenarios hicieran lo que quisieran en el seno de la prisión. Los escándalos y abusos que resultaron bajo estas condiciones eran predecibles.

Comparando la utilidad de la información obtenida o el mantener grupos peligrosos de terroristas segregados con el costo que esto supone, es dudoso que alguien evalúe esta ex-

periencia como exitosa. Un comentarista de la revista Newsweek concluyó que el momento clave en que la población iraquí se opuso a la presencia norteamericana fue con la publicación de las fotos de Abu Ghraib. Unos meses antes, las encuestas demostraban un respaldo a la ocupación por un 63% de la población. Un mes después de Abu Ghraib ese número disminuyó a 9% con 61% de los entrevistados concluyendo que nadie sería sancionado por la tortura. La opinión pública en el resto del mundo, y especialmente en el mundo musulmán, también cambió radicalmente después de estas revelaciones. En 2007 el Vicepresidente de los Estados Unidos negocia con Senadores para excluir a agentes de la CIA de una prohibición de tortura y actos degradantes en interrogatorios y en la prensa es caracterizado como el Vicepresidente de la tortura.

Aunque las propuestas del Presidente fueron aprobadas casi unánimemente y sin mucha discusión por el Congreso y tuvieron el respaldo de gran parte de la población, ahora son criticadas fuertemente. El Colegio Nacional de Abogados (*American Bar Association*), por ejemplo, presentó un informe criticando la detención indefinida de ciudadanos designados como “combatientes enemigos” así como la decisión del Gobierno de rehusar a los detenidos el acceso a un abogado. Las organizaciones de protección de derechos civiles han sido especialmente activas y efectivas en su oposición a la aplicación de la Ley Patriótica. Organismos de derechos humanos han criticado a los Estados Unidos, con Amnistía Internacional caracterizando el sistema de cárceles secretas como el GULAG Americano. Los aliados de los Estados Unidos están avergonzados por revelaciones de secuestros, entrega de detenidos a terceros países y otras acciones de agentes norteamericanos en su territorio. El Senado de los Estados Unidos, por una mayoría absoluta de 90 a 9, ha promulgado legislación que requiere un tratamiento para detenidos, consistente con los requisitos de la Convención de Ginebra, y una definición de las reglas a seguir en los procesos de las comisiones militares. Quizás el costo más alto de esta política

ha sido la pérdida de confianza del ciudadano norteamericano y del extranjero en la moralidad de los actos que se están cometiendo en nombre de este país.

El reciente fallo de la Corte Suprema en el caso de *Hamdan v. Rumsfeld* constituyó un rechazo al argumento del Presidente Bush bajo el cual él se atribuye poderes extraordinarios para “proteger al pueblo” en la “guerra contra el terrorismo”. La base de su política se “fundamenta en una lectura de la Constitución que pocos comparten: que el Presidente, como comandante en jefe, tiene la autoridad de hacer caso omiso virtualmente de todos los límites legales previamente conocidos, si así lo demanda la seguridad nacional. En ese contexto, estatutos que prohíben la tortura, la detención secreta y la vigilancia sin orden judicial han sido dejados de lado”.

## ANEXO 1

### III. CONVENIO DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO AL TRATO DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA

Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950

#### Artículo 3 - Conflictos no internacionales

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

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

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 y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.