

## EL ESTADO DE DERECHO SE HA DETENIDO EN GUANTÁNAMO (\*)

TOMMASO EDOARDO FROSINI

1. EL ESCENARIO.—2. LA TRAYECTORIA JURÍDICA QUE LLEVA A GUANTÁNAMO.—3. GUANTÁNAMO, A *LEGAL BLACK HOLE*.—4. DESDE GUANTÁNAMO A TRAVÉS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS.—5. 28 DE JUNIO DE 2004: SE PRONUNCIA EL TRIBUNAL SUPREMO.—6. CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. EL ESCENARIO

Al verla sobre el mapa la provincia de Guantánamo, situada allá en el extremo sur de la isla de Cuba, despierta curiosidad y atracción; rodeada por el mar Caribe, con Haití a la espalda, Jamaica a la izquierda y enfrente, la isla de Cuba, que se extiende comenzando desde la antigua y bellísima ciudad de Santiago de Cuba. Pues bien, esta lengua de tierra de nombre exótico, que se imagina como una especie de *buen retiro* donde gozar de las bellezas naturales, se ha hecho famosa hoy porque en su interior se encuentra la *Guantánamo Bay*, la bahía de Guantánamo, ocupada por un presidio militar estadounidense y transformada en prisión para terroristas, para los *enemy aliens* del mundo americano.

Del supuesto de Guantánamo, desde diferentes perfiles jurídicos, comenzando por el trato reservado a los terroristas (o sospechosos de tales) por vulneración de los principios del Estado de Derecho y concluyendo con las sentencias del Tribunal Supremo que han reestablecido (buena parte de) aquellos principios vulnerados, parte la trayectoria de derecho constitucional que

---

(\*) Traducido del italiano por Yolanda Gómez Lugo.

afrontaremos en este escrito. Hay que decir que a través del examen del caso de Guantánamo es posible considerar hasta qué punto un poder del Estado, o en este caso, el Ejecutivo, puede intervenir sobre la esfera de los derechos subjetivos en razón de un fin superior, como la seguridad nacional; cuáles sean los instrumentos en posesión de los individuos para reivindicar sus derechos y cuáles los mecanismos de equilibrio y las posibilidades de reequilibrar el sistema. Por tanto, este supuesto viene a explicar las dinámicas institucionales que actúan en un sistema democrático consolidado como el estadounidense, y además, permite determinar los instrumentos arbitrados por el ordenamiento para protegerse a sí mismo (1).

Previamente, sin embargo, hay en el fondo una cuestión que es afrontada y resuelta, y es la siguiente: ¿cómo es posible que en la tierra de Cuba, una de las últimas vanguardias del socialismo real, siempre enfrentada con Estados Unidos de América, se encuentre un campamento del ejército americano con base naval y, además, una prisión que los americanos utilizan para encarcelar a (sospechosos) terroristas? Es necesario remontarse a 1903, año en que el Presidente de Cuba y el de los Estados Unidos de América firmaron y ratificaron un doble «Acuerdo entre los Estados Unidos y Cuba para el arrendamiento de bases navales o para el abastecimiento de carbón» (2). El Acuerdo fue el resultado de la ayuda que Estados Unidos había ofrecido a los cubanos durante la guerra para su independencia frente a España en 1898, y que después tuvo su reconocimiento jurídico, principalmente constitucional; en efecto, la Constitución de Cuba, promulgada el 20 de mayo de 1902, preveía en su Apéndice la denominada «Enmienda Platt», que en el art. VII establecía «Que para poner en condiciones a los Estados Unidos de mantener la independencia de Cuba y proteger al pueblo de la misma, así como para su propia defensa, el Gobierno de Cuba venderá o arrendará a los Estados Unidos las tierras necesarias para el abastecimiento del carbón o bases navales en ciertos puntos determinados que se convendrán con el Presidente de los Estados Unidos». Entre estos terrenos, un área delimitada (véase art. I del primer Acuerdo) de Guantánamo, que fue recibida en alquiler por Estados Unidos por la suma anual de 2000 dólares en monedas de oro estadounidense (véase art. I

(1) Véanse T. E. FROSINI y C. BASSU: «La libertà personale nell'emergenza costituzionale», en el libro *Democrazie protette della democrazia*, dirigido por A. Di Giovine, Torino, Giappichelli, 2005, 75-102, del cual el presente estudio recoge muchos argumentos.

(2) Véanse ambos Acuerdos, el primero, firmado en febrero de 1903 y el segundo, firmado y después ratificado en octubre de 1903, en apéndice al vol. M. RATNER y E. RAY: *Prigionieri di Guantánamo. Quello che il mondo deve sapere*, tr. it., San Lázaro di Savena, Nuovi Mondi Media, 2005, 149-154.



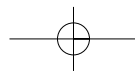
del segundo Acuerdo); actualmente, equivalente a cerca de 4.085 dólares. El Acuerdo prevé que «Los Estados Unidos reconocen la continuidad de la soberanía última de la República de Cuba sobre las zonas terrestres y marítimas precedentemente descritas, pero la República de Cuba permite a los Estados Unidos, durante todo el período en que ocuparán las mencionadas áreas en el sentido de este acuerdo, ejercitar la jurisdicción completa y el control sobre éstas (“*complete jurisdiction and control*”)» (cfr. art. III del primer Acuerdo). Se trata de un aspecto significativo: la soberanía última de la bahía de Guantánamo corresponde a Cuba, pero la jurisdicción plena y el control total sobre la misma quedan reservados a los Estados Unidos. Sin embargo, la atribución de la denominada «soberanía última» («*ultime supremacy*») a Cuba, según la interpretación auténtica del Gobierno estadounidense, sería considerada de este modo: «la soberanía cubana se encuentra suspendida en el curso de nuestra ocupación, desde el momento en que a nosotros corresponde el pleno ejercicio de la jurisdicción y del control sobre el territorio, pero en el supuesto de que se decidiera poner fin a tal ocupación, el área retornaría a Cuba, que ejercita la soberanía última» (3).

Está claro que a partir de 1959, año de la revolución castrista, el Gobierno de Cuba quiso apartarse claramente del acuerdo (y desde entonces, efectivamente, rechaza cobrar el dinero del alquiler); pero no puede hacerlo sin el consentimiento de los Estados Unidos, como prevé el Tratado entre USA y Cuba de 29 de mayo de 1934 (4). Ahora bien, hay que señalar que según el Acuerdo (art. II del primer Acuerdo), Estados Unidos debía utilizar la bahía de Guantánamo únicamente «como sede de bases navales o para el abastecimiento de carbón y para ningún otro fin»; en cambio, la base ha sido utilizada para otras finalidades, primero, como campo de agrupación de prófugos haitianos y cubanos (en 1994 se contaban 45.000), actualmente, como cárcel de máxima seguridad.

---

(3) Véase el comunicado expedido por el Gobierno estadounidense en el cual se precisan los términos del *Lease Agreement* con Cuba: *Public Affairs Staff, U.S. Naval Station, Guantanamo Bay The History of Guantanamo Bay*, vol. I, cap. 3 página web: [www.nsgtmo.navy.mil/gazette/History 98-64/hischp3.htm](http://www.nsgtmo.navy.mil/gazette/History%2098-64/hischp3.htm)

(4) Sin embargo, debemos recordar que en febrero de 1964 Fidel Castro procedió a cortar los conductos de agua que, desde el interior de la isla de Cuba, garantizaban el suministro cotidiano a la base americana. Desde entonces, el ejército americano provee con sus propias estructuras de acumulación, transporte y desalación para el suministro diario de catorce millones de agua y ochocientos kilowatios de energía.



## 2. LA TRAYECTORIA JURÍDICA QUE LLEVA A GUANTÁNAMO

El punto de partida se encuentra en aquel terrible 11 de septiembre de 2001, día en que los Estados Unidos —ciudad de Nueva York, Manhattan— sufrieron el ataque terrorista en las *Twin Towers* y el Pentágono, con el sacrificio de miles de vidas humanas. Aquella masacre, aquel acto de guerra, que ha provocado muerte y destrucción es fruto de un terrorismo internacional, que se caracteriza por la dimensión supranacional de la organización, por el hecho de estar operativo en todo el planeta y por su objetivo de querer atacar «el mundo occidental y sus valores». Afirmaciones sabidas, pero que está bien recordar para no olvidar.

Con posterioridad a de los atentados del 11 de septiembre, que fueron reivindicados por la organización terrorista «Al Qaeda», Estados Unidos pone en marcha una expedición militar en Afganistán con el objetivo de debilitar al régimen talibán, reo de haber ofrecido apoyo y hospitalidad al *leader* de «Al Qaeda», Osama Bin Laden, y sus secuaces. Durante el curso del conflicto armado centenares de personas, retenidas directa o indirectamente implicadas en el *network* internacional del terror, han sido hechas prisioneros por las fuerzas estadounidenses y retenidas en la cárcel americana de máxima seguridad. El primer vuelo, procedente de Afganistán con centenares de prisioneros, mejor, *detainees*, detenidos en espera, aterriza en Guantánamo el 11 de enero de 2002 (5).

En primer lugar, ¿por qué Guantánamo? Es muy probable que en la elección de este destino haya jugado un peso determinante el hecho de que la Administración estadounidense considerase este lugar apartado de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses, y, por tanto, excluyese a los prisioneros del circuito de las garantías del derecho doméstico y también del internacional. Por tanto, «*d' une relégation in dans no man's land juridique*» (6). Pero sobre este punto específico volveremos más adelante.

Y además, ¿en virtud de qué medida existen prisioneros en Guantánamo? En virtud de una ordenanza militar del Presidente (*Presidential Military Order*) sobre la «Detención, trato y procedimiento respecto a algunos no-ciudadanos en la Guerra contra el Terrorismo» (7), aprobada el 13 de noviem-

(5) Cfr. C. BONINI: *Guantanamo, USA, viaggio nella prigione del terrore*, Torino, Einaudi, 2004, 71; a este libro reenviamos para un interesante y detallado *reportage* periodístico sobre la cárcel y sus reclusos de Guantánamo.

(6) Así, P. WECKEL: «Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo», en *Revue general de droit international publique*, 2002, 357.

(7) *Presidential Military Order: Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* (de ahora en adelante *Presidential Military Order*), 66 Fed. Reg. 57,

bre de 2001 por el Presidente George W. Bush. Sin embargo, hay que recordar que dos meses antes, exactamente cuatro días después de los atentados, el Congreso había aprobado la Resolución Conjunta de «Autorización para el uso de la fuerza militar», que autoriza al Presidente «a recurrir a cualquier medio que sea necesario y útil con el fin de obstaculizar a todas aquellas naciones, organizaciones o personas, que él considere que han planificado, autorizado o favorecido los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001» (8). De este modo se delega al Ejecutivo la gestión del estado de emergencia, que viene declarado con la *Declaration of National Emergency by Reason of certain terrorist Attacks* (Proc. 7463, 14 septiembre 2001) y que comporta, entre las muchas medidas extraordinarias previstas para proteger la seguridad nacional, la posibilidad de actuar vulnerando el sistema ordinario de garantías jurisdiccionales (9). Efectivamente, aquellas surgidas como medidas de emergencia se consolidan para convertirse después en costumbre habitual, estableciendo un clima de incertidumbre y la reiteración de intervenciones fuertemente represivas de libertades individuales (10). Ahora bien, no se trata de una novedad en la historia americana. Como recuerda Alan M. Dershowitz, «no existe derecho que no haya sido suspendido o pisoteado durante períodos de crisis y de guerra, también por nuestros más grandes Presidentes» (11). En efecto, George Washington fue un convencido defensor de los *Alien and Sedition Acts*; Abraham Lincoln suspendió el derecho de *habeas corpus*; Woodrow

833, 13 noviembre 2001 (existe una traducción italiana de este documento en apéndice al vol. de C. BONINI: *Op. cit.*, 145-150).

(8) *Authorization for the Use of Military force, S.J. Resolution 23, 107th Congress, Statute 224, 2001*; esta *Resolution* se basa en la *section 5(b)* de la *War Power Resolution*, de 5 de noviembre de 1973, página web: [www.yale.edu/lawweb/avalon/warpower.htm](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/warpower.htm)

(9) En este sentido, véase R. DWORKIN: «Terror and the Attack on Civil Liberties», en *The New York Review*, de 9 de noviembre de 2003, 15-17. Véanse además, D. COLE y J. X. DEMPESEY: *Terrorism and Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New York, The New Press, 2002; R. C. LEONE y G. ANRIG JR.: *The war on Our Freedom: Civil Liberties in a Age of Terrorism*, Washington, The Century Foundation, 2003.

(10) Sobre este punto, véase. R. MURPHY: «Prisoner of War Status and the Question of the Guantanamo Bay Detainees», en *Human Rights Law Review*, vol. 3, n. 2, 2003, 193-303; A. M. SLAUGHTER y W. BURKE-WHITE: «An international Constitutional Moment», en *Harvard International Law Journal*, vol. 43, n. 1, 2002, 2-21; H. HONGDJU KOH: *The Spirit of the Laws*, ivi, 40-87; D. ABRAMOWITZ: *The President, the Congress, and the Use of Force Against International Terrorism*, ivi, 112-198. En la doctrina italiana, en clave comparatística, véase el reciente volumen de A. BENAZZO: *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Turín, Giappichelli, 2004, 111 y sigs. (con particular referencia al fenómeno estadounidense).

(11) Cfr. A. M. DERSHOWITZ: *Rights From Wrongs. A secular Theory of the Origin of Rights*, New York, Basic Book, 2004.

Wilson autorizó los *Palmer raids*, durante los cuales su Fiscal General secuestró, arrestó y encarceló miles de presuntos subversivos vulnerando sus derechos; y después, concretamente, Franklin Delano Roosevelt ordenó la detención de otros cien mil americanos de ascendencia japonesa sin que hubiera un proceso justo e instituyó un tribunal militar para procesar, sin jurado, a un ciudadano americano sorprendido mientras desarrollaba actividades de espionaje a favor de Alemania en Estados Unidos.

Por cuanto se refiere a la ordenanza militar de 13 de noviembre, ésta parece breve y esencial, compuesta por ocho secciones, y se ha hecho necesaria, como se lee en la letra *g*) del Preámbulo de la Sección I, para lograr «una extraordinaria emergencia a los fines de la defensa nacional, [y] que esta emergencia representa un urgente e interés inaplazable del Gobierno».

Algunas observaciones breves sobre esta ordenanza. En primer lugar, una de carácter general; esta medida incluye en sí, vulnerando así el principio de separación de poderes, las actividades reservadas, bien al poder legislativo —en cuanto se instituye como órgano judicial e introduce normas procesales penales y modificadas para el caso en cuestión—, bien al Poder Ejecutivo —relativas a la disciplina y nombramiento de los nuevos órganos judiciales—, bien al Poder Judicial —en la medida en que se reserva la función de órgano de última instancia en el procedimiento judicial contra los prisioneros. Está claro que, en este punto, los riesgos para el mantenimiento de las garantías que presiden las libertades personales son muy elevados, en la medida en que falta toda forma de *checks and balances*. Por lo que se refiere a las demás consideraciones sobre la ordenanza, hay que decir que ésta se aplica a aquella categoría de individuos «no ciudadanos de los Estados Unidos», que se determina «caso por caso» por el Presidente de los Estados Unidos y en relación a los cuales «existan razones para considerar que sea o haya sido: *a*) miembro de la organización «Al Qaeda»; *b*) haya formado parte, ayudado, mantenido o proyectado cometer actos o acciones de terrorismo internacional que hayan provocado, o corra el riesgo provocar daños o efectos nocivos en los Estados Unidos a sus ciudadanos, la seguridad nacional, la política exterior, la economía; *c*) haya ofrecido refugio conscientemente o se haya convertido en cómplice de uno o varios individuos de los referidos en las letras *a*) y *b*). Estos individuos son considerados como los *enemy aliens* (12), o mejor, como *enemy combatants* (enemigos combatientes); una definición *jolly*, por así decirlo, a la que no son de aplicación el *status* y derechos previstos por el dere-

---

(12) D. COLE: *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New York, The New Press, 2003.

cho nacional e internacional. Existe un precedente: la calificación de *enemy combatants* había sido justificada con anterioridad en 1942, en una decisión en la cual el Tribunal Supremo, llamado a controlar la legitimidad en un proceso especial frente a «Comisiones militares» contra algunos saboteadores alemanes, se declaró incompetente para juzgar a los prisioneros de guerra, quienes sin embargo no podían ser reconocidos tales, y por ello, fue acuñada la definición inédita de *enemy combatants* (13). Esta calificación fue adoptada después durante la Segunda Guerra Mundial en relación con ciudadanos japoneses residentes en los Estados Unidos, que fueron privados de la libertad personal durante todo el conflicto, en razón de su supuesta infidelidad a la Constitución americana; acusación esta, que posteriormente se demostró infundada (14).

La ordenanza militar del Presidente disponía, pues, que los «enemigos combatientes» recibieran un «*human and non-discriminatory treatment*» y que, en el caso de que fueran procesados, serían juzgados por tribunales militares especiales por violación de las leyes de guerra. De este modo, fueron creadas las Comisiones militares especiales, situadas fuera del cauce ordinario de la Justicia, para las cuales se dispone «la no aplicabilidad de los principios de ley y las reglas de valoración de la prueba vigentes generalmente en los procesos penales celebrados en los tribunales de distrito de Estados Unidos». La ordenanza militar del Presidente, reforzada y detallada, además, por una serie de ordenanzas e instrucciones del Departamento de Defensa (15), ordena la organización de procesos que tengan lugar frente a Comi-

(13) Cfr. *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942): ocho saboteadores nazis fueron capturados en New York, procesados por una comisión militar instituida por el Presidente Roosevelt y condenados a muerte.

(14) Mucho más tarde, en 1988, el Congreso pidió perdón públicamente a los descendientes de los deportados, estableciendo una indemnización de reparación por el daño sufrido. El 10 de agosto de 1988, efectivamente, el Presidente Ronald Reagan firma el *Civil Liberties Act* (*Public Law*, 100-383), con el que establece para cada veterano de los campos de internamiento un resarcimiento ejemplar de 20.000 dólares para cada uno de los ochenta mil sobrevivientes. Véase J. M. BROWN: *When Military Necessity Overrides Constitutional Guarantees: The Treatment of Japanese Americans During World War II*, página web: [www.yale.edu](http://www.yale.edu)

(15) Se trata de la ordenanza n. I para las Comisiones Militares de 21 de mayo de 2002, firmadas por el Secretario de Defensa Donald H. Rumsfeld, que tienen por objeto: «Normas procedimentales para los procesos instruidos ante las Comisiones Militares en relación con alguno de los no ciudadanos de los Estados Unidos en la guerra contra el terrorismo»; así como, ocho Instrucciones para las Comisiones Militares, firmadas por el Abogado General del Departamento de Defensa W. J. Haynes II (en particular, se señala la Instrucción n. 2 que tiene por objeto documentos «Delitos y sus elementos constitutivos para los procesos ante una Comisión Militar»). Estos documentos pueden consultarse ahora, traducidos al italiano, en el apéndice al libro de C. BONINI: *Op. cit.*, 151-226.

siones Militares creadas expresamente y compuestas de tres a siete oficiales designados por una *Appointing Authority* especial del Departamento de Defensa (16). Sin embargo, esto termina con el establecimiento efectivo de un cauce judicial paralelo al institucional, que justo por eso evita las reglas y los mecanismos de garantía y de control predispuestos en el ámbito del ordenamiento. Por tanto, confiando los procesos de los detenidos de Guantánamo a comisiones militares especiales, el Gobierno de los Estados Unidos ha excluido la competencia de los tribunales del país para juzgar la legalidad de las acciones por éstos emprendidas en relación con los sujetos considerados ligados a organizaciones terroristas, por cuanto éstas puedan haber implicado la violación de los principios sancionados por la Constitución y las normas de derecho internacional (17).

El Ejecutivo estadounidense, o mejor, su Presidente, asume así la autoridad para determinar unilateralmente el *status* de los individuos arrestados, sin que a tal fin haya sido requerido un tribunal. Esto comporta que, pese a que los prisioneros hayan sido acusados de haber violado normas de derecho internacional, no necesariamente les serán aplicables las disposiciones previstas por la Convención de Ginebra de 1949 (18), las cuales, según sostiene el Gobierno, se refieren sólo a los prisioneros de guerra. Por consiguiente, la Convención de Ginebra es negada a los detenidos de Guantánamo, porque en el momento de la captura éstos no vestían uniforme o signo de pertenencia a un Estado beligerante, y por ello, no pueden ser considerados prisioneros de guerra (19), sino más bien «*enemy combatants*». Y además, en cuanto perte-

(16) Este *Appointing Authority* tiene el poder de revocar a un componente de la Comisión militar por justa causa y elegir un *Presiding Officer* para cada Comisión, así como el *Chief Prosecutor* y el *Chief Defense Counsel* entre los jueces pertenecientes al cuerpo de la Abogacía militar. Véase *Department of Defense Military Commission Instruction n.3, Responsibilities of the Chief Prosecutor, Prosecutors and Assistant Prosecutors*, 30 de abril de 2002, página web: [www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord](http://www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord); véase también *Department of Defense Military Commission Instruction n. 8, Administrative Procedures*, 3, 30 de mayo de 2003, página web: [www.defenselink.mil/news/May2003/b05022003bt297-03.html](http://www.defenselink.mil/news/May2003/b05022003bt297-03.html).

(17) V. J. PARK TAYLOR: «Event Horizon: The Constitution approaches Guantanamo: A legal Guide to the U.S. Detainee Cases», en *The Montana Lawyer*, n. 8, 2004, 512-569; T. E. FROSINI y C. BASSU: *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, cit.

(18) Las cuatro Convenciones (I, *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*; II, *Convention for the Amelioration of the Conditions of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*; III, *Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*; IV, *Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in time of War*) fueron estipuladas en Ginebra el 12 de agosto de 1949, entraron en vigor el 21 de octubre de 1950 y fueron ratificadas por los Estados Unidos el 14 de julio de 1955.

(19) Véase la III Convención de Ginebra, cuyo art. 4 incluye en la categoría de prisioneros de guerra a los miembros de grupos de resistencia organizados, que vestían signos claros de reco-



necientes a la organización «Al Qaeda», que es considerada «*nonstate actor*», esto comporta que los detenidos quedan excluidos de la esfera de protección de la Convención, dado que ésta encuentra aplicación plena en el caso de que un Estado contrayente haya sido ocupado, o en la hipótesis de que los Países firmantes hayan emprendido una «guerra declarada» o un «conflicto armado» (20). En este sentido, resulta bastante significativo el *memorandum* de 25 de enero de 2002, redactado por el Consejero legal de la Casa Blanca Alberto R. Gonzales, destinado directamente al Presidente de los Estados Unidos, y concerniente a la «Aplicación de la Convención de Ginebra relativa a los prisioneros de guerra en el conflicto con Al Qaeda y con los talibanes» (21). En el *memorandum* se recomendaba la no aplicación de la Convención, subra-

nocimiento individual a distancia y dirijan operaciones en el respeto de la ley de las costumbres de guerra; a propósito de la aplicación de las normas de derecho internacional sobre derechos humanos por parte de los Estados Unidos, véase S. D. MURPHY (ed.): «Contemporary practice of the United States Relating to International Law: International Criminal Law: Ability of the Detainees in Cuba to Obtain Federal Habeas hábeas Review», en *The American Journal of International Law*, n. 1, 2004, 257 y sigs.

(20) Véase el art. 2 común a la I, II, III y IV Convención de Ginebra de 1949. El art. 3 común a las cuatro Convenciones establece las garantías mínimas aplicables en los conflictos armados no internacionales. A propósito de la definición de la situación post-11 septiembre y sobre la individualización de qué aspectos puedan definirse conflictos armados a la luz de la Convención de Ginebra, véanse las posiciones contrapuestas de D. JINKS: «September 11 and the Laws of War», en *Yale International Law Journal*, n. 28, 2003, 112 y sigs. (sostiene que los atentados y la consecuente campaña anti-terrorismo entran en el ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra) y R. GABOR: «Interesting Times of International Humanitarian Law: Challenges from the “War of Terror”», en *World Affairs*, n. 3, 2003, 279 y sigs. (aquí las situaciones que afectan a la disciplina del derecho internacional en materia de derechos humanos son aisladas respecto a la categoría más amplia de aquella definida como «*war on terror*», aduciendo dudas acerca de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario fuera de las hipótesis de los conflictos armados declarados).

(21) El *memorandum* del consejero legal en la Casa Blanca Alberto R. Gonzales puede leerse en el apéndice al vol. de M. RATNER y E. RAY: *Prigionieri di Guantanamo. Quello che il mondo deve sapere*, cit., 173 y sigs. Véase también el memorándum de 22 de enero de 2002 redactado por el jefe del gabinete jurídico del Departamento de Justicia Jay S. Bybee y destinado al Consejero legal de la Casa Blanca Alberto R. Gonzales, y al Abogado general del Pentágono, William J. Haynes II. En este *memorandum* se afirma que el Presidente Bush no se encuentra vinculado a la ley internacional en relación con Afganistán porque este es un «*failed State*», esto es, un «Estado ausente», y en cuanto tal, no formaría parte de la comunidad internacional de los Estados sujetos a la legislación internacional; por lo tanto, según el *memorandum*, el status de «*failed State*» de Afganistán constituye por sí solo motivo suficiente para que el Presidente suspenda la Convención de Ginebra. Este *memorandum* forma parte de una serie de documentos gubernativos antes protegidos por su carácter secreto, y después, hechos públicos por el Gobierno estadounidense el 22 de junio de 2004 (página web: [www.why-war.com](http://www.why-war.com)).

yando como este poder de hacerlo perteneciese a la autoridad constitucional del Presidente, y se argumentaban tres motivos para justificar la inaplicación de la Convención de Ginebra: *a)* establecer que no sean aplicados «elimina toda disputa relativa a la necesidad de verificar caso por caso el *status* de prisionero de guerra»; *b)* la guerra del terror «convierte en obsoletas las rígidas limitaciones de Ginebra sobre el interrogatorio de los enemigos combatientes»; *c)* por último, no atenerse a la Convención de Ginebra «reduce de modo sustancial la amenaza de medidas penales [con respecto a los representantes de la Administración] en los Estados Unidos en el sentido de la *War Crimes Act* (18 U.S.C. 2441)». Se ha afirmado «que el *memorandum* Gonzales representa el inicio del fin de la legalidad relativa al tratamiento de los prisioneros de Guantánamo» (22).

### 3. GUANTÁNAMO, «A LEGAL BLACK HOLE»

El caso de Guantánamo ha sido severamente definido como «*a legal black hole*» (23), fundamentalmente porque los detenidos no han tenido modo de enfrentarse a un procedimiento judicial regular en el ámbito penal, que les permitiese disponer de una defensa frente a las acusaciones, que con frecuencia no han sido formuladas de modo claro. Pero realmente, ¿debe considerarse un agujero negro en el derecho? Nos detendremos, aunque sea brevemente, en tres perfiles de la cuestión: *a)* el trato de los detenidos; *b)* la legalidad de las Comisiones militares; *c)* la violación de las reglas de derecho internacional.

Sin embargo, previamente daremos cuenta de una cuestión general, que, además, se sitúa en la base de este caso. A la pregunta de «por qué a los ciudadanos americanos debería interesar Guantánamo y lo que está sucediendo allí», Michale Ratner, presidente del *Center for Constitutional Rights*, ofrece

(22) Así, Michael Ratner en el libro M. RATNER y E. RAY: *Prigionieri di Guantanamo. Quello che il mondo deve sapere*, cit., 29.

(23) En este sentido se pronunció Lord Johan Steyn en la intervención que tuvo lugar el 25 de noviembre de 2003 ante el Institute of International and Comparative Law (véase J. STEYN: Guantánamo: a monstrous failure of justice, in *International Herald Tribune*, 27 de noviembre de 2003); véase el caso *Abbasi & Anor v. Sec'y of State of Foreign & Commonwealth Affairs*, EWCA Civ. 1598, par. 64, UK Sup. Ct. Judicature, C.A., noviembre 2002 página web: [www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/1598.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/1598.html); M. HAPPOLD: «The Detention of Al Qaeda Suspects at Guantánamo Bay: United Kingdom Perspectives», en *Human Rights Law Review*, vol. 4, n. 1, 2004, 58-76; L. VIERUCCI: «Il caso Abbasi: la detenzione arbitraria a Guantánamo davanti al giudice inglese», en *Rivista diritto internazionale privato processuale*, 2003, 911 y sigs.

la siguiente respuesta, un poco amplia, pero conviene citarla de forma completa: «en primer lugar, el modo en que estamos tratando a los prisioneros en Guantánamo es escandaloso [...]. Poder arrestar a alguien y golpearlo en prisión en una isla sin derechos de ningún tipo durante dos años y medio es una cosa simplemente inhumana. En segundo lugar, [...] Guantánamo se ha transformado en un icono en el mundo árabe y musulmán; viene a representar que Estados Unidos tortura y maltrata a las personas. Si queremos vivir en un mundo seguro, el mensaje que deberíamos enviar es que trataremos a las personas no como animales, sino como seres humanos. Tercero, debería interesarnos Guantánamo porque deberíamos interesarnos por el modo en que los demás tratarán a nuestros conciudadanos [...]. ¿Queremos que sean tratados de modo justo, en el respeto a la ley penal y a las Convenciones de Ginebra, o queremos que sean tratados como nosotros estamos tratando a los prisioneros en Guantánamo? [...] Una cuarta razón por la cual nos debería importar es lo que todo esto podrá implicar para el futuro de los preceptos jurídicos y para la estructura de sociedad basada en estos últimos, y no sobre los *diktat* de soberanos y presidentes. Durante casi ochocientos años, desde que fue firmada la Carga Magna en 1215, nuestras leyes han confirmado que todo individuo tiene el derecho a alguna forma de proceso judicial antes de ser ingresado en prisión. Estados Unidos está tratando de derrocar uno de los principios fundamentales de la jurisprudencia angloamericana y del derecho fundamental [...]. Guantánamo se ha convertido en nuestra *Devil's Island*, nuestro *Chateau d'If* del Conde de Montecristo» (24).

a) *Sobre el trato a los detenidos en Guantánamo*. Con carácter previo hemos de advertir que Estados Unidos no ha comunicado nunca la identidad de los sujetos capturados y, hasta el momento del arresto, los prisioneros han estado sometidos a repetidos interrogatorios en ausencia de abogados; no les

(24) Así, Michael Ratner en el libro M. RATNER y E. RAY: *Prigionieri di Guantanamo. Quello che il mondo deve sapere, op. cit.*, 23. Sustancialmente análoga es la opinión de David Cole: «Creo que el motivo por el que Guantánamo haya manchado la reputación de los Estados Unidos en el mundo es porque insistimos no sólo en detener gente que combate contra nosotros, sino a cualquiera que queramos, sólo porque los decimos nosotros, y por lo tanto, sin limitación. Apelamos a la autoridad de las leyes de guerra pero no queremos someternos a las limitaciones que éstas imponen. Esta actitud refuerza aún más la opinión compartida en todo el mundo de que Estados Unidos rechaza atenerse a las leyes a las que se atienen todos los demás» (*cf.* D. COLE y V. DINH: «Guantanamo: democracia e non persone», en *Micromega*, n. 4, 2004, 237 y sigs.). Véase también la rigurosa definición de Antonio Cassese: «Guantánamo es la negación de todos los principios fundamentales de respeto a la dignidad humana sobre los que se apoyan, bien las modernas reglas del derecho internacional, bien el sistema constitucional americano», A. CASSESE: «Guantanamo nostro lager», en *La Repubblica*, de 7 de febrero de 2004.

ha sido concedido ningún contacto con familiares y ninguno ha tenido la oportunidad de disfrutar de asesoramiento legal; sólo algunos periodistas han podido visitar la base, con la condición de respetar la taxativa prohibición de tener contacto alguno con los prisioneros (25). De los *reportage* de los periodistas que han visitado la base, junto a otros testimonios de los que daremos cuenta, ha sido posible obtener una recapitulación de las condiciones en que viven los detenidos. He aquí un sintético, pero elocuente, informe: están encerrados veinticuatro horas tras veinticuatro horas en las pequeñas celdas individuales (un metro y ochenta por dos metros y medio) con paredes metálicas abiertas a la observación externa por todos y por los cuatro lados; siempre iluminados por la luz solar durante el día y por la artificial durante la noche, y sujetos a las temperaturas subtropicales (frecuentemente superiores a 43 grados centígrados). Duermen sobre suelo de cemento, sin colchón, y el baño es un agujero en la tierra. Los prisioneros no tienen nombre, sólo un número que corresponde a su celda. Y se distinguen por el color de todo lo que deben vestir, que revela el *behaviour*: naranja es el color del mono de quien no colabora; en cambio, blanco es el color del mono del que ha hablado y, por tanto, goza de algún pequeño privilegio. En una semana, sólo se sale de la jaula durante noventa minutos, en fracciones de treinta minutos cada una, a intervalos de dos días. Los detenidos con el mono naranja cuando salen, deben vestir las «tres piezas», que es un cinturón de piel, apretado con robustas esposas enganchadas a dos metros de cadena que tienen en tobillos y muñecas (26). En una carta a los miembros de la Comisión de las Fuerzas Armadas del Senado de los Estados Unidos dos prisioneros, Shafiq Rasul y Asif Iqbal, que han sido liberados en marzo de 2004 y por tanto han podido regresar a Gran Bretaña, cuentan como se desarrollan los interrogatorios en Guantánamo: «hemos esta-

(25) Amnistía Internacional, *Memorandum to the U.S. Government, U.S.A.: Treatment of prisoners in Afghanistan and Guantanamo Bay undermines human rights*, página web: [www.creativeresistance.ca/world-awareness/2002-aug15-us-treatment](http://www.creativeresistance.ca/world-awareness/2002-aug15-us-treatment); T. BRANIGAN: *Dodd Vikram, Afghanistan to Guantanamo Bay-the story of three British Detainees*, en [www.guardian.com/uk](http://www.guardian.com/uk); D. COLE y V. DINH: *Guantanamo: democrazia e non persone*, op. cit., 231 y sigs.; U.S.: «Clarifies Rights of Guantanamo Detainees», en *Herald Sun*, de 18 de abril de 2002, 12: «In its latest rebuff to demands for an independent body to decide the legal status of captives held here, the United States said detainees have no right to lawyers and can be held as long as the U.S. led war on terrorism lasts»; K. Q. SEELYE: «An Uneasy Routine at Cuba Prison Camp», en *New York Times*, de 16 de marzo de 2002, 17.

(26) Cfr. C. BONINI: *Guantanamo. USA, viaggio nella prigione del terrore*, cit., 30-31 y 59-61; véase además, R. FERREIRA: «I prigionieri incappucciati nelle gabbie di Guantanamo», en *La Repubblica*, de 25 de enero de 2002; A. CONCHIGLIA: «Nel buco nero di Guantanamo», en *Le Monde diplomatique*, enero 2004; A. DE PETRIS: *Guantanamo: un buco nero nella «terra della libertà»*, página web: [www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni).

do encadenados durante horas [...] a los prisioneros se les obligaba a orinar mientras eran interrogados y no se les concedía ir al baño. Una práctica introducida [...] era el esposado corto (*short shackling*). Nos obligaban a permanecer con las piernas en el aire, con las manos unidas entre las piernas y encadenados al suelo [...] Nos dejaban en esta posición durante horas antes del interrogatorio (que podía durar también doce horas) [...]. Se elevaba el aire acondicionado, de este modo, tras pocos minutos se congelaba. Había una lámpara estroboscópica y música con volumen elevado, que constituían a su vez una forma de tortura. A veces traían también perros para aterrorizarnos. No siempre nos alimentaban y cuando regresábamos a la celda durante ese día no recibíamos nada de comida [...]. Algunos soldados nos han contado personalmente que iban a las celdas y daban golpes con barras de metal, de lo cual no informaban posteriormente. Nosotros mismos hemos asistido a brutales ataques a los prisioneros [...] Desearíamos aclarar que éstos y otros episodios y toda la brutalidad, la humillación y la degradación tenían lugar claramente como resultado de políticas y órdenes oficiales» (27). Hay además noticias de un informe de la Cruz Roja, que se ha hecho público con bastante retraso, en el que se ponían de manifiesto los métodos coercitivos empleados con respecto a los detenidos de Guantánamo, como desnudarse, el esposado corto y el uso de información sobre la salud de los detenidos para amenazarles y obligarles a colaborar. Se señala también que el «*Memorandum* sobre los derechos de las personas en custodia americana en Afganistán y Guantánamo», sesenta y seis páginas preparadas por *Amnesty International* y remitidas a la Casa Blanca, en las que se enumeran minuciosamente todas las violaciones de los derechos humanos imputables a las fuerzas americanas, incluidos presuntos malos tratos, e incluso, asesinatos de los detenidos; la misma organización de *Amnesty International* presentará una serie de informes de denuncia sobre el trato a los detenidos en Guantánamo (28). Sobre la base de estos testimonios se ha considerado que en Guantánamo se practica la tortura, física y psicológica, con el fin de obtener información. Una confirmación de ello se encuen-

(27) Cfr. la carta de Shafiq Rasul y Asif Iqbal a los miembros de la Comisión de las Fuerzas Armadas del Senado de 13 de mayo de 2004 publicada en el apéndice al libro de M. RATNER y E. RAY: *Prigionieri di Guantanamo. Quello che il mondo deve sapere*, op. cit., 207 y sigs.

(28) Véase el *Rapporto del Comitato Internazionale della Croce Rossa sul trattamento da parte delle Forze della Coalizione di prigionieri di guerra e di altre persone tutelate dalle Convenzioni di Ginevra in Iraq durante il loro arresto, la loro detenzione e i loro interrogatori*, página web: [http://download.repubblica.it/pdf/rapporto\\_croce\\_rossa.pdf](http://download.repubblica.it/pdf/rapporto_croce_rossa.pdf). Los numerosos informes de *Amnesty International*, de 2001 a 2004, se encuentran todos disponibles en la página web: [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org). Para una crónica esmerada, así como para referencias a cada iniciativa, véase C. SCIUTO: «Torture Act», en *Micromega*, n. 4, 2004, 245-302.

tra en el descubrimiento de un acta secreta de ochenta y dos páginas, en el que se registraron los interrogatorios a los prisioneros, dirigidos por militares americanos según métodos y técnicas que vulneraban manifiestamente los derechos humanos (29).

Por parte de la Administración estadounidense, precisamente con relación al problema del trato de los detenidos, hay que señalar indudablemente el Informe de la Casa Blanca sobre el «*Status* de los detenidos en Guantánamo» de 7 de febrero de 2002. En el mismo, además de enumerar qué debe concederse a los detenidos (por ejemplo, tres comidas al día que respeten los dictámenes alimenticios musulmanes, o bien la posibilidad de practicar la propia fe, fuera de los géneros de primera necesidad) (30), resulta bastante interesante la introducción al Informe, que constituye una especie de manifiesto de la política de Estados Unidos respecto a los detenidos de Guantánamo, con particular referencia a la aplicación de las reglas de derecho internacional. Conviene citarla íntegramente: «Los Estados Unidos están tratando y continuarán tratando humanamente a todos los individuos detenidos en Guantánamo y, en la medida adecuada y coherente con las necesidades militares, conforme a los principios de la Tercera Convención de Ginebra de 1949. *El Presidente ha establecido que la Convención se aplica a los detenidos talibanes, pero no a los miembros de Al Qaeda.* Efectivamente, la organización no es un Estado firmante de la Convención, sino un grupo terrorista extranjero, y como tal, sus miembros no tienen derecho al *status* de prisioneros de guerra. En consecuencia, ni los Talibanes ni los detenidos de Al Qaeda tienen derecho al *status* de prisioneros de guerra. Pero incluso, aún no teniendo los detenidos derecho a los privilegios derivados de dicho *status*, nuestra política será la de conceder muchos de ellos [...]. Muchos prisioneros de Guantánamo constituyen una seria amenaza para la integridad de quien los vigila y para la de sus compañeros de detención. Alguno de éstos ha demostrado su peligrosidad en las revueltas de Mazare-Sharif y de Pakistán. *Los Estados Unidos deben tomar en consideración la necesidad de seguridad al establecer las condiciones para la detención en Guantánamo*» (31). Un breve comentario. No se puede quedar,

(29) Consúltese la noticia en la prensa italiana: «Guantanamo, il secondo inferno. Un “manuale” segreto del Pentagono autorizza le torture», en *La Repubblica*, de 10 de mayo de 2004.

(30) Lo previsto por el Informe a favor de los detenidos contrasta de todos modos con una serie de garantías previstas por la III Convención de Ginebra; sobre este punto, también para la enumeración de los artículos de la Convención desatendidos por la Administración estadounidense, *cf.* A. DE PETRIS: *Guantanamo: un buco nero nella «terra della libertà»*, cit., 6.

(31) El Informe de la Casa Blanca sobre el *status* de los detenidos en Guantánamo, difundido por la Secretaría de la Oficina de prensa el 7 de febrero de 2002, puede consultarse en el apéndice al libro de M. RATNER y E. RAY: *Op. cit.*, 204 y sigs. (las cursivas en el texto son nues-

cuanto menos, perplejo, cuando el Informe sostiene que serán tratados «humanamente todos los individuos en Guantánamo en la medida adecuada y coherente con las necesidades militares». ¿Qué quiere decir? ¿Qué las personas no serán tratadas de modo humano cuando se considere que las necesidades militares pidan un trato diferente, que pudiera, por tanto, ser inhumano, o contrario a los derechos humanos? Además, se aprecia la distinción que se hace entre talibanes y detenidos miembros de Al Qaeda; a los primeros, podría aplicárseles la Convención de Ginebra, sin embargo, según la Convención de Ginebra los detenidos talibanes no son clasificables como prisioneros de guerra, por lo tanto, ni talibanes, ni detenidos de Al Qaeda tienen derecho al *status* de prisionero de guerra. Por consiguiente, *enemy combatans* los unos y los otros. Esto es, no son prisioneros de guerra, ni detenidos políticos, ni prisioneros políticos, no tienen una existencia jurídica, «representan una pura anonimidad» (32).

Efectivamente, respecto a la aplicación de las reglas de derecho internacional, en particular la Convención de Ginebra, se trata de un punto sobre el

tras). De un cierto interés resulta pues la conferencia que el embajador americano para los crímenes de guerra, Pierre Richard Prosper, dio el 20 de febrero de 2002 en la Chatam House de Londres sobre el tema: *Stato e trattamento dei talebani e dei detenuti di Al Qaeda* (que se puede consultar en internet: [www.state.gov/s/wci/rm2002/4491.htm](http://www.state.gov/s/wci/rm2002/4491.htm)) del que citamos el siguiente pasaje: «El derecho de dirigir en condiciones de legítima beligerancia es prerrogativa únicamente de los estados y de sus fuerzas armadas o grupos sometidos a un mando que sea responsable. Cada individuo, privado de los requisitos mínimos de una organización, o de la capacidad o voluntad de dirigir operaciones en el respeto de las leyes de guerra, no tiene derecho alguno para realizar actos de guerra en relación con un Estado. Los miembros de Al Qaeda están, por tanto, privados de estos requisitos necesarios para ser considerados legítimos combatientes a la luz de las leyes de la guerra. Optando por vulnerar estas leyes y llevando a cabo actos hostiles, los sujetos en cuestión, se definen combatientes ilegales y sus conductas, dirigidas a atacar objetivos civiles, a hacer estragos en un contexto de conflicto armado internacional, representan crímenes de guerra. Como hemos afirmado repetidamente, no estamos frente a crímenes normales, por tanto, sus responsables no pueden ser reconocidos como «simples criminales». Por tanto, Estados Unidos, al negar la aplicabilidad de la III Convención de Ginebra, sostiene, además, que no se les pueda reconocer el *status* de prisioneros de guerra, porque no presentan los requisitos del art. 4. No están sometidos a un mando responsable de sus acciones. No dirigen operaciones en ejecución de las leyes y las costumbres de la guerra. No visten uniformes, ni otras señas visibles que los hagan reconocibles a distancia. Disimulan que están armados. Su historia de ataque indiscriminado a la población civil es la prueba, no sólo de su bárbara filosofía, del desprecio por la vida humana y de las leyes, sino también la más sólida prueba de las razones por las cuales se les niega todo *status* de prisionero de guerra. No obstante, Estados Unidos, por elección política, asegura a éstos muchos de los derechos de prisioneros de guerra».

(32) Según la definición de J. C. PAYE: *La fine dello Stato di Diritto*, tr. it., Roma, Manifestolibri, 2005.

cual pesa principalmente la cuestión de los detenidos en Guantánamo, ya sea desde el punto de vista de la calificación de su *status*, que del trato reservado a éstos (33). Sobre ello, volveremos más adelante.

b) *Sobre la legalidad de las Comisiones militares.* Las Comisiones militares fueron instituidas por la Ordenanza militares de 13 de noviembre de 2001, que autoriza las detenciones y además, instituye un sistema judicial especial para los detenidos privados de ciudadanía (34). En ésta, como hemos recordado anteriormente, se definen las líneas directrices, mientras los detalles procedimentales se presentan más adelante, sobre todo con la Ordenanza n.1 para las Comisiones militares de 21 de marzo de 2003 y después con las siguientes ocho Instrucciones, entre éstas se señala la n. 2, que precisa de manera detallada las competencias de las Comisiones militares en orden a los tipos de delitos perseguibles. Se trata de una prolija serie de normas que reescribe libremente los principios del proceso justo, alterando significativamente los equilibrios y garantías. En efecto, se confía al Ejecutivo el poder exclusivo de la acción penal, la ejecución de las penas (sea privativa de libertad, o capital), así como cada eventual decisión de revisión de un juicio que, por ley, no podrá tener apelación. El departamento de Defensa ha previsto una comisión de revisión, que hará de tribunal de segundo grado, cuyos miembros, sin embargo, son elegidos uno por uno por el Presidente. Después, si el acusado recusa a los defensores asignados por el ejército, puede recurrir a un abogado civil, que deberá abandonar el tribunal (como la prensa, por otra parte) cada vez que se presente en juicio una información clasificada como *secret defense*. Además, bastante singular resulta el sistema de aceptación de las pruebas, según el cual es suficiente que éstas sean «convincientes para una persona razonable». Por tanto, se trata de un verdadero y singular código de procedimiento penal extraordinario; normas pensadas y escritas para los *enemy combatants*. Sobre ello Ronald Dworkin ha afirmado: «este es el tipo de “proceso” que nosotros asociamos con la más ilegítima de las dictaduras totalitarias» (35).

(33) Sobre este punto, H. H. KOH: «On American Exceptionalism», en *Stanford Law Review*, 55, 2003, 1479 y sigs.

(34) Véase N. KATYAL y L. TRIBE: «Waging War. Deciding Guilt: Trying the Military Tribunals», en *Yale Law Journal*, III, 2002, 1259 y sigs; H. SCHWARTZ: *Il trattamento giuridico dei terroristi internazionalni da parte degli Stati Uniti*, página web: [www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali), y F. LANCHESTER: *Gli Stati Uniti e l'11 settembre*, 2001, ivi.

(35) R. DWORKIN: «The Threat to Patriotism», en *New York Review of Books* de 28 de febrero de 2002. Véase también el artículo crítico de A. M. DERSHOWITZ: «Perché No ai tribunali di guerra», en *L'Unità* de 25 de noviembre de 2001, y el de F. POCAR: «A Guantanamo prigionieri senza diritti», en *Il Messaggero*, de 12 de agosto de 2002.



Probemos seguidamente a analizar la situación: un órgano del Gobierno ha establecido cuales son los delitos; otro órgano del Gobierno actúa contra tales delitos y, por último, otro órgano del Gobierno establece la culpabilidad y determina las penas. Efectivamente, un mecanismo de concentración de poder que choca bastante con lo previsto por la Constitución estadounidense, en la que el Congreso define los delitos, el Ejecutivo acusa a las personas por los delitos que han sido concretizados por el Congreso ante tribunales instituidos por el Congreso mismo y por la Constitución, y la Magistratura atribuye las culpas e impone las penas. De este modo, se construye un modelo que tiende a alterar notablemente las relaciones entre poderes constitucionales, desafiando así al tradicional principio institucional americano de separación de poderes y el sistema de *checks and balances*, resquebrajando, además, los delicados equilibrios de las dinámicas entre autoridad y libertad (36).

Además, debemos de señalar que la competencia de las Comisiones militares debería limitarse sólo al juicio sobre la violación de las normas del derecho de guerra; en cambio, la Ordenanza Militar del Presidente al definir el ámbito de acción de las *Military Commissions*, dispone que éstas serán las competentes para juzgar también *other applicable laws*, sin proceder ulteriores detalles sobre la naturaleza de tales actos. Previsiones estas, que resultan carentes de fundamento constitucional y legal (37). Considerando una vez más las Convenciones internacionales como parámetro de referencia, se han suscitado algunas dudas acerca de la legalidad de los tribunales militares previstos por decreto presidencial; tanto la ya citada Convención de Ginebra, como la Convención internacional sobre los derechos civiles y políticos prevén, efectivamente, el derecho imprescindible para cualquier sujeto sometido a procedimiento frente a tribunales «*regularly constituted*», excluyendo, por tanto, la legitimación de Tribunales predispuestos *ad hoc* y disciplinados por regulación especial.

c) *Sobre la violación de las reglas de derecho internacional.* Que la aplicación del derecho internacional al supuesto de Guantánamo haya supuesto una ofensa para la Administración americana, emerge bastante claramente de los dos *memorandum* que fueron redactados respecto a la interpretación de la

---

(36) Sobre estas cuestiones, puede consultarse T. E. FROSINI y C. BASSU: *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, cit.; B. ACKERMAN: *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, tr. it., Roma, Meltemi, 2005.

(37) Véase *Presidential Military Order*, cit.; también, consúltese C. ROSENBERG: «Detentions at Guantanamo Bay "grave mistake" lawmakers say», en *Miami Herald*, de 7 de enero de 2003, 14.

aplicabilidad de la Convención de Ginebra. Un primer *memorandum*, preparado por Alberto R. Gonzales y dirigido al Presidente Bush, ya mencionado anteriormente, favorable a desatender las reglas internacionales; y un segundo, consecutivo al primero y una réplica de éste, firmado por el Secretario de Estado Colin L. Powell, y destinado a Alberto R. Gonzales o a Condoleezza Rice (Consejera para la Seguridad Nacional), que está bien argumentado a favor del respeto a las normas internacionales. Al primer *memorandum*, el de Gonzales, nos hemos referido con anterioridad, y por tanto, aquí nos limitamos a recordar sólo como la posición manifestada en aquel *memorandum* fuera por la no aplicación de la Convención, y como esta opción dependiera exclusivamente del Presidente en virtud de los poderes constitucionales que le corresponden. En cambio, el *memorandum* de Powell se manifiesta a favor de la aplicación de la Convención respecto a todos los detenidos en Guantánamo. Se afirma que en Estados Unidos no se ha establecido nunca que las convenciones no deban aplicarse en conflictos armados en los que se empleen fuerzas militares estadounidense, y sostiene que su aplicación sería de ayuda para garantizar un trato de prisioneros de guerra a los soldados americanos capturados, reduciendo al mismo tiempo las amenazas legales a las detenciones, «ofreciendo una imagen positiva en el ámbito internacional» y «preservando la credibilidad y la autoridad moral de Estados Unidos». Al final Powell cierra con la siguiente recomendación dirigida a Gonzales: «Espero que pueda revisar las disposiciones del *memorandum* a la luz de estas indicaciones, cosa que, en mi opinión, hará comprender al Presidente las alternativas de que dispone y sus consecuencias» (38).

La actitud del Gobierno americano en relación a los detenidos en Guantánamo llama la atención de los observadores internacionales y provoca encendidas contestaciones y protestas desde varios frentes, entre los cuales se señala en particular la intervención de un Tribunal de Apelación británico (39).

(38) Véase el *Memorandum* de Colin L. Powell, de 26 de enero de 2002, en el apéndice al libro de M. RATNER y E. RAY: *Op. cit.*, 180 y sigs. Sobre esta cuestión, consúltese cuanto recoge la prensa italiana: «Powell difende i detenuti di Guantanamo. Il Segretario di Stato chiede alla Casa Bianca l'applicazione dello status di "prigionieri di guerra"», en *Corriere della Sera*, de 27 de enero de 2002.

(39) En una decisión de 2002, resuelta excepcionalmente, un Tribunal de Apelación británico ejercitó su jurisdicción para valorar el empleo efectivo ejercitado por el Ejecutivo inglés a favor del ciudadano británico Feriz Abbasi, detenido en Guantánamo; véase el caso *Abbasi & Anor v. Sec' of State of Foreign & Commonwealth Affaire*, EWCA Civ. 1598, par.64, Uk Sup. Ct. Judicature, C.A., noviembre 2002, cit; sobre esta cuestión, véase C. WARBRICK: *Introductory note to United Kingdom (UK) Supreme Court of Judicature-Court of Appeal (Civil división): Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affaire*, 42 I.L.M. 355-357 (2003), el Tribu-

Sobre la base de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (40), el *Center for Constitutional Rights*, junto a la *Human Rights Clinic* de la Columbia Law School y el *Center for Justice and International Law*, presentan en febrero de 2002 una demanda ante la *Inter-American Commission of Human Rights*, en la que denuncian la violación por parte de Estados Unidos de los derechos humanos y, por tanto, de numerosos acuerdos internacionales (41). La Comisión interamericana de los derechos humanos, como medida preliminar, solicita a Estados Unidos a que proceda «urgentemente a cuanto sea necesario para que el *status* legal de los detenidos de Guantánamo sea determinado por un Tribunal competente» (42). Sin embargo, el Gobierno americano se niega a obedecer, rechazando que la Comisión tenga la competencia para exigir «*precautionary measures*» y solicitar la aplicación del dere-

nal ha manifestado «deep concern that Abbasi had suffered what appears to be a clear breach of fundamental human right» (par. 107); J. STEYN: *Guantanamo: a monstrous failure of justice*, cit.; M. HAPFOLD: *The Detention of Al Qaeda Suspects at Guantanamo Bay: United Kingdom Perspectives*, cit.; L. VIERUCCI: *Il caso Abbasi: la detenzione arbitraria a Guantanamo davanti ai giudice inglese*, cit. También tribunales franceses han presentado protesta formal en nombre de los detenidos de nacionalidad francesa; el 20 de mayo de 2003 el Tribunal de Lyon rechaza la instancia presentada a favor de dos franceses detenidos en Guantánamo, retenidos como víctimas de una reclusión arbitraria; el Tribunal ha afirmado que la ley francesa no es aplicable al caso, alegando que las acciones concluidas por Estados Unidos en Afganistán fueron autorizadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Siete meses antes un Tribunal de París había declarado su incompetencia para valorar otro caso iniciado a favor de otros detenidos franceses. Cfr. P. SIMOLAR: «Les Prisonniers francaises oubliés de Guantanamo», en *Le Monde*, de 21 de mayo de 2003, 21.

(40) *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, adoptada en el ámbito de la IX Conferencia Internacional de los Estados americanos, Bogotá, 30 de marzo-2 de mayo de 1948. En ejecución de la «Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, la Corte Interamericana de Derechos del Hombre» afirmó su propia autoridad para proveer opiniones consultivas en relación con todos los miembros de la Organización de Estados Americanos (OAS), v. *Opinione Consultiva 10/89*, July, 14, 1989.

(41) Consúltese *Request by the Center of Constitutional Rights, the human Rights Clinic at Columbia Law School and the Center for Justice and International Law under Article 25 of the Inter American Comisión Human Rights' Regulations*, 25 de febrero de 2002, página web: [www.ccrny.org](http://www.ccrny.org). En particular, se han denunciado las violaciones, además de las de la Convención de Ginebra de 1949, del Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos de 1966 y de la Convención internacional contra la tortura y otros tratos denigrantes e inhumanos de 1984. Sobre la violación de los derechos humanos en Guantánamo, véase D. ROSE: *Guantanamo: The War on Human Rights*, New York, The New Press, 2004.

(42) V. *Precautionary measures in Guantanamo Bay*, Cuba, 12 de marzo de 2002, página web: [www.unm.edu/humanrts/iachr/guantanamomeasures2002.html](http://www.unm.edu/humanrts/iachr/guantanamomeasures2002.html): «We ask the United States to take the urgent measures necessary to have the legal status of the detainees at Guantanamo Bay determined by a competent tribunal».

cho internacional humanitario (43). En cambio, se ha subrayado insistentemente como la competencia de la Comisión era «indiscutible», desde el punto de vista de la *jurisdiction*, para controlar el respeto a la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, considerada «la fuente de obligaciones legales para todos los Estados miembros de la OAS en relación con los individuos sujetos a su autoridad y control» (44). De todos modos, como afirma la Comisión, con referencia al valor y fuerza de las obligaciones internacionales: «Como sucede para todas las obligaciones internacionales, las obligaciones relativas al respeto de los derechos humanos de un Estado prevalecen sobre el derecho interno del propio Estado y deben cumplirse de buena fe. En consecuencia, los Estados no pueden invocar, para justificar la ausencia de respeto del derecho internacional, disposiciones en sentido contrario de derecho interno».

Para retomar la cuestión relativa a la inaplicación y violación del derecho internacional por parte de la Administración estadounidense, se da cuenta aquí, aunque sea brevemente, de los actos de derecho internacional incumplidos, o parcialmente aplicados. En primer lugar, con respecto a la condición de prisioneros se ha desatendido lo previsto y disciplinado en la III Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (que entró en vigor el año siguiente); en particular, en el caso de Guantánamo, se evidencia lo que se establece en el art. 5 de la misma Convención: «En caso de duda acerca de la pertenencia de las personas, que hayan cometido un acto de beligerancia y hayan caído en poder del enemigo, a una de las categorías enumeradas en el art. 4, dichas personas disfrutarán de la protección de la presente Convención, a la espera de que su estatuto sea determinado por un tribunal competente». Y además, aún no aplicándose a los detenidos la III Convención de Ginebra (45), éstos serían

---

(43) V. *Response of the United States to the Request of Precautionary Measures-Detainees in Guantanamo Bay*, Cuba, 15 de abril de 2002; D. Shelton, *The legal Status of the Detainees at Guantanamo Bay: Innovative Elements in the Decisión of the Interamerican Comisión on Human Rights of 12 March 2002*, en *Human Rights Law Journal*, vol. 23, 2002, 312 y sigs.; M. SASSOLI: «The status of persone held in Guantanamo under International Humanitarian law», en *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 96 y sigs.; en la doctrina italiana, véase E. SCISO: «La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto humanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali», en *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 1, 2003, 111 y sigs.

(44) Sobre este punto, véanse las consideraciones de F. LATTANZI: «La protezione internazionale della democrazia», en el libro *Democrazie protette e protezione della democrazia*, cit., 34-35.

(45) Alan W. Dershowitz, en una entrevista concedida a *La Repubblica* el 18 de marzo de 2002 («*A Guantanamo è un gioco la libertà dell'America*»), responde del siguiente modo a las objeciones sobre las condiciones de los detenidos de Guantánamo, que colisionan con la Convención de Ginebra: «Jurídicamente, la objeción no me convence. La Convención de Gine-

protegidos al menos por los siguientes actos de derecho internacional: la «IV Convención de Ginebra sobre la Protección de las Personas Civiles en tiempo de guerra» de 12 de agosto de 1949, el «Protocolo adjunto a la Convención de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales» de 8 de junio de 1977. Además, pueden citarse otros actos internacionales que pueden valer a los fines de dotar de protección a los detenidos en el caso de Guantánamo, como, en particular, las «Normas sobre el *standard* mínimo para el trato de prisionero», adoptadas por la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre la «Prevención del Crimen y el Trato de los culpables» en 1955 (y sucesivamente aprobadas por el Consejo Económico y Social en 1957), al que se añadió en 1977, el art. 95, que prevé que cualquier individuo arrestado y hecho prisionero sin que haya sido solicitada acusación alguna a su cargo, debería beneficiarse de la mayor parte de las garantías previstas por el *standard* mínimo para el trato de prisioneros (46). Aún más: el «Pacto internacional de derechos civiles y políticos» de 1966; la «Carta de la Organización de los Estados americanos» de 1948; la «Convención americana de derechos humanos» de 1978 (que ha sido firmada, pero no ratificada por Estados Unidos); la «Convención contra la tortura y otras penas y tratos inhumanos y denigrantes» de 1984.

#### 4. DESDE GUANTÁNAMO A TRAVÉS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS

A partir de 2001, ante los tribunales estadounidenses, se presentan acciones de *habeas corpus* por parte de algunos detenidos de Guantánamo. Debe advertirse que en la mayor parte de los casos, las opiniones de los Tribunales federales requeridos limitan la aplicación de los instrumentos de protección constitucional al territorio estadounidense y a los sujetos de nacionalidad americana, asentando así de hecho las posiciones del Gobierno, que sostiene

---

bra es un instrumento obsoleto, ajustado a un mundo que combatía en armas y bajo insignias reconocibles. El terrorismo, la amenaza al recurso de las armas de destrucción masiva por parte de individuos y no de Estados impone una reescritura. ¿Qué es Al Qaeda? ¿Un ejército, quizá? Diría que no. Pero no es tampoco una suma de individuos. Al Qaeda es cualquier cosa que está en medio». Sobre la presunta obsolescencia de la Convención de Ginebra, véase L. VIERUCCI: «Is the Geneva Convention on Prisoners of war obsolete?», en *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 866 y sigs.

(46) Para la cita completa de los actos internacionales, con referencias puntuales a los artículos incumplidos y vulnerados por la Administración americana en el caso de Guantánamo, véase A. DE PETRIS: *Op. cit.*, 4 y sigs.

que la extraterritorialidad de la base de Guantánamo hace que los tribunales americanos sean incompetentes jurisdiccionalmente (47). De todos modos, sobre la base de una disposición del Estatuto federal del *habeas corpus*, que prevé que la petición pueda presentarse también «*on behalf of another*» (48), se tramita una primera demanda por un grupo de religiosos, abogados y profesores, que reivindican su poder de representar sujetos a quienes se les ha negado el acceso al Tribunal. En noviembre de 2002, la *Court of Appeals of Ninth Circuit* declara la inadmisibilidad del recurso por vicio de legitimación de los promotores, por carecer de autoridad para presentar peticiones de *habeas corpus* en nombre de individuos que no han conocido nunca (49). De este modo los recurrentes apelaron al Tribunal Supremo a través del *writ of*

---

(47) Véase *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494, U.S., 265, en la opinión principal del caso *Verdugo-Urquidez* se declara explícitamente que los «*aliens*» no entran entre los sujetos (*the people*) protegidos por la IV Enmienda. Pero en la *dissenting opinion* Justice Kennedy afirma, en cambio, que «el Gobierno debe actuar siempre a la luz de lo que prevé la constitución, prescindiendo de que las acciones en cuestión sean extranjeras o internas».

(48) Véase *Federal Habeas Corpus Statute*, 28 U.S.C. 2242.

(49) Véase *Coalition of Clergy, lawyers and professors v. Bush*, 310 F.3d 1153, 1156, *U.S. Court of Appeals o Ninth Circuit*, 2002, *certiorari* negado, 123 S.Ct.2073, 2003 : «We accept the Coalition's concern for the rights and welfare of the detainees at Camp X-Ray as genuine or individually. We therefore must conclude that even assuming the detainees are unable to litigation their own behalf and even under the most relative interpretation of the "significant relationship" requirement the Coalition lacks next friend standing». Esta decisión ha despertado dudas en la doctrina porque es cierto que la regla general quiere que cada individuo pueda hacer valer sus derechos subjetivos frente a un Tribunal federal y no pueda reivindicar situaciones ajenas [a propósito de ello, véase el caso *Warth v. Sandin*, 422, U.S. 490, 499 (1975): «The plaintiff generally must asset his own right and interests, and cannot rest his claim to relief on the legal rights of interests of tirad parties», pero es verdad también que el Tribunal Supremo ha sostenido en numerosas ocasiones que el rechazo a iniciar un juicio en nombre de terceras personas sea de naturaleza «prudente», no constitucional; véase el caso *United Food and Commercial Workers v. Brown Group*, 517, U.S. 544, 577 (1996); *Warth*, 422, U.S. 499. Precisamente la naturaleza prudencial de esta regla comporta para el Congreso el poder de superarla y autorizarla, por ello el «third party standing». Para esta cuestión, consúltese *Department of Commerce v. United States House of Representatives*, 525 U.S. 316, 328 (1999), en que el Congreso ha eliminado todo forma de «*prudential concerns*» realizando un *statute* que, específicamente, autoriza el *standing*; véase además, *Bennet v. Spear*, 520 U.S. 154, 162 (1997): «Unlike their constitutional counterparts (prudential standing requirements) can be modified or abrogated by Congress». En la doctrina, véase L. TRIBE: *American Constitutional Law*, Washington, New York Foundation, 2000, 387: «Congress may by statute eliminate prudential standing concerns». Esto es exactamente lo que el Congreso ha hecho mediante la formulación del *Statute* 28, U.S.C. 2242, que aparece del todo explícito al disponer que «A habeas corpus petition can be filed by the person for whose relief it is intended or by someone acting in his behalf», v. 28 U.S.C. 2242 (2004).

*certiorari*, sin embargo éste en mayo de 2003 sostuvo que *The petition of a writ a certiorari is denied* (50).

Una segunda demanda (*Al Odah v. United States*) fue presentada, en cambio, por familiares cercanos de algunos detenidos (51), apoyados en la iniciativa por el *Center for Constitutional Rights*, que se dirige ante el Tribunal de apelación del Distrito de *Columbia Circuit* (52) para la verificación del derecho de *habeas corpus*. El Tribunal de Apelación rechaza las peticiones basándose en un precedente del Tribunal Supremo en el caso *Jhonson v. Eisentrager* de 1950 (53). En aquella decisión, el Tribunal Supremo había establecido la incompetencia de los Tribunales estadounidenses para examinar las solicitudes de *habeas corpus* presentadas por algunos agentes secretos alemanes (entre los cuales se encontraba el ex oficial nazi Lothar Eisentrager), que fueron arrestados, procesados por las autoridades estadounidenses en China por haber cometido crímenes en la prisión militar estadounidense de *Landsberg am Lech*, en Baviera. El Tribunal argumentó su decisión afirmando que «nada en las leyes de Estados Unidos reconoce a los extranjeros capturados en el extranjero la potestad de solicitar el control del derecho de *habeas corpus*». Atendiendo al tenor dictado por la sentencia, el Tribunal de apelación del distrito de *Columbia Circuit* ha sostenido que ningún Tribunal estadounidense tiene autoridad jurisdiccional para juzgar los casos sobre los detenidos de Guantánamo, porque esta base naval no se encuentra situada en territorio estadounidense (54). Además, se ha destacado el hecho de que ambos casos, el referido a *Al Odah v. United States*, y el anterior del Tribunal Supremo *Johnson v. Eisentrager*, referentes a ciudadanos extranjeros capturados en el

(50) Puede consultarse el pronunciamiento del Tribunal Supremo n. 123, de 19 de mayo de 2003, 123 S.Ct. 2073 (2003). *La petition for a writ of certiorari* puede presentarse por parte de sucumbente en cualquier juicio ante los Tribunales estatales o federales, en una fórmula que evidencia una cuestión de relevancia constitucional. Sobre el instituto del *certiorari*, véase F. TIRIO: *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema. Principi, strategie, ideologie*, Milano, Giuffrè, 2000.

(51) Se trata de petición de *habeas corpus* presentada a favor de doce sujetos de nacionalidad kuwaití, dos de nacionalidad australiana (David Hicks y Mamdouh Habib) y dos de nacionalidad británica (Shafiq Rasul y Asif Iqbal), todos detenidos en Guantánamo. Todos declaran ser trabajadores en campos humanitarios, «*jobseekers*», con la excepción de uno de ellos, que ha reconocido ser un talibán.

(52) Véase el caso de *Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134, 1145, *District of Columbia Circuit Court of Appeals*, 2003. Sobre este caso, véase. el testimonio de M. RATNER en el libro *Prigionieri di Guantanamo. Quello che il mondo deve sapere*, op. cit., 102 y sigs.

(53) Tribunal Supremo n. 339 U.S. 763 (1950). La sentencia fue redactada por *Justice Robert H. Jackson*, quien había sido juez en los procesos de Nüremberg.

(54) Véase al *Odah v. United States*, cit., 1141.

extranjero en el curso de operaciones militares, quienes, aún siendo detenidos por las fuerzas armadas americanas, nunca han puesto pie en suelo estadounidense; por tanto, la concurrencia de estos factores ha impedido a los detenidos la posibilidad de emprender posibles vías de protección de sus derechos frente a los Tribunales federales de Estados Unidos (55). El Tribunal observa, además, como la mayoría de los jueces en «Eisentrager» han optado por negar el «*privilege of litigation*», no porque los recurrentes fueran *enemy aliens*, sino más bien porque las garantías constitucionales no son extensibles a los extranjeros que se encuentran fuera del territorio de la soberanía de Estados Unidos (56). En opinión del *D.C. Court of Appeals*, la base de Guantánamo no puede considerarse como parte del territorio americano, porque la soberanía (57) no ha pasado nunca a manos de Estados Unidos, sino que ha quedado siempre en la República cubana (58).

El cambio se produce el 10 de noviembre de 2003, cuando el Tribunal Supremo admite el recurso de *habeas corpus* presentado en nombre de algunos ciudadanos extranjeros detenidos en Guantánamo, anunciando que examinará el caso *Al Odah* y que, por tanto, se pronunciará en relación al problema de «si los Tribunales de los Estados Unidos sean o no competentes para controlar la legalidad de las detenciones de los detenidos extranjeros, capturados en el extranjero, en ámbito de hostilidad y encarcelados en la base naval de Guantánamo, Cuba» (59). Posteriormente el Tribunal admite también la *petitions for writ of certiorari* de los siguientes casos: *Rasul* y *al v. Bush*, *Hamdi v. Rumsfeld*, y *Rumsfeld v. Padilla* (60).

---

(55) Véase *Al Odah v. United States*, cit. 1140: «The Guantanamo detainees have much in common with the German prisoners in Eisentrager. They too are aliens, they too were captured during military operations, they were in a foreign country when captured, they are now abroad, they are in custody of the American military, and they have never had any presence in the United States (...) Under Eisentrager these factors preclude the detainees from seeking habeas relief in the Courts of the United States».

(56) *Al Odah v. United States*, cit., 1139-1140; *cfr.* *Eisentrager*, 339 U.S., 784.

(57) Por «*sovereignty*» el Tribunal entiende «the supreme dominion exercised by a nation», *cfr.* *Al Odah v. United States*, 321 F.3d, 1120.

(58) *Al Odah v. United States*, cit., 1142-1144.

(59) Consúltase el pronunciamiento del Tribunal Supremo que admite el *certiorari*, *Al Odah v. United States*, 321 F.3d *Rasul* II, 124 S.Ct. 534, 2003: «Whether United States Courts lack jurisdiction to consider challenges to the legality of the detention of foreign national captured abroad in connection with hostilities and incarcerated at the Guantanamo Bay Naval Base, Cuba».

(60) Para una reconstrucción de los casos procesales relativos a estos supuestos y para un análisis cuidado de las sentencias de los Tribunales inferiores véase, C. M. AMANN: «Guantanamo», en *Columbia Journal of Transnational Law Association*, 2004, 263-348; E. CHERMERINSKY:



## 5. 28 DE JUNIO DE 2004: SE PRONUNCIA EL TRIBUNAL SUPREMO

El 28 de junio de 2004 el Tribunal Supremo dicta tres sentencias, señaladas como «Guantánamo», si bien, sólo una de ellas, *Rasul v. Bush*, concierne propiamente a estas cuestiones de los detenidos en la base americana de Cuba. Por otra parte, esta sentencia reúne en sí tres casos diferentes: a) *Rasul v. Bush*, precisamente, que se refiere a dos ciudadanos británicos, entre ellos Shafiq Rasul, que fueron liberados antes del pronunciamiento del Tribunal, y un ciudadano australiano; los tres capturados en Afganistán y hechos prisioneros en Guantánamo; b) *Habib v. Bush*, que se refiere a un ciudadano australiano capturado en Pakistán; c) *Al Odah v. United States*, que concierne al *habeas corpus* a favor de doce ciudadanos kuwaitíes capturados en Afganistán o en Pakistán. Las otras dos sentencias, *Hamdi v. Rumsfeld* y *Rumsfeld v. Padilla*, se refieren a ciudadanos estadounidenses (Hamdi y Padilla, el primero recurrente y el segundo demandado) hechos prisioneros en centros de detención que se encontraban en territorio estadounidense (Charleston, Carolina del Sur) bajo la responsabilidad del Departamento de Defensa. En adelante, y por comodidad expositiva, las tres sentencias del Tribunal Supremo serán citadas como *Rasul*, *Hamdi*, *Padilla* (61).

En los tres casos, el Gobierno estadounidense ha reivindicado su autoridad para arrestar a los «enemigos combatientes» (*enemy combatants*), que sean extranjeros, residentes o ciudadanos americanos, hasta el fin de la hostilidad, o indefinidamente. Además, el Gobierno ha afirmado su poder de negarles las garantías fundamentales de un proceso justo, incluso el derecho de ser asistido por abogado, el derecho de recurrir su causa frente a un tribunal americano, el derecho a ser juzgado por un jurado popular, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho de *habeas corpus*. Fuera de las diferencias que existen, bastante significativas, resaltaremos que las tres sentencias del Tribu-

---

«Rounding up unusual suspect: human Rights in the Wake of September 11: Ignoring the Rule of Law: the Courts and the Guantanamo Bay», en *Thomas Jefferson Law Review*, 2003, 303-412. Véase además, las numerosas *Briefs of Amicus Curiae*, que han sido sometidas a la atención del Tribunal Supremo en la página web: [www.bepress.com/ilj](http://www.bepress.com/ilj)

(61) Para completar, damos cuenta de la denominación precisa de las sentencias: a) Shafiq Rasul y al. Véase George W. Bush, President of United States, y al. On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, n.03-334, 28 de junio 2004; b) Hamdi y al. v. Rumsfeld, Secretary of Defence, et al. on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, n. 03-6696, 28 de junio de 2004; c) Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. véase PADILLA et al., on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, n. 03-1027, 28 de junio de 2004 (todas pueden consultarse en la página web: [www.supremecourtus.gov](http://www.supremecourtus.gov)).

nal Supremo afrontan una serie de cuestiones verdaderamente centrales para un Estado de Derecho: el acceso al sistema judicial por parte de los detenidos, y por tanto, el respeto al *habeas corpus*, que impone el control sobre las limitaciones de la libertad personal decididas por el Ejecutivo; el respeto de la *due process clause*, que informa los criterios procedimentales en virtud de los cuales el principio se realiza a través de la garantía de una asistencia legal y el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable por un juez imparcial. Además, para comprender el significado de las sentencias de Guantánamo, y el peso determinante que éstas ejercen sobre el equilibrio constitucional estadounidense, resulta necesario poner de manifiesto cómo las mismas han supuesto una limitación efectiva de los poderes excepcionales concedidos al Presidente por el Congreso el día siguiente al 11 de septiembre. En efecto, el Tribunal no niega la autoridad del Ejecutivo en un momento de emergencia, ni cuestiona el estado de excepción, pero, aún así, interviene para reafirmar la inviolabilidad del derecho que toda persona tiene a proteger su libertad personal, y de este modo interviene materialmente sobre la actuación gubernativa (62).

A continuación pasaremos a analizar individualizadamente las sentencias del Tribunal Supremo.

a) En la sentencia *Rasul*, el Tribunal dispone para todos los detenidos, sean éstos extranjeros o estadounidenses, el derecho a recurrir ante un Tribunal federal de Estados Unidos con un *writ of habeas corpus*. De este modo, el Tribunal desmantela la decisión de la *D.C. Court of Appeals* (63), y rechaza las posiciones del Gobierno, que apelaban al precedente de *Johnson v. Eisentrager*, confirmando la extraterritorialidad de la base de Guantánamo («los tribunales estadounidenses no disponen de potestad de jurisdicción respecto a la

(62) Para un primer análisis de las sentencias del Tribunal Supremo, véase D. GOLOSE: «United States: The Bush administration's "war on terrorism" in the Supreme Court», en *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2005, 128-146. Diversos son los comentarios en la literatura italiana: T. E. FROSINI y C. BASSU: *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, cit., 95 y sigs.; S. SANTOLI: *USA: Eppure (r) esistono. Habeas corpus, due process of law, checks and balances. In margine alle sentenze della Corte Suprema del 28/6/2004*, página web: [www.forum-costituzionale.it/telescopio](http://www.forum-costituzionale.it/telescopio); A. DE PETRIS: *Guantanamo: un buco nero nella «terra della libertà»*, cit.; F. LANCHESTER: *La Corte Suprema e l'emergenza*, página web: [www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali); A. BENAZZO: *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., 175 y sigs.; M. E. DE FRANCISCIS: «In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantanamo: la ragioni di Stato e le garanzie processuali negli USA», en *Rassegna Parlamentare*, n. 2, 2005, 427 y sigs.; L. FABIANO: «Garante dei diritti e giudice dei poteri: il doppio volto della Corte Suprema nelle sentenze "Guantanamo"», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1, 2005, 104 y sigs.

(63) *Al Odah v. United States*, cit.; *Rasul v. Bush*, 215 Supp. 2<sup>nd</sup> 55, *District of Columbia Court of Appeals* (2002).

petición de *habeas corpus* presentada por extranjeros situados en el extranjero y detenidos fuera del territorio soberano de Estados Unidos»). Tras haber recordado y subrayado la importancia de la función históricamente asumida por el instituto del *habeas corpus*, y por tanto, su contribución al fin de controlar la legitimidad de los arrestados por el Ejecutivo, tanto en tiempo de paz, como en tiempo de guerra, el Tribunal a través del juez Stevens, redactor de la sentencia, afronta la cuestión relativa al hecho de si el *habeas corpus* resulta válido también en un territorio como el de Guantánamo, en el cual Estados Unidos ejercita su jurisdicción de forma completa y controla («*complete jurisdiction and control*»), pero no la plena soberanía («*ultimate sovereignty*»), así como regula el Tratado de 1903 entre Cuba y Estados Unidos.

El Tribunal pone de manifiesto rápidamente como el caso *Rasul* difiere del precedente de *Eisentrager*, sobre el cual se habían basado las sentencias desestimatorias de los tribunales inferiores. Veamos. Punto primero, desde un punto de vista objetivo, en la sentencia de 1950 el Tribunal había destacado la ausencia de los *constitutional entitlements* de los prisioneros relativos a las peticiones de revisión judicial de sus detenciones, y después, se limitó a constatar la ausencia de indicaciones ulteriores en la legislación de entonces. Punto segundo, desde la perspectiva subjetiva, en el actual caso *Rasul* no se trata de ciudadanos de países en guerra con Estados Unidos, que no han sido llevados ante un tribunal y que han sido detenidos durante otros dos años en un territorio sobre el cual Estados Unidos ejercita «jurisdicción completa y control»; por el contrario, en el caso *Eisentrager* se trataba de detenidos que eran enemigos capturados como prisioneros de guerra, y como tales, procesados por una Comisión militar situada fuera del territorio estadounidense. Punto tercero, desde el punto de vista de la competencia, por cuanto se refiere a la aplicación extraterritorial de la ley del *habeas corpus*, el Tribunal ha rehecho un precedente suyo que supera al de *Eisentrager*, ya mencionado. Se trata del caso *Braden v. 30th Judicial District Court of Kentucky* (410 U.S. 484) de 1973, en el cual se había establecido que la presencia física de un prisionero en territorio donde se ejercita la jurisdicción de un tribunal federal, no representa un «requisito irrenunciable» para reconocer al sujeto interesado su derecho al *habeas corpus*. Es suficiente —argumentaba el Tribunal en *Braden*— que el asunto que tiene en custodia el detenido recurrente, esté subordinado a las garantías procesales en materia de *habeas corpus*, y que, por tanto, un Tribunal estadounidense pueda juzgar su conducta. Por lo tanto, los recurrentes *Rasul et al.* tienen pleno derecho a pedir la conformidad a la legalidad de sus detenciones, recurriendo ante una jurisdicción estadounidense, dado que quienes los tienen en custodia como detenidos, están sometidos a las leyes federales estadounidenses, y que su conducta puede ser sometida a juicio ante un

órgano jurisdiccional estadounidense. La base de Guantánamo está sujeta a la «jurisdicción completa y control» de Estados Unidos y, por tanto, queda bajo la competencia de la jurisdicción territorial de Estados Unidos, prescindiendo de la soberanía que sobre ésta ejerce Cuba.

En el criterio mayoritario del juez Stevens se apoyan dos opiniones, una coincidente y otra discrepante. En la *concurring opinion* del juez Kennedy, aparece de nuevo el caso *Eisentrager* para demostrar como éste no puede aplicarse al caso *Rasul*; en efecto, se distingue entre detenidos extranjeros ciudadanos de un Estado enemigo, que no pueden ostentar ningún derecho, y prisioneros de Guantánamo, entre los cuales se encuentran los «*friends and foes alike*», que por ello no pueden permanecer retenidos indefinidamente sin ser procesados. Y por tanto, las «necesidades militares» de la Ordenanza militar del Presidente (de 13 de noviembre de 2001), ya no pueden razonablemente ser invocadas como justificación (64). De particular interés resulta pues la apasionada *dissenting opinion* del juez Antonino Scalia (65), que prevé «*disastrous consequences*» a causa de esta decisión. Como éste sostiene: «El Tribunal coloca una trampa al Ejecutivo, sometiendo Guantánamo a la competencia de los Tribunales federales [...] y deja completamente sin sentido la decisión de hacer de Guantánamo el lugar de detención para prisioneros de guerra no ciudadanos americanos». Efectivamente, según Scalia en base a esta decisión todos los prisioneros de Estados Unidos, detenidos no sólo en Guantánamo, sino en todo el mundo, podrán llevar al Gobierno frente a un Tribunal federal con un enorme gravamen burocrático de la judicatura americana y la consecuente pérdida de eficiencia del sistema, y añade que «visto que la jurisdicción y el control derivados de un contrato de arrendamiento no son diferentes de la jurisdicción y el control adquiridos por medio de un uso legal de la fuerza, regiones completas de Afganistán e Irak deberían por lógica ser consideradas como sujetos a nuestra legislación interna».

Efectivamente, afirmar —como hace la mayoría del Tribunal— que los detenidos en la base de Guantánamo son titulares de derechos que no son reconocidos a quien es tenido prisionero en Irak, según la opinión de Scalia, parece arbitrario y carente de fundamento. Sin embargo, resulta también cierto que esta no es argumentación suficiente para justificar la vulneración de derechos individuales por parte del Gobierno. De hecho, aunque grave pueda resultar la pérdida de eficiencia causada por el aumento de recursos para la protección de las libertades personales, ésta no puede considerarse un elemento legitimador

(64) *Rasul v. Bush*, 124 S.Ct. 2686 (Kennedy, *concurring*).

(65) *Rasul v. Bush*, 124 S.Ct. 2701 (Scalia, *dissenting*).

de la violación de un derecho fundamental de la persona (66). Sobre este punto, *ad adiuvandum*, puede mencionarse la *dissenting opinion* del juez Hugo Black en el caso *Eisentrager*, donde venía a subrayar como el derecho a la protección del *habeas corpus* debe garantizarse a todos, independientemente de nacionalidad y del lugar de la detención, porque de otro modo el Gobierno eludiría su responsabilidad y la obligación del *due process of law*, simplemente eligiendo cuidadosamente la cárcel donde recluir a los prisioneros (67).

b) La sentencia *Hamdi* es, ciertamente, la más articulada y significativa de las tres decisiones, como se ha expuesto anteriormente, «en alguna parte [de la sentencia] asume un tono épico, por lo que es previsible que permanezca como un *standard* de estudio en las Law schools» (68). El Tribunal había sido llamado a pronunciarse esencialmente sobre dos cuestiones: la primera, si Estados Unidos puede mantener detenido, y en caso afirmativo, por cuánto tiempo, a un ciudadano considerándole un «enemigo combatiente» (*enemy combatant*), sin acusarlo de ningún crimen; el segundo interrogante, si un detenido niega su *status* de *enemy combatant*, si puede valerse del derecho de *habeas corpus*, y en tal caso, de qué forma (69).

(66) Consúltese R. DWORKIN: *What the Court Really Said*, op. cit., 28: «No doubt our police would be more efficient in preventing crime, and we would all be safer if we ignored the rights of due process at home. The world is shocked by our willingness to abandon what we claim to be our most fundamental values just because our victims are foreigners».

(67) *Johnson v. Eisentrager* (Black, *dissenting*). Según lo que sostiene Lord Bingham en la *Romanes Lecture* que tuvo lugar en Oxford el 15 de octubre de 2002, «desde la *section 11* del *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 privado al monarca de eludir el privilegio estatuido por la Carta Magna optando por detener a alguien en “islas remotas, presidios y otros lugares” lejanos de la madrepatria británica, para sustraerlo de la posibilidad de recurrir ante el juez; por tanto, la cuestión de naturaleza territorial de una base militar como Guantánamo había sido planteada y resuelta hace ya tres siglos»; *cfr.* G. BUONUOMO: «L'ordinamento giuridico internazionale dopo Guantanamo», en *Questione Giustizia*, n. 2, 2005, 341, nt. 77.

(68) Así, F. LANCHESTER: *La Corte Suprema e l'emergenza*, cit.

(69) El caso de Yaser Esam Hamdi puede sintetizarse del siguiente modo. Nació en Estados Unidos, Louisiana, si bien vivió principalmente en Arabia, Hamdi fue capturado en Afganistán en 2001 y transferido a Guantánamo en 2002. Después de darse cuenta de que se trataba de un ciudadano americano, el Gobierno transfiere a Hamdi a una cárcel militar del Carolina del Sur, sosteniendo que se trata de un *enemy combatant*, que puede ser detenido indefinidamente sin asesoramiento legal y sin precisar acusación. El padre de Hamdi presenta en 2002 recurso de *habeas corpus* ante un tribunal de distrito de Virginia, que ordena a las autoridades ofrecer asistencia legal al detenido. El Tribunal de apelación del cuarto circuito revoca esta decisión, sosteniendo en términos críticos que el juez de primera instancia no había tenido en cuenta los intereses de seguridad nacional. Frente al Tribunal de apelación el Gobierno presenta también la declaración de Michael Mobbs, asesor del Secretario de Defensa, en la que viene a describir las circunstancias del arresto de Hamdi, así como un serie de testimonios sobre su participación en

El Tribunal, con la excepción del juez Clarence Thomas, ha considerado ilegal *a principio* la detención de casi dos años impuesta al ciudadano americano Hamdi, sosteniendo que tal reclusión habría sido legítima sólo si la calificación como *enemy combatant* hubiera sido aceptada por un tribunal. El hecho de que a Hamdi se le haya negado la posibilidad de defenderse ante un juez, constituye una indudable violación del principio constitucional al *due process of law* (70). La ley federal, efectivamente, prevé que ningún ciudadano pueda ser retenido y recluido por los Estados Unidos, a menos que ello se haga a la luz del dictado de un *act* del Congreso (71). Pero la *Authorization for Use of Military Force Act* (denominada, «AUMF»), aprobada por el Congreso al día siguiente del 11 de septiembre, ¿no confiere al Presidente el poder de detener prisioneros, capturados en batalla hasta el fin de las operaciones militares, para impedir que estos se unan al enemigo, y así combatir? (72). La Jueza redactora de la decisión, Sandra Day O'Connor, observa incluso que el Tribunal no tiene que comprobar si, a la luz del AUMF del Congreso, el Presidente tiene o no la autoridad de detener *enemy combatants*, sino que más bien debe juzgar si el poder del Ejecutivo de mantener en reclusión individuos sin un proceso regular vulnera o no la V Enmienda, que prevé que «*no persons may be deprived of liberty without due process of law*». Por tanto, la cuestión es de naturaleza estrictamente constitucional, y sólo puede resolverse consiguiendo un equilibrio entre la necesidad de preservar la seguridad nacional, puesta en peligro por los ataques terroristas, y la pretensión de evitar el grave daño ocasionado a una persona que se encuentra injustamente en prisión durante un período de tiempo indefinido. En opinión de O'Connor,

el ejército talibán, lo que justifica su *status* de *enemy combatant*. Esta prueba fue considerada insuficiente por el Tribunal de distrito; entonces, el Tribunal de apelación funda su posterior y definitiva respuesta en los «objetivos vitales» de la detención sin acusación de un *enemy combatant*, cuyo fundamento deriva «directamente de los poderes de guerra definidos en los artículos I y II de la Constitución», y rechaza, además, la aplicación de la Convención de Ginebra. En definitiva, sobre la base del precedente *Ex parte Quirin*, establecido por el Tribunal Supremo en 1942, el Tribunal niega que la ciudadanía del recurrente, capturado en zona de guerra («*in a theater of military action*») en el extranjero, le dé derecho sobre el plano constitucional a cualquier cosa que vaya más allá de una investigación judicial en la que se establezca que su arresto derive del ejercicio correcto de los poderes de guerra del Ejecutivo.

(70) *Hamd v. Rumsfeld*, 542 U.S.(2002) (Day O'Connor, *controlling*).

(71) *Emergency Detention Act, Statute*, aprobado por el Congreso americano en 1950, para prevenir la repetición de casos de detención similares a aquellos efectuados por el Gobierno en relación con americanos de origen japonés durante la segunda guerra mundial.

(72) *Authorization for Use of Military Force Act, cit.* Sobre esta cuestión, y la problemática con ella relacionada, véase el amplio ensayo de D. A. BRADLEY y J. L. GOLDSMITH: «Congressional Authorization and the War on Terrorism», en *Harvard Law Review*, n. 7, 2005, 2047-2133.

con el fin de lograr «*the proper balance*» resulta necesario que un ciudadano detenido, que no se identifica con la catalogación de *enemy combatant*, deba ser puesto al corriente de los elementos, en base a los cuales la clasificación ha sido aplicada, y tenga la oportunidad de contradecir las acusaciones del Gobierno frente a un «*neutral decisionmaker*». Sin perjuicio de que los «tribunales neutrales» a los que se hace referencia, no deben ser necesariamente tribunales ordinarios, sino que es suficiente con que sean «comisiones militares apropiadamente autorizadas para constituirse propiamente», que respeten un proceso justo. Porque «en ausencia de tal proceso, de todos modos, un Tribunal que reciba una petición de *habeas corpus* de un presunto combatiente enemigo, debe asegurar la presencia de los requisitos mínimos del *due process of law*» (73). La Jueza O'Connor sugiere, además, que se invierta el criterio ordinario de la carga de la prueba, de modo que no sea el Gobierno quien tenga que demostrar que un detenido es un *enemy combatant*, sino que, por el contrario, el prisionero debe probar su condición extraña a esta categoría. Esta opción es aconsejada por el hecho de que se considera injustamente gravoso solicitar a los militares la preparación de *dossiers* elaborados para cada sujeto encarcelado, que describan pormenorizadamente las circunstancias de su captura y enumeren las razones. Además, está claro que evitando el cumplimiento de este propósito, se obtiene una protección menor de los detenidos (74).

Un punto importante de esta decisión está representado por la afirmación de O'Connor: «que la detención durante tiempo indeterminado con el objetivo de interrogar no está autorizada». La Jueza se refiere a la comisiones militares de las que se sirven las Fuerzas Armadas para decidir si puede aplicarse a los sujetos capturados el *status* de prisionero de guerra; estos tribunales deben elegir entre declarar a un detenido prisionero de guerra, o bien clasificarlo como «*civilian internee*», esto es, un sujeto que por razones de seguridad o porque existe la posibilidad de que liberado pueda obstaculizar las investigaciones, debe ser detenido. Los «*civilian internees*» pueden ser procesados y condenados por tribunales castrenses, asistidos por abogados de confianza, por haber cometido actos hostiles para Estados Unidos, si bien respecto a ellos se permite alguna forma de coerción física y moral, y cualquier limitación del derecho a la comunicación con el mundo exterior debe ser excepcional y provisional (75). A la luz de esto, O'Connor sostiene que sometiendo a Hamdi

(73) *Hamdi v. Rumsfeld*, cit., 542 U.S. (2004) (Day O'Connor, *controlling*).

(74) Cfr. R. DWORKIN: «What the Court Really Said», en *The New York Review of Books*, n. 13, 2004, 26 y sigs.

(75) Véase, *Army Regulation 190-8, Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees*, sections 1-6 y 5-1, página web: [www.usmilitary.about.com](http://www.usmilitary.about.com).

a continuos interrogatorios coercitivos, el Gobierno no ha respetado los *standard* mínimos previstos en la sentencia para garantizar el *due process of law*; efectivamente, estos *standard* legitiman la detención de *civilian internees* sólo para evitar que una vez liberados éstos vuelvan a atacar a Estados Unidos. Sustancialmente, la detención es legal sólo si resulta necesaria para salvaguardar la seguridad nacional. En efecto, como afirma O'Connor, «Es justo en los momentos más turbulentos e inciertos cuando el deber de nuestra Nación de permitir un proceso justo resulta más duramente sometido a prueba; y es en estos momentos cuando debemos preservar nuestros principios, los mismos por los cuales combatimos en el exterior».

La Jueza O'Connor confirma la vulneración por parte del Gobierno del *due process of law*, y focaliza la atención sobre la obligatoriedad de una fase procesal en la que se determine el *status* de los prisioneros, de la que dependen los plazos de una eventual detención: «Durante más de un siglo, el significado central del procedimiento del proceso justo ha estado claro: “las partes, cuyos derechos pudieran estar afectados, tienen derecho a ser escuchados, y para garantizar este derecho es necesario que sean informados de las acusaciones”. Es igualmente fundamental que el derecho a la comunicación y la oportunidad de ser escuchados sean concedidos en un margen de tiempo justificado y de manera significativa».

En su argumentación, O'Connor no especifica las condiciones de la detención, sin embargo, la necesidad de un trato humano se deduce del mecanismo del equilibrio de intereses realizado. En base a este mecanismo, el requisito imprescindible del procedimiento legal se prevé que tenga lugar, tanto para garantizar el interés del Gobierno al objeto de preservar la seguridad, como para evitar el enorme daño causado a quien sufre una detención injusta en virtud de una definición de *status* errónea. La entidad del daño es directamente proporcional a la dureza del trato que el recluso está obligado a afrontar, y por esta razón los detenidos deberían estar sujetos por lo menos a las mismas condiciones previstas para los prisioneros de guerra (76). En este sentido, el juez Souter, en su *concurring opinion*, afirma que el Tribunal tendría razón para sostener que la *Authorization for Use of military Force* (AUMF) del Congreso bastaría para hacer legítima la detención de Hamdi sólo si el Gobierno lo tratase como un prisionero de guerra, condición ésta que no acontece en la realidad de los hechos (77). Por tanto, en opinión del juez Souter, Hamdi

(76) R. DWORKIN: *Op. cit.*

(77) *Hamdi v. Rumsfeld*, *cit.* (Souter, *concurring*); el Gobierno afirma que los detenidos de Guantánamo, no obstante, no son considerados prisioneros de guerra, el trato a ellos reservados es asimilable al previsto para tal categoría; incluso la información recogida de los testimonios y



sería liberado, en cuanto la AUMF no cumpliera los requisitos del *Non Detection Act* (18 U.S.C., par. 4001 a), según la cual queda prohibida la detención de un ciudadano «*except pursuant to an Act of the Congress*», que requiere «*a congressional enactment that clearly authorized detection or imprisonment*».

La sentencia resalta un aspecto muy importante, que se atiene más propiamente a la garantía del principio de separación de poderes frente a un desbordamiento peligroso del Ejecutivo, incluso en situaciones de emergencia. Como escribe O'Connor, citando extractos de notas de la sentencia del Tribunal: «un estado de guerra no representa un cheque en blanco (*a blank check*) para el Presidente cuando estén implicados los derechos de los ciudadanos [...] Tampoco el poder de la guerra puede superar los límites que garantizan las libertades constitucionales» y que «cualquier poder que la Constitución americana confiere al Ejecutivo, cuando se trata de la política exterior o de conflictos bélicos, ésta prevé sin duda el papel para los tres poderes cuando se encuentran en juego las libertades individuales» (78).

c) La tercera y última sentencia es la *Padilla* (79), aparentemente centrada completamente en las cuestiones procedimentales. En efecto, el Tribunal Supremo ha reenviado la causa a un tribunal inferior, sosteniendo un vicio de competencia del Tribunal de apelación que se había pronunciado sobre el caso. Conviene resumir brevemente el caso. José Padilla es un ciudadano americano que tras haber vivido durante cuatro años en Oriente Medio, en 2002 regresa a Estados Unidos y es arrestado en el aeropuerto de Chicago, bajo la acusación de ser un partidario de «Al Qaeda» implicado en la organización de atentados. Padilla es encarcelado en Nueva York y le es asignado un abogado de oficio que niega la acusación frente al Tribunal del distrito federal neoyorquino; sin embargo, en este momento el Gobierno

---

los hechos contados por ex prisioneros representan un cuadro totalmente diferente. Véase la declaración del Secretario de Defensa Donald Rumsfeld durante una visita a la base de Guantánamo el 27 de enero de 2002, página web: [www.defenselink.mil/news/Jan2002/n01272002\\_200201271.html](http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/n01272002_200201271.html).

(78) Véase *Hamdi v. Rumsfeld*, cit. (Day O'Connor, *controlling*). Los pasajes mencionados se refieren, el primero, a la sentencia *Youngstown Sheet & Tube Co v. Sawyer (Steel Seizure Case)* de 1952 (pero véase también: *Home Building & Loan Assn v. Braidell* de 1934, donde se afirma que «también el poder de guerra no elimina los vínculos constitucionales que presiden las libertades esenciales»), y el segundo pasaje, a la sentencia *Mistrella v. United States* de 1989, como revela puntualmente A. BENAZZO: *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., 184, nt. 318.

(79) Véase *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S.(2004), *concurring opinion* del Chief Justice Renhquist y de los Justices Scalia, O'Connor, Kennedy, Thomas; *dissenting* de los Justices Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer.

declara a José Padilla *enemy combatant* y lo trasladan a una cárcel militar en Carolina del Sur, donde permanece recluso durante más de dos años completamente aislado del mundo exterior y sin posibilidad de comunicar con su abogado (80). Sin embargo, inmediatamente después del traslado a Carolina del Sur el abogado de Padilla, en calidad de «*close friend*», presenta una *petition of habeas corpus* ante el Tribunal Federal de Nueva York indicando como «*defendant*» al Secretario de Estado Donald Rumsfeld. El Tribunal rechaza la demanda sosteniendo que el Presidente y sus más altos colaboradores no sean llevados ante un tribunal para justificar la denominación de un prisionero como *enemy combatant* efectuadas por ellos mismos. La *Second Circuit Court of Appeals* modifica el pronunciamiento afirmando que, por el contrario, el Gobierno no tiene el derecho de detener a Padilla sin presentar contra él acusación formal. En este punto, el Gobierno apela ante el Tribunal Supremo que, por cinco votos frente a cuatro, anula la decisión de la *Second Circuit Court*.

El *Chief Justice Rehnquist* en la *controlling opinion* ha puesto de relieve como el abogado de Padilla había equivocado los extremos del recurso, y ello, por dos tipos de motivos. El primero, porque según el *Federal Habeas Corpus Statute*, los detenidos se reservan citar en juicio a su «*immediate custodian*», que, en el caso en cuestión, habría debido ser Melanine A. Marr, comandante de la base naval en la que Padilla fue detenido, y no cualquier alto oficial, ni siquiera el Secretario de Estado. El segundo motivo se refiere al hecho de que la *petition for habeas corpus* había sido presentada ante el Tribunal Federal de Nueva York, y no, en cambio, como debería ser, ante un tribunal de distrito federal en el que el detenido fue recluso (81), que en este caso sería el de

(80) C. BONINI: *Guantanamo. USA, viaggio nella prigione del terrore*, cit., 113: «Cuando le arrestan [a Padilla] en el aeropuerto O'Hare de Chicago, un escalofrío recorre el mundo. El Departamento de Justicia y el FBI anuncian haber capturado al hombre que preparaba un segundo 11 de septiembre. Es posible mayor e indescriptible terror. Una bomba afrenta. Un rudimentario orden nuclear capaz de transformar en el desierto la vida de un ángulo del país. Por lo poco que es posible comprender, la acusación se apoya en una serie de documentos sacados de internet, con los que Padilla es encontrado en posesión. Sobre una serie de encuentros que el mismo Padilla habría tenido con indeterminados emisarios de Al Qaeda en una también indeterminada localidad fuera de los confines americanos. En junio de 2002 el Presidente Bush declara que Padilla es "un serio peligro para la seguridad nacional" y abriéndose para él la sepultura en la base naval de Charleston, Carolina del Sur». Sobre los aspectos jurídicos procedimentales de la cuestión de Padilla, consúltese M. MIRAGLIA: «Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti)», en *Questione Giustizia*, n. 2-3, 2004, especialmente 304 y sigs.

(81) En la *controlling opinion*, Rehnquist cita un precedente del Tribunal Supremo de hacía más de un siglo, en el que se preveía que «proper defendant in a habeas corpus proceeding is the jailor or some person who has the immediate custody of the party detained, and the proceeding

Carolina del Sur. Efectivamente, la decisión del Tribunal en el caso Padilla no tiene solamente un alcance procedimental, porque el Ejecutivo puede efectivamente elegir el foro competente (*forum judicante*) simplemente deteniendo a los prisioneros en una zona determinada, entonces no resulta inverosímil que los *enemy combatants* sean trasladados a un distrito jurisdiccional tradicionalmente cercano a las posiciones del Gobierno (82). En el caso concreto, pues, a la luz de las decisiones del Tribunal que establecen que los detenidos de Guantánamo pueden presentar peticiones de *habeas corpus* ante un tribunal federal americano, no hay que excluir que el Gobierno evite llevar a Guantánamo otros prisioneros eligiendo, más bien, cárceles militares situadas en «*conservative districts*», entre los cuales se encuentra precisamente el de Carolina del Sur.

Frente a la argumentación de la mayoría del Tribunal, el juez Stevens, al que se han unido Souter, Ginsburg y Breyer, ha elaborado una *dissenting opinion* particularmente rica en argumentos para reflexionar, que además se sirve de un par de precedentes jurisprudenciales significativos. Se cuestiona si a veces no sea legítimo recurrir a excepciones a la regla procedimental para perseguir un objetivo más importante, que estaría constituido, en este caso, por la creación de un «*forum shopping*». El peligro que se quiere evitar es, sustancialmente, que una de las partes en la causa pueda elegir apelar a una jurisdicción considerada más favorable; lo cual, como ha afirmado Stevens, «constituye una amenaza única y sin precedentes para la libertad de todo ciudadano americano». Se subraya como el Gobierno ha comenzado el procedimiento contra Padilla en Nueva York, para después trasladarlo a Carolina del Sur sólo cuando un Tribunal de Nueva York había ya asumido la jurisdicción sobre su petición de ser puesto en libertad, y sin advertir la defensa legal de sus intenciones con el fin de evitar toda confrontación. En tal sentido, Stevens se refiere a un precedente del Tribunal Supremo *Ex Parte Endo* de 1944, en el cual se había decidido que en el caso de que un recurso de *habeas corpus* fuera planteado ante un distrito jurisdiccional, y después el recurrente fuese trasladado a otro lugar, la competencia para conocer del recurso de *habeas corpus* sería fijada y asignada en base al primer recurso presentado. En fin, vale la pena citar un fragmento del *dissent* de Stevens, a propósito de la detención desatinada prolongada y aislada de Padilla por parte del Gobierno, que se traduciría en una forma de tortura, poniendo de este modo «en discusión nada menos que la existencia de una sociedad libre». Afirma Stevens, «La detención adminis-

---

must be brought where the jailor is to be found», véase el caso *In the Matter of Jackson*, 15, Mich, 417, 439-440 (1867).

(82) Cfr. R. DWORKIN: *What the Court Really Said*, cit., 29.

trativa de ciudadanos subversivos, como la detención de soldados enemigos en el campo de batalla, puede justificarse a veces para prevenir la amenaza de graves destrucciones. De todos modos, jamás podrá encontrar justificación en el simple interés del uso de sistemas ilegítimos para conseguir información. Una detención aislada prolongada durante meses es, al final, uno de estos sistemas. Si la información obtenida de este modo, sea más o menos esperable respecto a la adquirida por formas más extremas de tortura, no es de ninguna importancia». La conclusión es clara y decisiva: «No se pueden usar las armas de los tiranos ni siquiera para resistir los ataques de las fuerzas de la tiranía» (83).

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Pocos días después de la sentencia del Tribunal Supremo, el 7 de julio, la Administración estadounidense asume una serie de medidas con la intención de intentar adecuarse a lo decidido por el Tribunal. Entre éstas, destaca la institución del *Combatant Status Review Tribunal*: un tribunal formado por tres oficiales «neutrales», frente al cual los detenidos podrán oponerse al hecho de haber sido clasificado como «*enemy combatants*». A los detenidos se les concederá asistencia de «*personal representatives*», que serán asignados por el Gobierno, y por tanto, no podrán valerse de la asistencia de un abogado de confianza y deberán, más bien, afrontar «*a rebuttable presumption in favor of the Government's evidence*» (84). El comunicado de prensa del Pentágono afirma que estos nuevos tribunales responden plenamente a todos los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo; aunque estas afirmaciones contradicen lo acordado en el pronunciamiento sobre el caso Hamdi, en el que se había afirmado y reconocido el derecho del recurrente a disfrutar de asistencia legal en los procedimientos que se afrontaran en el futuro.

El caso Guantánamo, y la repercusión que éste ha producido, no deja de impulsar el debate jurídico y político estadounidense, y no solamente esto (85),

---

(83) *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S.(2004), cit. 2735 (Stevens, *dissenting*).

(84) R. DWORKIN: *Op. cit.*, 28.

(85) Nos estamos refiriendo a cuanto ha sucedido, por ejemplo, en Gran Bretaña con la decisión de la *House of Lords*, que puede interpretarse también como reflejo de la del Tribunal Supremo estadounidense; véase la crónica que profundiza en estas cuestiones de C. BASSU: «I Law Lords ritengono illegittime le misure antiterrorismo del Governo Blair», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2005, 121 y sigs. Además, también puede verse la interesante cuestión canadiense expuesta y argumentada por T. GROPPI: «Il Canada dopo l'11 settembre 2001: la ricerca di una "via canadese" per conciliare sicurezza e diritti», en *Quaderni costituzionali*, 2005, 573 y sigs.

si bien aquí nos limitaremos a señalar exclusivamente algunos de los episodios más significativos para determinadas opiniones.

En primer lugar, algunos pronunciamientos de los tribunales estadounidenses posteriores a las sentencias del Tribunal Supremo, que evidenciaban su discontinuidad, por así decirlo. En efecto, en un primer momento un juez federal de Washington *District of Columbia*, sobre la base de un recurso presentado por cincuenta detenidos en Guantánamo, ha emitido una severa sentencia en enero de 2005, en la que establece que los tribunales militares son inconstitucionales, en la medida en que no respetan los derechos fundamentales de los prisioneros; como afirma el juez Joyce Hince Green, «los procedimientos impulsados por el Gobierno para confirmar que los querellantes son combatientes enemigos sujetos a una detención por tiempo indeterminado violan sus derechos. Algunos detenidos pueden también ser culpables y representar un peligro para Estados Unidos, pero el Gobierno debe aclarar en primer lugar las acusaciones contra ellos» (86). Esta sentencia fue dictada pocos días después de otra decisión de un tribunal federal en la que se afirmaba lo contrario. Efectivamente, en la sentencia de 19 de enero de 2005, el juez Richard Leon había rechazado el recurso de siete detenidos de Guantánamo, y había acordado que éstos permanecieran en la cárcel porque «en ninguna parte de la sentencia del Tribunal Supremo de junio de 2004 se afirma que los detenidos de Guantánamo tuvieran los mismos derechos que los ciudadanos de Estados Unidos».

Además, está la resolución del Tribunal de apelación del *District of Columbia*, de julio de 2005, que ha anulado la decisión de un juez federal de Washington, que había ordenado la interrupción del proceso en relación con Salim Ahmed Hamdan —un yemení que ejercía de conductor y guardia de Bin Laden, arrestado en Afganistán en 2001 y desde entonces detenido en Guantánamo— ante un tribunal militar, disponiendo un procedimiento para la valoración del status de prisionero (Hamdan había recurrido, solicitando ser decla-

---

(86) Sobre esta decisión, véase la crónica de C. BONINI: «“Guantanamo anticostituzionale” un giudice sfida Bush», en *La Repubblica*, de 1 febrero 2005, que toma algunos párrafos de la sentencia como el siguiente: «La Administración (Bush) está violando uno de los más fundamentales derechos reconocidos por nuestra Constitución en su quinta Enmienda: el derecho a un proceso justo (...) La Administración, efectivamente, no sólo impide a los detenidos el acceso a la prueba que justificaría su status de “combatiente enemigo”. No sólo niega su derecho a la asistencia legal, sino que en circunstancias concretas también ha argumentado los elementos que contribuyen a calificar a un prisionero como “combatiente enemigo” sobre declaraciones posiblemente obtenidas con la tortura y otras formas de coerción». Sobre esta decisión, véanse también los comentarios, no sólo favorables, sino incluso entusiastas, de G. ROSSI: *Ai confini della sicurezza*, en *La Repubblica*, de 2 de febrero de 2005, y de E. LESER: «I tribunali militari di Guantanamo sono incostituzionali», en *Le Monde*, de 2 de enero de 2005.

rado prisionero de guerra). En esta ocasión, el tribunal de apelación ha sostenido la inaplicabilidad de la Convención de Ginebra por parte de los jueces estadounidenses, porque ésta es aplicable sólo en las relaciones entre Estados (y no se aplica, por tanto, respecto a la organización terrorista Al Qaeda), además, ha declarado que las comisiones militares son constitucionalmente legítimas y, por tanto, el detenido Hamdan puede ser procesado por una de estas comisiones a las que puede solicitar previamente si tiene derecho al *status* de prisionero de guerra (87).

Señalamos, además, algunas polémicas recientemente suscitadas a raíz de las denuncias presentadas por *Amnesty International*, con referencia a los métodos y al trato a los prisioneros adoptados por la Administración estadounidense en la cárcel de Guantánamo, que ha sido definido, por el Secretario general de *Amnesty*, Irene Khan, «como el *gulag* de nuestros días, con el que se arraiga la idea de que las personas puedan ser detenidas sin recurrir a la ley» (88). Y después, la denuncia de la «Organización para la seguridad y la cooperación en Europa» (OSCE), que ha solicitado, por medio de su comisión para los derechos humanos, la clausura de la cárcel de Guantánamo, también porque la visión de las imágenes de lo que está sucediendo en esta prisión provoca el riesgo de favorecer un adhesión mayor de los jóvenes musulmanes hacia «Al Qaeda» y, por consiguiente, puede representar un incentivo al terrorismo (89). En definitiva, la cárcel de Guantánamo continúa siendo un serio problema para la Administración estadounidense, hasta el punto de que la misma se está planteando desmantelarla (90).

Hasta aquí la crónica más reciente de algunos aspectos particulares de la cuestión de Guantánamo. Sin embargo, y partiendo de las decisiones del Tribunal Supremo, volvamos a los aspectos generales de la cuestión para desa-

---

(87) Véase la sentencia de la *Courts of Appeals for the District of Columbia Circuit: Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld*, n.04-5393, 15 de julio 2005, página web: [www.asil.org/pdfs/Hamdanv.Rumsfeld.pdf](http://www.asil.org/pdfs/Hamdanv.Rumsfeld.pdf). Sobre esta decisión, consúltese el comentario de A. CASSESE: «Quella sentenza su Guantanamo», en *La Repubblica*, de 21 de julio de 2005, y de M. TONDINI: *Hamdan v. Rumsfeld, Se il diritto si svuota dei suoi contenuti*, página web: [www.forumcostituzionale.it/contributi/Tondini.htm](http://www.forumcostituzionale.it/contributi/Tondini.htm)

(88) Esta acusación ha suscitado, como era previsible, una reacción injuriosa para Estados Unidos; V. M. O'HANLON: «Guantanamo non è simile ai gulag Amnesty chiedo scusa all'America», en *Il Corriere della sera*, de 20 de junio de 2005.

(89) Véase la noticia en *Appello dell'Osce: «Guantanamo va chiusa. Aumenta il terrorismo»*, en *Il Corriere della sera*, de 5 de julio de 2005.

(90) Véase la amplia noticia recogida en la prensa italiana: «*Guantanamo ora sarà smantellata*». *Bush vuole trasferire il 70 % dei detenuti in altre carceri o nel Paese d'origine*, en *Il Corriere della sera*, de 7 de agosto de 2005.

rollar algunas sintéticas consideraciones finales. Se han planteado algunas críticas frente al Tribunal por no haber sabido, ni querido aventurarse más (91). En particular, por no haber afrontado, en la sentencia Hamdi, el tema de los *implied power* reclamados por el Presidente, dirigiéndose más bien sobre las cuestiones de la delegación legislativa, y limitándose a «presumir» que las detenciones militares establecidas por el Ejecutivo debían ser autorizadas por el Congreso. En suma, el Tribunal no ha reconocido el principio de necesidad, o mejor, lo ha querido someter a examen caso por caso según la técnica del equilibrio. Otra de las omisiones que se imputan al Tribunal es la de no haber dado en la sentencia un peso justo y relieve al derecho internacional; teniendo en cuenta que ello tenía una incidencia bastante significativa en la cuestión, en cuanto se vulneraban, o desatendían, en algunos de sus actos significativos, al menos, las Convenciones de Ginebra. Además, el Tribunal no ha sabido (¿o querido?) obligar al Gobierno a aclarar, de una vez por todas, el sentido y el alcance de la definición de «combatiente enemigo» y las diferencias con la de «prisionero de guerra», limitándose a reenviar a los tribunales inferiores la delicada labor de comprobar, caso por caso, las exigencias de la seguridad nacional en relación con la protección de la libertad personal, con particular referencia al *status* a aplicar a los prisioneros. El Tribunal Supremo, ¿ha querido (¿o debido?) cumplir una opción minimalista? Quizá, pero como se ha señalado «el minimalismo es una cosa muy apreciable, sobre todo en un momento en que los jueces deben conciliar las exigencias de la seguridad nacional con el compromiso de la libertad» (92). Las críticas que se vienen planteando a la actuación del Tribunal piden un control intervencionista y decisivo del mismo, que desborda la *political question* y puede considerarse arriesgado para la dinámica del funcionamiento regular de un órgano supremo, y más en general, para la lógica del control de constitucionalidad difuso. Sin llegar a aceptar completamente la afirmación paradójica del juez Brandeis, que afirmaba que «lo mejor que podemos hacer, es no hacer», esto es, que el Tribunal Supremo, al igual que otros Tribunales constitucionales que funcio-

(91) *Judicial parsimony*, según la definición de J. REISMAN: *Rasul v. Bush*, en *Journal of International Criminal Justice*, n. 2, 2004, 977; véase además, R. SUNSTEIN: «The Smallest Court in the Land», en *New York Times*, de 4 de julio de 2004, quien sostiene que el Tribunal ha dejado las cuestiones centrales irresolutas; A. BENAZZO: *Op. cit.*, 190 y sigs.; F. LATTANZI: *La protezione internazionale della democrazia*, cit., 34-35; J. C. PAYE: *La fine dello Stato di diritto*, cit., 33 y sigs.

(92) Así, R. SUNSTEIN: *The Smallest Court in the Land*, cit., 9. La *minimalism theory*, que se contrapone a la *perfectionist* y *fundamentalist*, se desarrolla en el libro de R. SUNSTEIN: *Radicals in Robe: Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America*, New York, Basic Book, 2005.

nan en un sistema de democracia liberal, debe tender a una acción de reequilibrio del sistema, sin producir rupturas o sobresaltos muy traumáticos, que podrían tener una repercusión negativa sobre la uniformidad del orden constitucional. En la cuestión de Guantánamo, el Tribunal ha actuado en este sentido, con el conocimiento de que el primer valor que hay que reequilibrar es el de la seguridad nacional. La relación entre la seguridad nacional, puesta a dura prueba por los ataques terroristas, y la libertad personal sujeta a un giro forzado con los principios del Estado de Derecho. Así pues el problema se sitúa en el deber y saber contar con los dos extremos: libertad personal y seguridad. De este modo, el epílogo de la cuestión de Guantánamo se convierte en una gran lección de constitucionalismo procedente del Tribunal Supremo. En nombre de la protección de las *civil liberties*, que son el fundamento de todo edificio de democracia constitucional, al limitarlas, atenuarlas o cuestionarlas, se arriesga a producir una grieta irreparable sobre el edificio mismo.

A propósito de la relación entre seguridad y libertad, permítaseme un pequeño paréntesis; hay que reconocer que con la amenaza constante del terrorismo global, al cual le falta cualquier centro de acusación, el Estado y en particular la Constitución adoptan una nueva dimensión que sitúa en primer plano la noción de seguridad. Esta se presenta siempre más como un elemento coexistente a la calidad de la vida de las personas, que es reivindicado y estimado en sí, y no sólo como condición para poder hacer otras cosas o ejercitar otros derechos. La seguridad se convierte en derecho del ciudadano, y aparece en un contexto, en que se compara con otros valores, que definen así las condiciones y los límites dentro de los cuales la seguridad puede ser ejercida. De este modo, la seguridad más que ser un fin en sí, se convierte en un instrumento para incrementar la libertad (93).

En conclusión, fuera de las críticas que puedan hacerse al Tribunal Supremo por haber querido adoptar una posición minimalista, admitido y no concedido, que de esto se trate realmente; sin embargo, no puede dejar de apreciarse la importancia de las decisiones asumidas, que han ensalzado y, por tanto, reestablecido algunos aspectos fundamentales del Estado de Dere-

---

(93) Recuérdese aquí la posición de Montesquie en *De l'esprit des lois*, libro XII, cap. 2: «La libertad política consiste en la seguridad, o al menos en la opinión de que se tiene su seguridad. Esta seguridad está nunca amenazada, como en las acusaciones públicas o privadas. Por tanto, de la voluntad de las leyes penales depende principalmente la libertad del ciudadano». Sobre esta cuestión, en el debate actual v. G. Montedoro, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, en *Aspenia*, n.24, 2004, 57 ss., G. De Vergottini, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, en *Rassegna Parlamentare*, n.2., 2004, 427-454 y, si se quiere, T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, en página web: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)



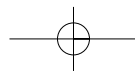


cho (94). Efectivamente, se han confirmado los principios fundamentales y las prioridades que el ordenamiento debe respetar; se ha aclarado que el principio de separación de poderes no puede impedir al poder judicial intervenir y valorar la legitimidad de la actuación del Gobierno, porque el estado de emergencia y la autorización del Congreso confieren poderes excepcionales, pero no ilimitados. Se han protegido las libertades individuales afirmando, en el caso concreto, que el trato reservado por el Gobierno a los prisioneros de Guantánamo es, no sólo moralmente deplorable, sino también prohibido por la Constitución (95). En consecuencia, se puede afirmar que el Tribunal se ha convertido en garante de los derechos y en juez de los poderes (96). Para valorar en su conjunto las decisiones asumidas por el Tribunal Supremo en la cuestión de Guantánamo, puede utilizarse una vez más la feliz metáfora de Bruce Ackerman, que ve a los jueces del Tribunal Supremo como los pasajeros sentados en el último vagón del tren de la vida política nacional, con la mirada dirigida al paisaje *retrostante*; por tanto, su funciones consisten en reconducir hacia la unidad y la coherencia el territorio jurídico atravesado, que se ha consolidado por el tren. Sin embargo, en los momentos de incertidumbre, esto es, cuando el paisaje se convierte en irreconocible y el tren se aventura en territorios ignorados, los jueces del Tribunal Supremo tienen la

(94) Sobre la concepción del Estado de derecho hoy, véanse las relevantes consideraciones de E. DENNINGER: «Lo Stato di diritto o «Rule of law»: che cos'è oggi?», en el libro *In ricordo di Vittorio Frosini*, dirigido por A. Jellamo y F. Riccobono, Milán, Giuffrè, 2004, 59 y sigs.

(95) R. DWORKIN: *What the Court Really Said*, cit., 29. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre Guantánamo, y más en general sobre el papel del poder judicial en las situaciones de emergencia, que «sobre el medio periodo se ha podido registrar cierto desquite de Kelsen frente a Schmitt, en el sentido de que el derecho judicial (nacional o supranacional) se ha hecho protagonista de una dinámica reactiva y ha impedido que la decisión *schmittiana* final se identificase con la voluntad del poder político de turno y lo ha sometido, con énfasis ora más cauto, ora más firme, a una consistente mitigación, plegándola a las exigencias, si no al respeto, de los cánones del *habeas corpus* y del *due process of law*»; así, A. DI GIOVINE: «La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza», en el libro *Democrazie proptette e protezione della democrazia*, cit., 5. Sobre la labor de los jueces, especialmente de aquellos constitucionales, en la lucha contra el terrorismo para el equilibrio con la protección de los derechos de libertad, *cf.*: las páginas clarificadoras de A. BARAK: «Democrazia, terrorismo e corti di giustizia», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, *ivi*, 3390, la afirmación de que «nuestros jueces de las democracias modernas son llamados para proteger la democracia del terrorismo, o bien de los medios que el Estado pretende utilizar para combatir el terrorismo».

(96) Así, L. FABIANO: *Garante dei diritti e giudice dei poteri: il doppio volto della Corte Suprema nelle sentenze «Guantanamo»*, cit., 110, que afirma que «El Tribunal Supremo estadounidense tiene más de una faceta: es el fiel de la balanza, pero no sólo eso, sino que es contrapeso de la balanza, pero no solo, es juez de los poderes, pero es también garante de los derechos y de las libertades».





EL ESTADO DE DERECHO SE HA DETENIDO EN GUANTÁNAMO

TOMMASO EDOARDO FROSINI

labor de frenar, obligando así al conductor del tren y demás pasajeros a comprobar sus propósitos (97).

En efecto, el Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo, pero después, ha partido desde Washington, sede del Tribunal Supremo.

---

(97) Cfr. B. AKERMAN: «Constitutional Politics/Constitutional Law», en *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, 453 (ya mencionado en T. E. FROSINI y C. BASSU: *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, cit., 101).

