

GUANTÁNAMO: UN AGUJERO NEGRO  
EN LA «TIERRA DE LA LIBERTAD»

ANDREA DE PETRIS (\*)

Existe una ley general que ha sido hecha o por lo menos adoptada no solamente por la mayoría de tal o cual pueblo, sino por la mayoría del género humano. Esta ley es la justicia. La justicia es, por tanto, el auténtico límite de los derechos de cualquier pueblo.

[ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*]

I. INTRODUCCIÓN.—II. POSICIÓN DEL GOBIERNO RESPECTO DE LOS PRISIONEROS DE GUANTÁNAMO, Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DETENCIÓN.—III. LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA EN RELACIÓN A LAS SOLICITUDES DE *HABEAS CORPUS* PRESENTADAS POR LOS DETENIDOS EN GUANTÁNAMO Y POR OTROS «COMBATIENTES ENEMIGOS»: a) *Rasul v. Bush & Al Odah v. United States*. b) *Hamdi v. Rumsfeld*. c) *Rumsfeld v. Padilla*.—IV. OBAMA Y GUANTÁNAMO: UN NUEVO CAMINO ENTRE OBSTÁCULOS Y DIFICULTADES.

I. INTRODUCCIÓN

Tras los ataques terroristas del 11 de septiembre contra las Torres Gemelas de Nueva York y el Pentágono, cuartel general de las fuerzas armadas de EEUU, y a los que se les atribuye la responsabilidad por la caída de un cuarto avión que transportaba civiles, el Gobierno de los Estados Unidos emprendió, con el apoyo de Gran Bretaña, una acción militar contra el Gobierno afgano, guiado por exponentes islámicos Talibanes y sospechoso de haber proporcionado apoyo logístico y económico a la organización terrorista «Al-Qaeda», cuyo líder Osama Bin-Laden ha reivindicado en numerosas ocasiones la responsabilidad por los ataques de 2001.

A partir del 11 de enero de 2002, los prisioneros fueron internados en la base militar estadounidense de la Bahía de Guantánamo, Cuba. Aunque en su

---

(\*) Traducción de María Valvidares Suárez, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

mayor parte habían sido capturados en Afganistán, también se ha acreditado la presencia de individuos detenidos en contextos totalmente independientes del conflicto afgano, como Pakistán, Bosnia-Herzegovina, e incluso Zambia y Gambia (1). En otoño de 2003, el número de prisioneros detenidos en la estructura «Camp Delta» de Guantánamo, que fue construida en sustitución del primer y provisional complejo de detenciones, Camp X-Ray, con un coste de 9,7 millones de dólares, por la compañía Brown and Root Services, una división de Hulliburton, ex compañía del Vicepresidente Dick Cheney (2), ascendía a 680 unidades, de 42 nacionalidades y 19 lenguas distintas (3), si bien la capacidad de la cárcel permitía acoger más de 2.000 detenidos (4). Con el transcurso de los años, el número de prisioneros ha sufrido variaciones considerables: según las informaciones del Gobierno de los Estados Unidos, a fecha de 21 de octubre de 2005, Guantánamo acogía unos 520, mientras que desde enero de 2002 hasta el 26 de septiembre de 2005, habrían sido transferidos 264, 68 de los cuales habrían sido confiados a otros gobiernos nacionales, entre los que se encuentran Pakistán, la Federación Rusa, Marruecos, Reino Unido y Arabia Saudí (5). El 19 de abril de 2006, en respuesta a un recurso en defensa de la libertad de información presentado por Associated Press (6), el Pentágono publicó la primera lista oficial con los nombres de los convictos de la cárcel cubana, que en este caso ascendían a 558 individuos (7).

Desde el inicio de sus detenciones, los reclusos no han sido nunca acusados formalmente de crimen alguno, por parte de las autoridades estadounidenses no

---

(1) RATNER, M./RAY, E., *Prigionieri di Guantanamo. Quello che il mondo deve sapere*, San Lazzaro di Savena, Nuovi Mondi Media, 2005, pág. 27.

(2) LELYVELD, Joseph, «“The Least Worst Place”: Life in Guantanamo», en R. C. LEONE/Greg ANRIG, Jr., *The War on Our Freedoms*, New York, The Century Foundation, 2003, págs. 100-127 (112).

(3) BONINI, C., *Guantanamo. USA, viaggio nella prigione del terrore*, Torino, Einaudi, 2004, pág. 4. La mayor parte de los prisioneros es de origen árabe, y entre éstos, el grupo más numeroso proviene de Arabia Saudí; según un abogado yemení que los representa, cerca de 150 detenidos son de origen saudí, y otros 85 provienen de Yemen, mientras que los reclusos afganos son poco menos de un centenar, cfr. LELYVELD, Joseph, «“The Least Worst Place”: Life in Guantanamo», cit. (nota 2), pág. 106.

(4) SCHÄFER, B., «Guantánamo Bay» Status der Gefangenen und *Habeas Corpus*, Studien zur Grund- und Menschenrechten, MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam, Heft 9, 2003, pág. 7.

(5) United Nations Commission on Human Rights, Joint Report «Situation of detainees at Guantanamo Bay», 15/2/2006 (cit. E/CN.4/2006/120), pág. 6.

(6) Pentagon Identifies More Gitmo Detainees, New York Times, 20/4/2006.

(7) Ver <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/05/15/AR200605150-0905.html> (última consulta: 4/4/2009).

se ha instruido contra ellos ningún procedimiento judicial dirigido a verificar la culpabilidad por delito alguno, ni se les ha concedido el derecho de defensa o el acceso a un abogado defensor que represente sus derechos en cualquier sede judicial; por último, hasta junio de 2004, las autoridades militares estadounidenses no habían previsto ningún procedimiento judicial destinado a verificar la legitimidad de las detenciones por tiempo indefinido en las que se encontraban los prisioneros de Guantánamo desde enero de 2002.

Según el Gobierno de EEUU, todos los reclusos de Camp Delta serían aliados de los Talibanes afganos o miembros de Al-Qaeda, y son descritos como «killer» (8), como individuos «extraordinariamente temibles» (9), como «los asesinos más peligrosos, mejor adiestrados y más malvados que existen sobre la faz de la tierra» (10). Sin embargo, recientemente han aparecido elementos que indican que al menos un cierto número de detenidos ha desempeñado, simplemente, funciones de bajo rango en el ejército afgano, o ha sido capturado en circunstancias totalmente ajenas al conflicto. Es el caso, por ejemplo, de Sayed Abassin, un taxista de Kabul arrestado en abril de 2002 mientras transportaba a un presunto «señor de la guerra» local, recluso primero en Afganistán y luego en Guantánamo hasta abril de 2003, fecha en la que fue puesto en libertad tras haber firmado una «declaración liberadora» en la que afirma «no haber tenido nunca nada que ver con Al-Qaeda ni con los Talibanes», y «no haber tenido nunca intención, ni tenerla en el futuro, de atacar los intereses de Estados Unidos y de su pueblo» (11); o de Airat Wakitow, uno de los ocho ciudadanos rusos internados en suelo cubano, inicialmente encarcelado durante siete meses por los propios Talibanes como sospechoso de haber colaborado con los servicios secretos de Moscú, posteriormente descubierto por un reportero de *Le Monde* tras la caída del régimen y, finalmente, apresado por las fuerzas armadas de EEUU e inexplicablemente enviado a Guantánamo (12). Además, según las

---

(8) Presidente George W. Bush, citado en LELYVELD, J., «“The Least Worst Place”: Life in Guantanamo», cit. (nota 2), pág. 104.

(9) John Ashcroft, Fiscal General de Estados Unidos, *ibid*.

(10) Palabras del Secretario de Defensa Donald Rumsfeld el 27 de enero de 2002, con ocasión de una visita a la base de Guantánamo; declaraciones citadas en [http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/n01272002\\_200201271.html](http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/n01272002_200201271.html) (4/4/009).

(11) Amnesty International, USA: The threat of a bad example – Undermining international standards as «war on terror» detentions continue (AMR 51/114/2003, agosto 2003), disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/045/2003/en/e00ec3cb-d712-11dd-b0cc-1f086-0013475/amr510452003en.pdf> (4/4/2009).

(12) ROSE, D., *Guantanamo Bay. Amerikas Krieg gegen die Menschenrechte*, Frankfurt a.M., Fischer, 2004, pág. 51 (ed. original: ROSE, D., *Guantanamo: The War on Human Rights*, New York, The New Press, 2004).

informaciones proporcionadas por los prisioneros pakistaníes, el aparato militar de EEUU habría pagado a los representantes de la Alianza Militar afgana del Norte —una coalición autónoma contra la que los Talibanes habían luchado en su día para expulsarla del País— hasta 5.000 dólares por cada prisionero del que se acreditase su pertenencia al régimen talibán, y hasta 20.000 dólares por cada sospechoso de ser partidario de Al-Qaeda. Los funcionarios pakistaníes que visitaron e interrogaron a los 58 (53 según otras fuentes) connacionales detenidos en Guantánamo, solamente encontraron vínculos efectivos con Al-Qaeda en ocho casos (13). Otras fuentes refieren cómo dichos incentivos por la captura desataron una caza del hombre prácticamente indiscriminada, a cuyo término habrían sido encarcelados entre 35.000 y 40.000 individuos, no sólo abiertos opositores de la Alianza del Norte, sino también ignaros transeúntes, arrestados con la única finalidad de intentar engordar el botín proveniente de las recompensas, entre los que se encontraban algunos taxistas o hasta un viejo de 90 años (14), e incluso personas involucrados en disputas relativas a negocios o propiedades inmobiliarias, cuya contraparte resolvió la cuestión simplemente denunciando la pertenencia a Al-Qaeda o al régimen talibán, y reteniendo el objeto de la disputa como suplemento de la «recompensa» (15). Buena parte de éstos fueron entregados a las autoridades militares estadounidenses, transitando inicialmente por las cárceles afganas de Bagram o Kandahar, para ser finalmente deportados a Guantánamo a partir de enero de 2002 (16).

## II. POSICIÓN DEL GOBIERNO RESPECTO DE LOS PRISIONEROS DE GUANTÁNAMO, Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DETENCIÓN

Pese a no reconocerles el estatus de «prisioneros de guerra», el Gobierno de EEUU ha declarado siempre que trata a los reclusos de Guantánamo de acuerdo con los principios humanitarios y, en la medida en que sea compatible con las

---

(13) MCGIRK, T./KOTKA MIRALAM, D. S., *A Letter from Guantanamo – How a lovesick homeopath found himself imprisoned as a terrorist*, Time, 29/10/2002, disponible en <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,385661,00.html> (4/4/2009).

(14) RATNER, M./RAY, E., *Prigionieri di Guantanamo*, cit. (nota 1), págs. 26-27.

(15) Es lo que refiere John Stifton, responsable de las investigaciones realizadas por la asociación Human Rights Watch en Afghanistan, cfr. ROSE, D., *Guantanamo Bay*, cit. (nota 12), págs. 49-50.

(16) Según Ahmed Rashid, autor de un artículo al respecto publicado en la *New York Review* el 10/10/2002, los detenidos de Guantánamo capturados por los militares pakistaníes y entregados a las fuerzas armadas estadounidenses son 328; cit. en LELYVELD, Joseph, «“The Least Worst Place”: Life in Guantanamo», cit. (nota 2), pág. 106.

necesidades militares del caso, de conformidad con los principios de la III Convención de Ginebra de 1949, sobre el trato a los prisioneros de guerra.

En un segundo momento, la Administración Bush ha sostenido que considera que las garantías de la III Convención de Ginebra son aplicables a los prisioneros pertenecientes a los combatientes Talibán, pero no a los miembros de Al-Qaeda detenidos, que en tanto que grupo terrorista no puede ser considerado como parte contratante de la Convención de Ginebra; en consecuencia, a estos últimos no se les reconoce el estatus de «prisionero de guerra». Por otro lado, incluso admitiendo que, en tanto que sostenedores del Gobierno oficialmente en el poder en Afganistán en el momento del conflicto contra los aliados anglo-americanos, deba aplicarse la Convención de Ginebra a los Talibanes detenidos, las autoridades estadounidenses excluyen que su posición pueda calificarse como de «prisioneros de guerra»: en conclusión, ni a los primeros ni a los segundos se les reconoce dicho estatus (17).

A juicio de las autoridades estadounidenses (18), los detenidos de Guantánamo no son militares capturados en el curso de enfrentamientos bélicos tradicionales, sino más bien culpables de acciones militares que han causado, por lo demás, la muerte intencionada de civiles en el ámbito de un «conflicto armado internacional». Por tanto, el estatus que se les reconoce —desconocido para el derecho internacional— es el de «enemigos combatientes» («*enemy combatants*»). La definición de «enemigos combatientes» fue usada por vez primera por la jurisprudencia estadounidense en 1942, en una Sentencia de la Corte Suprema en la que los jueces supremos tuvieron que pronunciarse sobre la legitimidad de un proceso especial realizado por «Comisiones militares» responsables de prisioneros de guerra. Ocho saboteadores nazis, capturados en Long Island (Nueva York) y procesados por una comisión instituida a tal propósito por el Presidente Roosevelt, que los condenó a muerte, recurrieron a los jueces supremos estadounidenses, quienes se declararon incompetentes para juzgar a prisioneros de guerra que, en realidad, no podían ser reconocidos como tal, sino que, al contrario, merecían el calificativo de «enemigos combatientes» (19).

---

(17) Cfr. SCHWARTZ, Herman, *Il trattamento giuridico dei terroristi internazionali da parte degli Stati Uniti*, traducción italiana de Cesare Pinelli, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali/schwartz.html> (4/4/2009).

(18) Disponible en [http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/n01272002\\_200201271.html](http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/n01272002_200201271.html) (4/4/2009).

(19) Cfr. Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942). Aun así, se ha puesto de relieve que, en el curso de su detención, a los ocho nazis imputados les fueron reconocidos tres derechos negados a los reclusos de Guantánamo: el derecho a un abogado defensor, a un proceso sin dilaciones y a un segundo grado de apelación ante un órgano jurisdiccional ordinario «en el caso, la propia Corte

El 20 de febrero de 2002, el Embajador de los EEUU para los crímenes de guerra, Pierre-Richard Prosper, en una intervención en la Chatham House de Londres en relación al tema «Estado y tratamiento a los Talibanes y a los detenidos de Al-Qaeda» (20), definió el estatus de enemigo combatiente y las razones por las cuales el Gobierno estadounidense no consideraba aplicable la III Convención de Ginebra al caso en cuestión, de la siguiente forma:

«El derecho a realizar una guerra en condiciones de beligerancia legítima es una prerrogativa exclusiva de los Estados y sus fuerzas armadas o grupos sometidos a un mando que sea responsable de ellos. Los individuos, privados de los requisitos mínimos de una organización, es decir, de la capacidad o voluntad de realizar operaciones dentro de las leyes de la guerra, no tienen derecho alguno a cometer actos de guerra frente a un Estado. Así pues, a la luz de las normas sobre la guerra, los miembros de Al-Qaeda carecen de los requisitos necesarios para ser considerados combatientes legítimos. Al elegir vulnerar estas leyes y llevar a cabo actos hostiles, los sujetos en cuestión se definen como combatientes ilegales (“*unlawful combatants*”). Y sus conductas, destinadas a atacar objetivos civiles, a realizar estragos en un contexto de conflicto armado internacional, representan crímenes de guerra. Como hemos afirmado en repetidas ocasiones, no nos encontramos frente a crímenes normales y, por tanto, sus responsables no pueden ser reconocidos como “criminales normales”. Por tanto, los Estados Unidos, al negar la aplicabilidad de la III Convención de Ginebra, consideran igualmente que a aquéllos no les puede ser reconocido el estatus de prisioneros de guerra, toda vez que no están presentes los requisitos establecidos por el art. 4. No se encuentran sometidos a un mando responsable de sus acciones. No realizan operaciones obedeciendo las leyes y las costumbres de la guerra. Disimulan el hecho de estar armados. Su historia de ataques indiscriminados a las poblaciones civiles es la prueba no sólo de su filosofía bárbara, de su desprecio por la vida humana y las leyes, sino también la prueba más sólida de las razones por las cuales les es negado todo estatus de prisioneros de guerra. No obstante, los Estados Unidos, por decisión política, les aseguran muchos de los derechos de los prisioneros de guerra.»

---

Suprema—, cfr. LELYVELD, Joseph, «“The Least Worst Place”: Life in Guantanamo», cit. (nota 2), pág. 119.

(20) Algunos extractos de las declaraciones de Prosper son referidos en MCDONALD, Avril, *Defining the War on Terror and the Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich*, disponible en [http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/SP8AVK/\\$File/Avril%20McDonald-final.pdf](http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/SP8AVK/$File/Avril%20McDonald-final.pdf) (4/4/2009), y en KELSEA, Jennifer K., *Treatment of «Battlefield Detainees» in the War on Terrorism*, CRS Report for Congress, 23/1/2007, disponible en <http://www.fas.org/sfp/crs/terror/RL31367.pdf> (4/4/2009).

Es oportuno precisar que la iniciativa con la que el Presidente de los Estados Unidos decreta unilateralmente la no aplicación de las Convenciones de Ginebra a los reclusos de Guantánamo no es solamente arbitraria, sino, sobre todo, ilegal. De hecho, incluso aunque fuera posible demostrar que los combatientes Talibanes no habían cumplido las obligaciones previstas por las Convenciones, ello no autorizaría a Bush en modo alguno a declarar su inaplicabilidad a estos casos. En realidad, el artículo 142 de la III Convención de Ginebra prevé que las Altas Partes Contratantes son libres de «retirarse» del acuerdo; sin embargo, ello sólo es posible toda vez que aquéllas hayan presentado una instancia en tal sentido al Bundesrat suizo al menos un año antes de la rescisión, mientras que, en el caso de que un Estado se encuentre momentáneamente involucrado en un conflicto, el desconocimiento de la validez de las Convenciones sólo tiene eficacia una vez firmado un tratado de paz. En tanto se mantengan las hostilidades, por tanto, todo Estado signatario está obligado a observar las obligaciones que las partes en conflicto deben respetar con base en los principios fundamentales del Derecho internacional. Así pues, con independencia de la conformidad de la actuación de Bush con los dictados constitucionales estadounidenses en la cuestión objeto de examen, el no reconocimiento de los beneficios de las Convenciones de Ginebra a los prisioneros de Guantánamo resulta evidentemente inconciliable con el Derecho internacional, al constituir una abierta violación de dos fundamentos básicos del Derecho internacional humanitario: que el deber de respetar las disposiciones no puede hacerse depender de condiciones de reciprocidad, y que tales disposiciones han sido instituidas para proteger a determinados grupos de individuos, y no eventuales intereses de los Estados (21).

Por otra parte, en otras ocasiones, al comentar el problema del estatus de los prisioneros de Guantánamo, el Gobierno estadounidense ha insistido en que «el derecho de guerra permite a los Estados Unidos —y a cualquier país implicado en un combate— detener a combatientes enemigos sin formular acusaciones contra ellos o facilitarles el acceso a una tutela legal durante las hostilidades. La detención no es un acto de sanción, sino de seguridad y necesidad militar, cuyo objetivo es impedir a los combatientes que continúen empuñando las armas contra los Estados Unidos (22). Sin embargo, como ha sido oportunamente su-

---

(21) En tal sentido, Vaughan Lowe, Catedrático de Derecho Internacional en Oxford, y Guy Goodwin-Gill, experto en Derecho Internacional Humanitario, en la opinión de la Associazione Internazionale degli Avvocati de julio de 2004, citado en ROSE, D., *Guantanamo Bay*, cit. (nota 12), págs. 42-43.

(22) Respuesta de los Estados Unidos del 21/10/2005 a la pregunta presentada el 8/8/2005 por los autores del informe de la Comisión ONU para los Derechos Humanos, sobre la condición de los detenidos en Guantánamo, referida en el propio informe, pág. 12, cit. (nota 5).

brayado, justificar la detención por tiempo indefinido de los *enemy combatants* con esta argumentación implica una mezcla injustificada de contextos (23): de hecho, la tesis sostenida por las autoridades estadounidenses podría tener un cierto fundamento si se aplicara a los sujetos efectivamente capturados en el ámbito del conflicto armado desarrollado en el campo de batalla afgano, mientras empuñaban sus armas contra el contingente militar de EEUU, pero no legitima en modo alguno la reclusión de individuos detenidos en ámbitos geográficos y estratégicos totalmente diversos, cuya reclusión no puede obviamente justificarse como un intento de impedir a dichos sujetos que retomen las hostilidades contra Washington en el campo de guerra afgano —por el simple motivo de que nunca participaron de dichas hostilidades—. En otras palabras, al etiquetar de forma indistinta a todos los prisioneros de la cárcel cubana como «combatientes enemigos», las autoridades estadounidenses dejan de diferenciar los dos contextos, imponiendo a todos los reclusos una condición de detención indiscriminada que en último término se traduce, al menos para una parte de aquéllos, en una «privación arbitraria del derecho a la libertad personal» (24). Frente a las objeciones a esta posición, según las cuales los detenidos en Camp-Delta, pese a no haber sido capturados en el ámbito de un conflicto armado, podrían estar, en todo caso, implicados en actos de terrorismo internacional que justificarían su encarcelación, debe reafirmarse que la lucha contra el terrorismo internacional no representa en sí misma un conflicto armado a los fines de la aplicabilidad del Derecho internacional humanitario. La Comisión Internacional de Cruz Roja ha aprobado una declaración oficial al respecto, en la que aclara la cuestión de la siguiente forma:

«El derecho de los conflictos armados (*the law of armed conflicts*) reconoce dos categorías de conflicto armado: el internacional y el no internacional. El conflicto armado internacional prevé el uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra otro. El conflicto armado no internacional prevé hostilidades entre fuerzas armadas gubernativas y grupos armados organizados, o entre tales grupos, en el interior de un Estado. En el momento y lugar en que la «guerra global al terror» se manifiesta en una de estas formas de conflicto armado, se aplican las normas del derecho internacional humanitario, así como las normas del Derecho internacional relativas a los derechos humanos (*international human rights law*) y del Derecho nacional doméstico (*domestic law*). Por ejemplo, las hostilidades iniciadas en Afganistán en octubre de 2001 o en Iraq en marzo de 2003 son conflictos armados. Cuando la violencia armada se utiliza fuera del contexto de un

---

(23) *Ibid.*

(24) *Ibid.*



conflicto armado en sentido legal, o cuando una persona sospechosa de realizar actividades terroristas no es detenida en conexión con algún conflicto armado, el derecho humanitario no se aplica. Al contrario, encuentran aplicación las normas del Derecho nacional doméstico, como también las normas del Derecho penal internacional y del Derecho internacional relativas a los derechos humanos. [...] La definición de “guerra global al terror” no extiende la aplicabilidad del derecho humanitario a todos los sucesos vinculados a tal definición, sino solamente a aquellos que prevén un conflicto armado» (25).

En todo caso, según las autoridades estadounidenses, el estatuto de «combatientes enemigos» corresponde a los sujetos a los que se aplica la siguiente Ordenanza militar del Presidente de los Estados Unidos, George W. Bush, 13/11/2001 (26)

*Detención, tratamiento y procedimiento frente a algunos no-ciudadanos («aliens») en la Guerra al Terrorismo (27)*

Elementos constitutivos:

La valoración de la pertenencia a la categoría de individuos a los que se aplica la ordenanza es efectuada, «caso por caso», por el Presidente de los Estados Unidos. Figura como «individuo sujeto a la presente ordenanza» quien no se halle en posesión de un pasaporte de los EEUU y del cual «existan razones para considerar» que:

- a) Sea o haya sido miembro de la organización denominada «Al-Qaeda»;
- b) En todo caso, haya participado, ayudado, sostenido (o incluso simplemente proyectado realizar) actos de terrorismo internacional idóneos para atacar a los ciudadanos americanos, los intereses económicos y políticos del País, o su seguridad nacional y la política exterior;
- c) Haya ofrecido refugio de forma consciente, o se haya convertido en cómplice, de uno o más individuos comprendidos en los puntos a) y b).

El individuo al que le sea reconocida la aplicabilidad de la presente ordenanza estará sometido a las reglas de detención fijadas por el Departamento de Defensa de los EEUU en los lugares que el Pentágono considere idóneos,

---

(25) Declaración oficial de la Comisión Internacional de la Cruz Roja, de 21/7/2005, titulada «The relevance of IHL in the context of terrorism», disponible en <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/terrorism-ihl-210705?OpenDocument> (4/4/2009).

(26) Disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=63124> (4/4/2009).

(27) En tanto no se indique otra cosa, la traducción italiana de los extractos de los documentos de la Administración de EEUU citados en esta sede se ha tomado de BONINI, cit. (nota 3). Para la traducción al castellano, he consultado la versión oficial de dicha ordenanza (N. de la T.).

conocerá en la forma y tiempo que el Presidente considere oportuno su destino procesal, confiado en todo caso a «Comisiones Militares», tribunales especiales en los que todos los cargos previstos en el procedimiento (juez, fiscal, abogado defensor) serán desempeñados por personal militar, cuyo nombramiento se efectuará a través de ordenanzas y reglamentos del Secretario de Defensa de los EEUU. Las ordenanzas y los reglamentos de nombramiento de las Comisiones Militares deberán asegurar, por lo demás, que el proceso ante tales sedes sea «justo y completo», y que éstas «juzguen con base en los hechos y las leyes» (Sección 4, apartado 2); al mismo tiempo se hace constar que, dada la Orden Ejecutiva sobre protección de información clasificada, protegida por la prohibición de divulgación no autorizada, o protegida de cualquier otra manera por la ley, «el tratamiento, la admisión de la prueba y el acceso a materiales e informaciones de tal especie se regulan igualmente con el poder de disponer que el proceso se realice a puerta cerrada» (Sección 4, apartado 4).

*Como ya se ha mencionado, el primer caso sometido a la consideración de la Corte Suprema en el que se pedía la verificación de la legitimidad de las comisiones militares instituidas en sustitución de los habituales tribunales marciales es Ex Parte Quirin, de 1942. Una diferencia que no puede ser descuidada desde el punto de vista constitucional entre éstas y las Military Commissions creadas por la Ordenanza presidencial de 2001, sin embargo, consiste en el hecho de que las primeras fueron establecidas con base en una ley adecuada del Congreso, es decir, con una implicación explícita de la representación popular; mientras que ésta permanece completamente ausente en el procedimiento de designación de las segundas, que es confiado por completo a la discrecionalidad del Ejecutivo (28).*

La ordenanza declara, asimismo, la «no aplicabilidad a las Comisiones Militares de los principios legales y las reglas de valoración de la prueba generalmente vigentes en los procesos penales celebrados en los tribunales de distrito de los Estados Unidos» [Sección 1, letra f)], así como la «jurisdicción exclusiva» de las Comisiones Militares «en relación a los delitos cometidos por los individuos a los que les sea de aplicación la presente ordenanza», los cuales «no tendrán derecho a recurrir, o a que otros recurran en su propio interés, a los instrumentos de impugnación necesarios para conseguir, directa o indirectamente, un procedimiento de re-examen ante Tribunales de los Estados Unidos o de un Estado o País extranjero, o ante un tribunal internacional» [Sección 7, letra b)]. Finalmente, en su disciplina, los tribunales también se sustraen al derecho procesal penal de los tribunales militares previstos para el tiempo de guerra.

---

(28) Cfr. RATNER, M./RAY, E., *Prigionieri di Guantanamo*, cit. (nota 1), págs. 95-96.

Posteriormente, en respuesta a las preguntas de la «Comisión Interamericana para los Derechos Humanos» (29), las autoridades estadounidenses han precisado:

1. Que al no ser de aplicación a los prisioneros de Guantánamo la III Convención de Ginebra de 1949, los EEUU no están obligados a instituir ningún tribunal encargado de verificar el estatus jurídico, tal y como prevé el artículo 5 de la citada Convención (30);

2. Que sólo en el momento en que fueran acusados formalmente de crímenes, se les reconocería a los detenidos los derechos de asistencia legal y las demás garantías procesales previstas en tales casos, mientras que con base en el Derecho internacional humanitario, éstos no tienen derecho a un abogado o al acceso a un tribunal;

3. Que, en relación con la condición de detención prolongada en la que los detenidos en Guantánamo se encuentran desde el inicio del 2002 y su legitimidad, al tratarse de combatientes enemigos ilegales, capturados en el curso de un conflicto armado inacabado, no les corresponde el estatus de prisioneros de guerra e, incluso aunque así fuera, el Gobierno de los EEUU no se considera en modo alguno obligado a liberarlos o repatriarlos, al menos hasta que cesen las hostilidades.

### III. LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA EN RELACIÓN A LAS SOLICITUDES DE *HABEAS CORPUS* PRESENTADAS POR LOS DETENIDOS EN GUANTÁNAMO Y POR OTROS «COMBATIENTES ENEMIGOS»

Entre noviembre de 2003 y febrero de 2004, la Corte Suprema de Estados Unidos admitió los recursos de algunos detenidos de Guantánamo contra decisiones anteriores de Tribunales estadounidenses, que se habían declarado no competentes para decidir sobre la legitimidad del estado de cautiverio en la base militar cubana en la que se encontraban los recurrentes, así como sobre la posibilidad de invocar la tutela de su derecho de *Habeas Corpus* frente a organismos jurisdiccionales estadounidenses (31).

(29) Declaración disponible en <http://www.asil.org/ilib0508.cfm#r2> (4/4/2009).

(30) Antonio Cassese sostiene una postura diametralmente opuesta, según la cual los detenidos de Guantánamo deberían ser tratados como prisioneros de guerra hasta que un «tribunal competente» no determine el estatus de combatientes legítimos o ilegítimos, cfr. CASSESE, Antonio, *Il disprezzo del diritto internazionale*, La Repubblica, 24/1/2002.

(31) Es útil recordar en esta sede los orígenes y la naturaleza del instituto de *Habeas Corpus*: nacido en el Derecho inglés, originalmente pretendía prevenir los abusos por parte de las autori-

Así pues, el 28 de junio de 2004 se dictaron las sentencias relativas a tres casos presentados ante los máximos jueces de EEUU, a las que se añade la decisión que atañe a un ciudadano estadounidense clasificado como «combatiente enemigo», detenido desde el primer momento en territorio de los Estados Unidos. Los casos en cuestión son:

a) *Shafiq Rasul et Al. v. George W. Bush, President of the United States, et al.*, No. 03-334(32) - Cit.: *Rasul v. Bush*, 542 U.S.- ; 124 S. Ct. 2686 (2004);

b) *Fawzi Khalid Abdullah Fahad Al Odah et al. v. United States et al.*, No. 03.343(33) - Cit. *Al Odah v. United States*, 542 U.S. (2004) (decidido conjuntamente en la sentencia precedente);

c) *Hamdi et Al. V. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, No. 03-6696(34) - Cit.: *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. -; 124 S. Ct. 2633 (2004);

d) *Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et al.*, No. 03-1207(35) – Cit.: *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S.- 124 S. Ct. 2711 (2004).

a) *Rasul v. Bush & Al Odah v. United States*

A comienzos de 2002, los recurrentes Rasul, Al Odah y otros (un total de 16 individuos, de los cuales 12 tenían la ciudadanía kuwaití, 2 la australiana y 2 la británica) fueron capturados por las fuerzas armadas de EEUU entre Afganistán y Pakistán en el ámbito del conflicto entre Estados Unidos y los exponentes del régimen talibán. Las fuerzas armadas de EEUU transfirieron a los recurrentes a la base militar de Guantánamo, Cuba, donde estuvieron detenidos durante más

---

dades de gobierno, buscando sobre todo tutelar los supuestos de detención injusta. La finalidad fundamental era la de obligar a los carceleros a asegurar al detenido una audiencia ante un juez, de forma que éste pudiese valorar la corrección de la detención, que si se consideraba excesiva o ilegítima habría podido llevar al magistrado a dictar una providencia de excarcelación. En el Derecho estadounidense, el procedimiento por el que se invoca el *Habeas Corpus* coincide, sustancialmente, con la audiencia preliminar, con la cual se verifica el fundamento de la eventual disposición de prisión preventiva. Actualmente, por tanto, el instituto se trae a colación cada vez que se solicita una orden de excarcelación. La finalidad no es, pues, comprobar la inocencia o culpabilidad del detenido, sino más bien verificar si la decisión de limitar la libertad personal es conforme con las normas del *Due Process of Law*.

(32) Disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=03-334> (4/4/2009).

(33) Incluida en la misma Sentencia Rasul.

(34) Disponible en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf> (4/4/2009).

(35) Disponible en [http://www.jenner.com/files/tbl\\_s69NewsDocumentOrder/FileUpload500/377/03-1027\\_decision\\_padilla.pdf](http://www.jenner.com/files/tbl_s69NewsDocumentOrder/FileUpload500/377/03-1027_decision_padilla.pdf) (4/4/2009).

de dos años. Los prisioneros presentaron una petición de un *writ of certiorari* para hacer uso de su derecho de *Habeas Corpus*, de conformidad con la *General Federal Habeas Corpus Statute*, 28 U.S.C. §§ 2241-2243. En particular, el § 2241 autoriza a los Tribunales de distrito a recibir «en el ámbito de la jurisdicción de la propia competencia», instancias de *Habeas Corpus* de parte de personas que afirmen encontrarse «detenidas con base en una vulneración de las [...] leyes de los Estados Unidos».

El Gobierno de los EEUU, apoyándose en la sentencia de la Corte Suprema *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763(36) (1950), ha sostenido que los tribunales estadounidenses no disponen de competencia jurisdiccional en relación con los extranjeros («*aliens*») capturados en el extranjero y detenidos en Guantánamo. En *Eisentrager*, la Corte Suprema había establecido que los tribunales federales de EEUU no podían recibir la solicitud de aplicación del derecho de *Habeas Corpus* presentada por 21 ciudadanos alemanes capturados durante la II Guerra Mundial en China, juzgados por una Comisión Militar instalada en Nanchino y, por tanto, encarcelados en la prisión militar estadounidense de Landsberg am Lech, en Alemania. En concreto, los jueces supremos decretaron que «nada en las leyes («*statutes*») de los EEUU reconoce a los extranjeros capturados en el exterior la potestad de solicitar la verificación del derecho de *Habeas Corpus*». Asimismo, la Corte sostuvo que la Constitución de los EEUU no reconoce a un prisionero la potestad de solicitar la comprobación del propio derecho de *Habeas Corpus* en caso de que: «1) se trate de un extranjero enemigo (“*enemy alien*”); 2) no haya entrado o residido nunca en los Estados Unidos; 3) haya sido capturado fuera del territorio estadounidense y, por tanto, permanecido bajo custodia militar como prisionero de guerra; 4) haya sido procesado y condenado por una Comisión Militar fuera del territorio de los Estados Unidos; 5) se debiera a violaciones de las leyes de guerra cometidas fuera del territorio de los Estados Unidos, y 6) haya estado recluido todo el tiempo fuera del territorio de los Estados Unidos».

*Nótese cómo, prescindiendo de ulteriores comprobaciones que se efectuarían, caso por caso, en relación a todos los sujetos actualmente detenidos en Guantánamo, al menos dos de los seis elementos fácticos contenidos en Eisentrager ciertamente no encuentran aplicación en la controversia en cuestión: a los recurrentes, así como, por lo demás, a todos los demás reclusos de la base cubana, según las declaraciones de las propias autoridades estadounidenses, no les sería reconocido el estatus de prisioneros de guerra; asimismo, y es un*

---

(36) Disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=339&invol=763> (4/4/2009).

*aspecto aún más relevante, ninguno de los prisioneros de Guantánamo ha sido, por el momento, sometido a juicio alguno, ni mucho menos condenado, por parte de ningún tipo de tribunal militar o civil, en el interior o en el exterior del territorio de los EEUU.*

Por lo demás, en el curso de las precedentes instancias de enjuiciamiento se había invocado un segundo precedente de la Corte Suprema, *Ahrens v. Clark*, 335 U.S. 188 (37) (1948), para negar la competencia de los Tribunales estadounidenses para enjuiciar la condición de los detenidos en Guantánamo; en éste, se establecía que la *District Court* del Distrito de Columbia no poseía jurisdicción para valorar las solicitudes de *Habeas Corpus* presentadas por extranjeros detenidos en Ellis Island (Nueva York), por cuanto la frase contenida en la ley federal de *Habeas Corpus*, «en el interior de la jurisdicción de la propia competencia», exigía la presencia física de los recurrentes en el interior del territorio sobre el que se proyectaba la jurisdicción del Tribunal.

Tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal de Apelación habían rechazado la solicitud de comprobación del propio derecho de *Habeas Corpus* presentada por Rasul, Al Odah y otros, afirmando que los casos en cuestión entraban en el supuesto resuelto por *Eisentrager*. En consecuencia, los interesados presentaron recurso a tal respecto ante la Corte Suprema, la cual, en una decisión en la que ha sido ponente el Juez Stevens, acoge su petición anulando las sentencias de los Tribunales inferiores.

*Varios observadores han subrayado que en los casos en cuestión, la Corte habría tenido la posibilidad de verificar la corrección del paralelismo con Eisentrager, producido en el ámbito de un tradicional conflicto militar, con el contexto que condujo a la encarcelación de los dos recurrentes, es decir, la lucha contra el terrorismo internacional. En efecto, desde diversos ámbitos se ha puesto de manifiesto cómo, con toda probabilidad, la particular condición de la base militar de Guantánamo hacía difícil que fuera factible la similitud con Eisentrager, en el que la afirmación de la incompetencia de los Tribunales de los EEUU para juzgar el asunto se fundamentaba, en primer lugar, en que el lugar de detención de los recurrentes se situaba fuera de la jurisdicción estadounidense; por el contrario, en Rasul y Al Odah, los recurrentes han sostenido que el lugar de su detención presenta, en los hechos, una condición sustancialmente idéntica a la detención en el interior del territorio de los Estados Unidos, desde el momento en que éstos disponen, a todos los efectos, de una «jurisdicción*

---

(37) Disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=335&invol=188> (4/4/2009).

completa» sobre la base de Guantánamo por efecto de los acuerdos de 1903, renovados por el tratado de 1934.

El Gobierno de los Estados Unidos ha reafirmado en el juicio las argumentaciones de *Eisentrager*, según las cuales «los Tribunales estadounidenses no disponen de la potestad de jurisdicción con relación a la solicitud de *Habeas Corpus* presentada por extranjeros situados en el exterior y detenidos fuera del territorio soberano de los Estados Unidos». Los recurrentes han afirmado que cada uno de los seis elementos fácticos contenidos en *Eisentrager*, a su juicio ausentes, al menos en parte, en los casos objeto de examen, se habían demostrado esenciales para la decisión de la Corte, y que el estatus de la base de Guantánamo producía una situación inicial netamente diferente de la prevista en *Eisentrager*, impidiendo su aplicación a *Rasul* y *Al Odah*.

Al dirimir la controversia, en realidad, la Corte se ha inspirado en otro precedente propio, capaz de superar *Eisentrager*. De hecho, en *Braden v. 30th Judicial District Court of Kentucky*, 410 U.S. 484 (38) (1973), se había establecido que la presencia de un prisionero en el interior del territorio sobre el que ejercía jurisdicción el Tribunal competente no representa un requisito totalmente necesario para reconocer al interesado el propio derecho de *Habeas Corpus*; para que esto tenga lugar, afirma la Corte en *Braden*, es suficiente con que el sujeto que custodia al detenido recurrente esté sujeto a las garantías procesales en materia de *Habeas Corpus* (cfr. 28 U.S.C. § 2241), y que, por tanto, un Tribunal estadounidense esté legitimado para juzgar su conducta en el caso específico. Así pues, según esta interpretación, los recurrentes en *Rasul* y *Al Odah* tienen pleno derecho de solicitar a la jurisdicción de los EEUU que verifique la conformidad de su detención con las leyes de los Estados Unidos, habiéndose aclarado el dato de que quienes custodian a los detenidos en cuestión —es decir, las autoridades militares de la base de Guantánamo— se encuentran, a todos los efectos, sujetos a las leyes federales estadounidenses citadas, y que su conducta con relación a la detención de los recurrentes puede, sin duda alguna, ser sometida a examen por parte de un órgano jurisdiccional de los EEUU.

Durante el debate, las autoridades gubernativas estadounidenses habían admitido que la disciplina federal en materia de *Habeas Corpus* justificaría, en el caso en cuestión, la competencia jurisdiccional de los Tribunales federales respecto de las solicitudes presentadas por los ciudadanos de los EEUU detenidos en Guantánamo. La Corte Suprema, sin embargo, ha afirmado que el § 2241 no realiza ninguna distinción entre ciudadanos estadounidenses y extranjeros

---

(38) Disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=484> (4/4/2009).

detenidos por autoridades federales, haciendo por tanto más bien improbable que, con la citada disposición, el Congreso hubiese pretendido hacer depender las garantías previstas por la ley federal en materia de *Habeas Corpus* de la ciudadanía de pertenencia del detenido.

Asimismo, en el curso de la discusión el Gobierno estadounidense había puesto en duda la posibilidad de una aplicación extraterritorial de las leyes federales, excluyendo así la eventual disponibilidad del derecho de *Habeas Corpus* para los prisioneros de Guantánamo. A este respecto, la Corte ha afirmado que, con independencia de las presunciones genéricas de no aplicabilidad del derecho estadounidense en ámbitos extraterritoriales, no es posible excluir la aplicación de la legislación en materia de *Habeas Corpus* respecto de sujetos detenidos «dentro de la completa jurisdicción y del control pleno de los Estados Unidos».

*Hay que resaltar que, en esta ocasión, la Corte emplea exactamente la terminología usada en los acuerdos de 1903 entre EEUU y Cuba. En apoyo de la opinión de la Corte —y útil para evidenciar lo paradójico de la posición de la Administración Bush en este punto—, merece la pena relatar un doble episodio sucedido en 1992, durante la detención en Guantánamo de unos 300 prófugos haitianos, citado con anterioridad. En primer lugar, un marino de las fuerzas armadas estadounidenses de servicio en la base, fue procesado ante un tribunal marcial acusado de violar a una ciudadana haitiana que estaba recluida allí; posteriormente, las investigaciones sobre una segunda acusación de violación a otra ciudadana haitiana por parte de un connacional prisionero en la base, fueron dirigidas por la Fiscalía de los Estados Unidos de Norfolk, en Virginia (39). El suceso demuestra no sólo que, ante el mismo delito, las autoridades judiciales estadounidenses respectivamente competentes hayan intervenido para dirimir la controversia prescindiendo tanto de la presunta «extraterritorialidad» de la base, como de la diferente ciudadanía de los implicados; sino que también prueba que, cuando un miembro de las fuerzas armadas de EEUU es culpable de cualquier delito (no cometido necesariamente en el ejercicio de sus funciones) en la base de Guantánamo, ese delito se convierte en materia procesal en los EEUU según las leyes vigentes —como es lógico que así sea— (40).*

Así pues, desde el momento en que los Estados Unidos ejercen «una completa jurisdicción y un control pleno» sobre la base militar de Guantánamo,

---

(39) El doble episodio se recoge en Haitian Centers Council, Inc. v. McNary, 969 F.2d 1326 (1342), 1992, disponible en [http://www1.umn.edu/humanrts/refugee/CubanABA\\_v\\_Christopher.html](http://www1.umn.edu/humanrts/refugee/CubanABA_v_Christopher.html) (4/4/2009).

(40) RATNER, M./RAY, E., *Prigionieri di Guantanamo*, cit. (nota 1), pág. 102.



ésta se encuentra dentro de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos, con independencia del hecho de que éstos ejerzan o no una soberanía plena sobre la misma.

Finalmente, las autoridades estadounidenses habían sostenido que admitir el ejercicio de la jurisdicción con relación a las peticiones de *Habeas Corpus* presentadas por los prisioneros de Guantánamo, habría interferido de modo directo en la dirección de la campaña militar contra Al-Qaeda y sus partidarios por parte del Ejecutivo federal, actividad que según lo previsto por la Constitución recaería en la competencia exclusiva del Gobierno de los Estados Unidos; igualmente, incluso la detención de combatientes capturados pertenecería a la exclusiva competencia del Presidente federal, en tanto que Comandante en Jefe de las fuerzas armadas de EEUU. El hecho de que en su decisión la Corte no haya realizado ninguna observación al respecto, permite suponer que los Jueces Supremos no han considerado convincentes estas argumentaciones.

*Decidiendo como lo ha hecho, la Corte Suprema de los Estados Unidos parece haber ofrecido indirectamente una respuesta a los colegas del Tribunal de Apelación inglés, que el 6 de noviembre de 2002, en el marco del procedimiento «The Queen on the application of Abbasi and another v. Secretary of State and Commonwealth Affairs et al., Case No. C/2002/0617.<sup>a</sup>; O617B» (41), relativo al ciudadano británico Feroz Ali Abbasi, detenido en Guantánamo, había observado cómo «en evidente violación de los principios fundamentales reconocidos por ambas jurisdicciones [la inglesa y la estadounidense] y por el Derecho internacional, en el momento el Sr. Abbasi está arbitrariamente detenido en un «agujero negro de la legalidad» («a legal black hole»), rechazando que «Mr. Abbasi deba ser sometido a una detención por tiempo indeterminado en un territorio sobre el que los Estados Unidos poseen control exclusivo, sin ninguna oportunidad de que pueda exigirse la verificación de la legitimidad de su detención ante ninguna Corte o Tribunal».*

#### b) *Hamdi v. Rumsfeld*

Yaser Edam Hamdi, de nacionalidad saudí pero poseedor de la ciudadanía americana por haber nacido en los Estados Unidos, fue capturado en Afganistán a finales de 2001 durante unas operaciones militares en las que participaban las tropas estadounidenses. También aquél, una vez reconocido como «combatiente

---

(41) Disponible en [http://www.courtservice.gov.uk/judgmentsfiles/j1354/abassi\\_judgment.htm](http://www.courtservice.gov.uk/judgmentsfiles/j1354/abassi_judgment.htm) (4/4/2009).

enemigo», fue trasladado a la base de Guantánamo en enero de 2002, y confinado allí hasta abril del mismo año, cuando las autoridades militares se enteraron de que poseía la ciudadanía americana; por tal razón, inicialmente se decretó en ese momento su traslado a la base naval de Norfolk, Virginia, y posteriormente a la estructura militar de Charleston, en Carolina del Sur, donde se encuentra actualmente internado. En virtud de su estatus de «combatiente enemigo», el Gobierno de EEUU considera que está en su derecho de poder recluirlo por tiempo indefinido sin la obligación de presentar ningún tipo de acusación en su contra.

Así pues, el padre de Hamdi presentó la solicitud de *Habeas Corpus* en nombre de su hijo, al objeto de obtener una comprobación jurisdiccional de la legalidad de su detención.

El recurso ha sometido dos cuestiones diversas a la Corte Suprema:

1. ¿Puede Estados Unidos mantener detenido a un ciudadano suyo considerándolo «combatiente enemigo» sin acusarlo de ningún crimen y, en caso afirmativo, durante cuánto tiempo?, y
2. En el caso de que un detenido niegue su estatus de combatiente enemigo, ¿puede utilizar el derecho de *Habeas Corpus*, y de qué forma?

En relación a la primera cuestión, el Tribunal de Apelaciones del IV Circuito había decretado que los combatientes enemigos podían ser detenidos legalmente sin necesidad de elevar oficialmente acusaciones en su contra. Respecto del segundo punto, el Gobierno había proporcionado durante el juicio en primera instancia una documentación propia: dicho material, elaborado sobre la base de las declaraciones de un tal Michael Mobbs, autoproclamado «consejero especial del Subsecretario de Defensa para las cuestiones procesales», quien reivindicaba que las circunstancias que habían conducido al arresto y la detención de Hamdi le eran familiares, había sido utilizado por las autoridades militares estadounidenses como único elemento de prueba para otorgarle la calificación de combatiente enemigo. El Tribunal de Distrito había juzgado que la documentación exhibida por el Ejecutivo era insuficiente, invitándolo a presentar otros actos que justificaron la reclusión de Hamdi. Así pues, el Gobierno había recurrido al Tribunal de Apelación, que por el contrario consideró la documentación presentada «más que suficiente» para tal fin, criticando al mismo tiempo al Tribunal de Distrito, acusándolo de que su decisión excedía la finalidad del procedimiento en curso.

Como se ha indicado, llegados a este punto el padre de Hamdi recurrió a la Corte Suprema, que anuló lo dispuesto por el Tribunal de Apelación, reenviando el caso al tribunal inferior para un ulterior examen del procedimiento. Los más altos jueces admitieron en primer lugar la legitimidad de la potestad del

Gobierno para mantener detenidos a ciudadanos estadounidenses reconocidos como combatientes enemigos, cuando hubieran sido capturados en el campo de batalla mientras participaban en acciones hostiles contra los aparatos militares de EEUU. Sin embargo, al mismo tiempo, estigmatizaron el punto de vista establecido por el Tribunal de Apelación en el caso, que habría asegurado garantías muy exiguas al ciudadano Hamdi con relación a la verificación de la legalidad de su detención.

En su deliberación, los jueces supremos se inspiraron en la sentencia *Youngstown Sheet & Tube Co. V. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952) (42), en la que el Juez Jackson, en su voto concurrente, había establecido que las materias que otorgan al Ejecutivo la potestad de actuar pueden dividirse en tres categorías, en función de que: 1) el Congreso haya autorizado el acto del Presidente explícita o implícitamente, 2) haya guardado silencio sobre la cuestión, o 3) haya aprobado, de forma explícita o implícita, actos incompatibles con la iniciativa del Ejecutivo. Mientras que los actos encuadrables en la primera tipología no presentan problemas en relación con el caso en cuestión, ya que el Congreso y el Gobierno actúan de forma conjunta, las decisiones pertenecientes a las otras dos categorías exigen una comprobación de la verdadera naturaleza de los poderes presidenciales; dentro de éstos, los actos de la tercera categoría suscitan la problemática más compleja, toda vez que un Presidente que pretenda ejercer la propia autoridad incluso ante la explícita oposición del Congreso terminará siempre por entrar, en alguna medida, en conflicto con el sistema constitucional estadounidense de pesos y contrapesos.

En *Hamdi*, el Gobierno ha reivindicado la plena autoridad con relación a la detención de ciudadanos estadounidenses, hasta el punto de, eventualmente, poder oponerse incluso al Congreso. En el caso concreto, por lo demás, según el Ejecutivo la Corte no tendría ninguna necesidad de comprobar la legitimidad de la reclusión con posterioridad, toda vez que el propio Congreso habría legitimado *de facto* tal procedimiento a través de la Autorización para el uso de las Fuerzas Armadas (*Authorization on the Use of the Military Force – AUMF*) (43), aprobada poco después del 11 de septiembre de 2001, por la que se permitía al Presidente utilizar toda «la fuerza apropiada y necesaria» para prevenir que los organizadores de los ataques de 2001 pudieran repetir actos similares en el futuro. El recurrente, padre del detenido Hamdi, ha sostenido, sin embargo, que este tipo de detención habría sido excluido con la aprobación del *Non-Detention*

---

(42) Disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=343&invol=579> (4/4/2009).

(43) Disponible en <http://news.findlaw.com/wp/docs/terrorism/sjres23.es.html> (4/4/2009).

*Act*, 18 USC § 4001 (a) unos 50 años antes, en el que se establecía que «ningún ciudadano puede ser encarcelado o detenido si no es en ejecución de una ley del Congreso».

Respecto de las tres categorías de actos presidenciales expuestos en *Youngstown*, el Gobierno ha sostenido que las disposiciones en cuestión recaerían en la primera categoría de medidas, por lo que los poderes presidenciales gozarían del máximo grado al ejercerse de acuerdo con el Congreso. Sin embargo, incluso si la Corte considerase que dichas disposiciones pertenecieran a la segunda o la tercera categoría —que el Congreso no se hubiera pronunciado sobre la cuestión o se hubiera opuesto a la iniciativa—, el Presidente dispondría, en todo caso, del poder de mantener detenidos a ciudadanos estadounidenses.

En conclusión, sobre este punto, la mayoría de los Jueces Supremos encontró en la AUMF argumentos suficientes para satisfacer los requisitos previstos en el § 4001 (a), toda vez que la detención de enemigos capturados en batalla resultaría suficientemente relacionada con el ejercicio de la intervención militar, contemplada por la autorización para el ejercicio de la «fuerza apropiada y necesaria». En un voto parcialmente concurrente, los Jueces Supremos han considerado, por el contrario, que para que el § 4001 (a) fuera aplicable, se necesitaría una autorización más profunda que la decretada por el AUMF, citando entre otros al Juez Jackson, que en *Youngstown* había observado que «el Presidente no es el Comandante en Jefe del País, sino tan sólo de las Fuerzas Armadas», y cerraron su argumentación sosteniendo que, en términos generales, se podría establecer que el Ejecutivo está autorizado para actuar contra un peligro inminente, excluyendo, sin embargo, que éste fuera el caso en el asunto objeto de examen, desde el momento en que Hamdi llevaba detenido más de dos años. Diversa opinión mantiene el Juez Thomas, que disiente en este punto, ya que, a su juicio, la legalidad de la detención de Hamdi encontraría fundamento suficiente en los poderes de Comandante en Jefe atribuidos al Presidente por la AUMF.

Concluyendo este primer punto, en todo caso, en el interior de la Corte se formó una mayoría de cinco jueces contra cuatro favorables al mantenimiento de la detención de Hamdi, mientras que los jueces Souter y Ginsburg presentaron un voto concurrente favorable al reconocimiento a Hamdi del derecho a rechazar que se le atribuyera el estatus de combatiente enemigo, considerando que la AUMF no confiere al Presidente la autoridad necesaria para superar el § 4001 (a), deduciendo de ello la inconstitucionalidad de la detención de Hamdi al no poseer la autorización del Congreso. Según el Juez Thomas, sin embargo, disidente con relación a este concreto argumento, las medidas adoptadas hasta

el momento habrían asegurado «todas las valoraciones a las que Hamdi tenía derecho, dadas las circunstancias».

La oposición más dura a la opinión de la mayoría corresponde al Juez Scalia, quien, pese a estar de acuerdo con los Jueces Souter y Ginsburg en que la AUMF constituye una autorización suficiente para una detención sin un procedimiento previo de *Habeas Corpus*, ha afirmado después que ninguna combinación de poderes del Congreso y del Presidente puede considerarse equivalente a una suspensión congresual del *writ* de *Habeas Corpus*, necesaria para justificar la actuación presidencial en el asunto: toda vez que el Congreso no ha suspendido el *writ*, por tanto, las únicas dos opciones posibles serían acusar a Hamdi de algún crimen, o dejarlo en libertad.

Sin embargo, la mayoría de los Jueces, al considerar la AUMF como un acto suficiente en orden a satisfacer las condiciones previstas por el § 4001 (a), ha establecido en todo caso que la única justificación para una detención como la que se le ha aplicado a Hamdi encaja en el intento de impedir que un combatiente enemigo regrese al campo de batalla, y ello tan sólo mientras duren las hostilidades.

*Parece necesario subrayar cómo, acogiendo esta parte de la argumentación de la Corte, la detención de Hamdi resultaría con toda probabilidad injustificada, desde el momento en que en Afganistán parecen haberse cerrado las hostilidades en sentido propio; de hecho, Amnistía Internacional habla de «un conflicto internacional en Afganistán entre octubre de 2001 y junio de 2002» (44), fecha en la que el gobierno talibán fue destituido y sustituido por un Ejecutivo provisional con el placet de las autoridades estadounidenses; el Comité Internacional de la Cruz Roja, valorando las informaciones de que dispone a la luz de la Convención de Ginebra, ha declarado que el conflicto afgano se cerró en febrero de 2002 (45), y la propia Administración Bush escribe en un documento oficial que ha «desmantelado el represivo régimen talibán y privado a Al-Qaeda de un refugio seguro en Afganistán» (46). Las acciones de resistencia perpetradas por exponentes Talibán en algunas zonas del País resultan difícilmente comparables con el escenario de abierta hostilidad registrado en el momento de entrada de las tropas anglo-americanas en Afganistán, en cuyo ámbito se produjo la detención de Hamdi; por otro lado, la hipótesis de conti-*

---

(44) Cfr. Amnesty International, USA: Restoring the rule of law, pág. 4, disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/093/2004/en/c080f2bf-d5c6-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/amr510932004en.pdf> (4/4/2009).

(45) Cit. en ROSE, D., *Guantanamo Bay*, cit. (nota 12), pág. 38.

(46) Cfr. The White House, Progress Report on the Global War on Terrorism, Septiembre 2003, *passim*.

nidad entre las hostilidades militares en sentido real y propio, y las respuestas a esporádicas acciones de resistencia presentarían dudas no insignificantes sobre la validez de los criterios utilizados para obtener una comprobación objetiva del cese del estado de guerra en sentido estricto, lo que, en lo que interesa en esta sede, resulta ser según los Jueces Supremos el elemento decisivo para individualizar el límite temporal de la legitimidad de la detención de Hamdi. Por lo demás, mutatis mutandis, no parece que la declaración de cese del conflicto iraquí, efectuada por el Presidente Bush el 1 de mayo de 2003 (47), haya sido retirada tras los miles de acciones realizadas por la resistencia local, a partir de ese momento, tanto contra las tropas aliadas como contra la población civil. Igualmente improbable resulta la argumentación según la cual la intervención militar estadounidense se encontraría aún plenamente activa en otro lugar, toda vez que implicaría una efectiva indeterminación del concepto de hostilidades militares tanto sobre el plano espacial como temporal, lo que debilitaría de forma evidente, incluso frente a los ciudadanos estadounidenses, las garantías que la Corte Suprema demuestra querer tutelar en todo caso. Aún más dudosa, desde este punto de vista, resulta por último la legalidad de la detención sine die de los «combatientes enemigos» estadounidenses capturados en contextos diversos del afgano.

No es casual que el Gobierno de EEUU se haya apresurado a precisar, a este respecto, que por la naturaleza misma del conflicto en curso resulta extremadamente difícil establecer con precisión el inicio y el fin de las hostilidades en una «guerra al terror». En todo caso, la Corte ha reafirmado que, mientras que en Afganistán sigan abiertas las hostilidades militares, el estado de detención en que se encuentran los sujetos que están en la misma situación de Hamdi, pertenece al ámbito del «necesario y apropiado uso de la fuerza» por parte de las autoridades de EEUU y, por tanto, está legitimado por la AUMF.

Respecto de la segunda cuestión, es decir, si subsisten instrumentos legales a los que Hamdi pueda recurrir para exigir que se verifique la legalidad del estatus de combatiente enemigo que le han atribuido las autoridades de EEUU, la Corte ha reconocido el interés del Gobierno en que se mantenga un funcionamiento eficaz de las estructuras militares, cuya funcionalidad podría ponerse en peligro si estas últimas hubieran de seguir los procedimientos tradicionales en materia de investigaciones y audiencias, en orden a acreditar el estatus de com-

---

(47) El Presidente Bush inició aquella ocasión anunciando: «Major combat operations in Iraq have ended. In the battle of Iraq, the United States and our allies have prevailed. And now our coalition is engaged in securing and reconstructing that country.» El discurso completo está disponible en [http://www.salon.com/news/primary\\_sources/2007/05/01/mission\\_accomplished/14/4/2009](http://www.salon.com/news/primary_sources/2007/05/01/mission_accomplished/14/4/2009)).

batiente enemigo de cada prisionero capturado en el marco de acciones bélicas. Por otro lado, los Jueces Supremos no han encontrado en la documentación presentada por las autoridades militares al objeto de probar la legitimidad de la atribución a Hamdi del estatus de combatiente enemigo, pruebas suficientes a este respecto, toda vez que un procedimiento de este tipo presenta un riesgo demasiado alto de privar a un individuo de su libertad de forma ilegítima, añadiendo que «toda vista en la que las afirmaciones fácticas del Ejecutivo son simplemente consideradas correctas, sin que el supuesto combatiente enemigo tenga ninguna posibilidad de presentar pruebas en contrario, presenta perfiles de inconstitucionalidad».

Eventuales estándares de prueba fijados por el Ejecutivo para apoyar sus afirmaciones en casos como el que se examina, pueden ser admitidos siempre que se haya establecido la posibilidad de su confutación en sede judicial; mientras que, como en el caso de Hamdi, al acusado no se le permite el acceso a un proceso judicial, ni tan siquiera dispone de la oportunidad de refutar lo que, hasta ese momento, son simples afirmaciones por parte de la autoridad estadounidense. La Corte ha considerado que los interrogatorios a los que fue sometido Hamdi en el curso de su detención no son sedes aptas para tal fin, mientras que ha considerado idóneos los tribunales militares eventualmente autorizados y organizados en modo adecuado.

En el curso de la vista, el Gobierno ha igualmente justificado su derecho a detener a los combatientes enemigos de forma indefinida, tanto para someterlos a interrogatorio como para impedir que regresen al campo de batalla. A este respecto, el Juez O'Connor ha establecido de forma expresa que «una detención por tiempo indefinido, destinada a interrogar a los prisioneros, no está autorizada», en tanto que la medida es legítima sólo en el caso de que tenga como fin impedir que el recluso vuelva a combatir.

Por último, como ya había sucedido en *Rasul* y *Al Odah*, la autoridades estadounidenses reivindicaron una concepción tan amplia de los poderes presidenciales en su calidad de Comandante en Jefe, que en ningún caso haría necesaria una autorización del Congreso para aprobar disposiciones de detención. A este respecto, sin entrar en el fondo de la cuestión, habiendo considerado la AUMF una disposición suficiente como para derogar el *Non-Detention Act*, la Corte ha rechazado, en vía de principio, la posición sostenida por el Gobierno, precisando que «un estado de guerra no representa un cheque en blanco («*a blank check*») a favor del Presidente cuando están en juego los derechos de los ciudadanos de Estados Unidos».

c) *Rumsfeld v. Padilla*

El ciudadano estadounidense, José Padilla, también conocido como Abdullah Al Muhajir, fue arrestado en Chicago el 8 de mayo de 2002, a petición de las autoridades para la seguridad pública del Distrito Meridional de Nueva York, por ser sospechoso de estar relacionado con Al-Qaeda y con los ataques terroristas de 2001. En un segundo momento, la Administración Bush sostuvo que sobre Padilla recaía la presunción de que «estuviese pensando utilizar una “bomba sucia” —esto es, un artefacto nuclear rudimentario— en alguna parte de los Estados Unidos» (48). El Tribunal de Distrito competente nombró de oficio a Donna Newman como abogada defensora de Padilla; éste, el 9 de junio de 2002, un mes después de su detención en Nueva York, fue trasladado a la cárcel de la base militar de Charleston, Carolina del Sur, en ejecución de una disposición aprobada por el Presidente Bush y el Secretario de Defensa Rumsfeld, que lo identificaba como «combatiente enemigo», y oficialmente confiado a la custodia de Melanie Marr, comandante de la base. Dos días después, el 11 de junio de 2002, Newman, ante el oscurantismo con el que se había efectuado el traslado de su cliente, presentó recurso de *Habeas Corpus* ante la Corte de Distrito de Nueva York, a fin de que se verificara la legalidad de la detención de Padilla.

Las cuestiones sobre las que se ha solicitado que la Corte Suprema se pronuncie son:

1. Si el recurso de *Habeas Corpus* se presentó correctamente ante la Corte de Distrito de Nueva York; y
2. Si el Presidente posee autoridad para mantener a Padilla bajo custodia militar por tiempo indefinido, sin presentar ninguna acusación contra él.

En primer lugar, el Tribunal de Distrito confirmó la legalidad de la identificación de Rumsfeld como contraparte en el caso en cuestión, con base en su «implicación personal» en el asunto en calidad de Secretario de Defensa, juzgando que su ausencia física en el Distrito Meridional era irrelevante a los fines del recurso. Por último, el Tribunal de primera instancia consideró legítima la detención de Padilla y de otros combatientes enemigos capturados en territorio estadounidense en tiempo de guerra por decisión del Presidente de los EEUU, en su calidad de Comandante en Jefe, con independencia de que existieran actos del Congreso que aprobaran tales acciones.

---

(48) RATNER, M./RAY, E., *Prigionieri di Guantanamo*, cit. (nota1), págs. 46-47.



El Tribunal de Apelación del II Circuito revocó este veredicto, reputando ilegítimo un estado de reclusión como el establecido por el Presidente, al considerarlo desprovisto del poder de detener en el territorio de EEUU a ciudadanos estadounidenses en tiempo de guerra en ausencia de una decisión del Congreso destinada a tal fin.

La Corte Suprema, a su vez, ha revocado la decisión del Tribunal de Apelación, reenviando el caso a la sede inferior para que realice un examen suplementario, y considerando que el Distrito Meridional no era competente para juzgar la solicitud de *Habeas Corpus* presentada por Padilla, al referirse a un acto legislativo federal. En consecuencia, la Corte no realizó valoración alguna sobre el alcance de los poderes presidenciales en el caso examinado.

El *Chief Justice* Rhenquist, partícipe de la opinión de la mayoría, identificó en primer lugar al Comandante Marr como la contraparte correcta del recurso presentado por Padilla, en tanto que, según la disciplina del *Habeas Corpus*, el antagonista del recurrente es el sujeto responsable de la estructura en la que se haya detenido; desde el momento en que, en su calidad de tal, el Comandante Marr sólo puede ser parte de un procedimiento jurisdiccional en Carolina del Sur, la Corte excluyó la competencia del Distrito Meridional de Nueva York a este respecto.

Sin embargo, según el voto disidente del Juez Stevens, al que se unieron los Jueces Souter, Ginsburg y Breyer, la contraparte correcta del recurso era el Secretario de Defensa Rumsfeld, mientras que Padilla tenía derecho a ser oído en sede judicial con relación a su estatus de combatiente enemigo.

Asimismo, el Juez Stevens consideró oportuno precisar la peculiaridad de la detención en la que se encontraba el recurrente, evidenciando en primer lugar la circunstancia de que el Gobierno no había informado con carácter previo a la abogada de Padilla, Newman, de la intención de trasladar a su cliente a Carolina del Sur. Esta infracción de la «honorable y consolidada praxis de proporcionar información de forma leal a la contraparte» por parte del Ejecutivo, supondría la causa desencadenante de la confusión creada en el caso en cuestión, toda vez que es lícito presumir que si la abogada Newman hubiese sido informada en su debido momento del traslado bajo custodia militar de su cliente, con toda probabilidad habría presentado la solicitud de *Habeas Corpus* dos días antes, cuando la presencia física de Padilla en Nueva York habría implicado la competencia del Distrito Meridional para decidir sobre la cuestión.

Sin embargo, la opinión de la mayoría ha confirmado la interpretación de la ley federal de *Habeas Corpus*, según la cual la contraparte correcta en un recurso sobre esta materia es «la persona que tiene bajo custodia al recurrente»; por tanto, Rumsfeld no puede ser considerado la contraparte adecuada en el

juicio en examen, ya que no ejercía un control físico sobre el prisionero en el momento en que se presentó el recurso.

Así pues, el Juez Stevens ha recurrido a *Braden v. 30th Judicial District Court of Kentucky*, 410 U.S. 484, ya citado en *Rasul v. Bush* ed *Al Odah v. United States*, en la que la Corte Suprema había establecido que «mientras sea posible someter a procedimiento jurisdiccional al sujeto que custodia al detenido recurrente, la Corte puede emanar un ‘writ’ dentro de su propia jurisdicción («within its jurisdiction»), solicitando que el prisionero sea conducido a su presencia para escucharlo en relación con su recurso... incluso si el propio prisionero se encuentra detenido fuera del territorio sobre el que se ejerce la competencia jurisdiccional de la Corte». El Juez Stevens considera, por tanto, que Rumsfeld era la contraparte adecuada en el juicio, teniendo presente tanto su «familiaridad con las circunstancias de la detención de Padilla, como su implicación personal en la gestión del caso». Además, amparándose en el precedente de la Corte Suprema *Ex Parte Endo*, 323 U.S. 283 (1944) (49), que establecía que, en el caso en que una petición de *Habeas Corpus* fuera presentada ante una sede jurisdiccional y el recurrente fuera posteriormente trasladado a otra localidad, la competencia para examinar la solicitud de *Habeas Corpus* se establece en todo caso en atención al primer recurso presentado, el Juez Stevens ha observado que, si la abogada de Padilla hubiese presentado la petición de *Habeas Corpus* ante el Distrito Meridional de Nueva York mientras su cliente se encontraba aún detenido en aquella sede, el caso habría resultado sustancialmente idéntico al de *Endo*. Por su lado, la opinión de la mayoría ha excluido que *Endo* pudiera tener alguna relevancia en el caso examinado, toda vez que el Distrito Meridional no había llegado nunca a adquirir una competencia jurisdiccional efectiva sobre el recurso de Padilla.

*La valoración de los aspectos procesales del caso por parte de la mayoría de la Corte Suprema suscita bastantes perplejidades. Convalidando el traslado imprevisto de Padilla al objeto de hacer inapropiada la presentación de su recurso, los Jueces Supremos se arriesgan a alentar los métodos operativos, cuanto menos dudosos, seguidos por el Ejecutivo en esta ocasión, y a favorecer una praxis de «forum shopping» por parte de la acusación pública difícilmente compatible con las exigencias de certeza del derecho que ellos mismos están llamados a garantizar (50). Como último análisis, en todo caso, parece posible considerar que, en el caso de que la Corte fuera requerida de nuevo para pro-*

---

(49) Disponible en <http://supreme.justia.com/us/323/283/case.html> (4/4/2009).

(50) En el mismo sentido FROSINI, T. E., «Lo stato di diritto si è fermato a Guantánamo», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, IV/2005, págs. 1645-1671 (1666).

nunciarse sobre el asunto tras la nueva decisión del Tribunal de Apelación, al que fue reenviado el caso por las razones citadas, una mayoría de cinco jueces sobre nueve (los cuatro que disienten, más el Juez Scalia, que en Hamdi consideró legítima la verificación de la legalidad de cualquier forma de detención a la que sea sometido un ciudadano estadounidense, mientras que no subsista un acto del Congreso que suspenda el writ de Habeas Corpus), podría decidir otorgar a Padilla el derecho de Habeas Corpus solicitado.

Se ha subrayado, justamente, cómo la Corte Suprema haya conseguido, una vez más, incluso con todos los límites temporales que su papel le impone, poner un freno al trastorno de los valores y principios «que en las situaciones de emergencia pueden sufrir limitaciones temporales, pero que no pueden ser denegados de manera permanente sin una mutación sustancial del ordenamiento» (51). Otros han puesto de relieve cómo en todas las sentencias sobre Guantánamo, la Corte se ha limitado a reafirmar la independencia del poder judicial, pero sin realizar objeciones sobre la crucial cuestión de la legalidad de la detención de los *enemy combatants*, salvo en un único voto concurrente (52). Es cierto, sin embargo, que en algunos puntos —poco importa, en este sentido, si se trata de votos mayoritarios, concurrentes o particulares— los tres pronunciamientos casi parecen recorrer todos los elementos constitutivos del ordenamiento constitucional estadounidense: división de poderes y autonomía de la magistratura frente al poder ejecutivo; inviolabilidad del *Due Process of Law* y del derecho de *Habeas Corpus* (53); inaceptabilidad de un Gobierno desvinculado de toda forma de límite y control, incluso en presencia de situaciones de emergencia; ilegitimidad de una detención por tiempo indefinido, incluso cuando está dirigi-

---

(51) LANCHESTER, F., *La Corte Suprema e l'emergenza*, disponible en [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali/lanchester\\_20040906.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali/lanchester_20040906.html) (4/4/2009).

(52) SANTOLI, Stefano, *USA: Eppure (r)esistono. Habeas corpus, due process of law, checks and balances. In margine alle sentenze della Corte Suprema del 28/6/2004*, en [www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=com\\_content&task=view&id=193&Itemid=124](http://www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=com_content&task=view&id=193&Itemid=124) (4/4/2009). El voto concurrente es el previamente citado de los Jueces Souter y Ginsburg en *Hamdi v. Rumsfeld*, v. *supra*.

(53) En realidad, la historia de los Estados Unidos ha conocido muchos casos de restricción del derecho de *Habeas Corpus*, en concomitancia con fases de crisis ligadas a sucesos internos o externos, en los que habitualmente la Corte Suprema se las ha ingeniado para dar cobertura a los actos del Ejecutivo en casos de emergencia nacional: véase, por ejemplo, STONE, G. R., *Libertà civili in tempo di guerra: la prospettiva americana, relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2003, disponible en [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/stone\\_ita.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/stone_ita.html) (4/4/2009), y DE FRANCISCIS, María Elisabetta, «In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantánamo: la ragion di stato e le garanzie processuali negli Stati Uniti d'America», en *Rassegna Parlamentare*, núm. 2, 2005, págs. 427-450.

da a obtener informaciones estratégicas para la *Intelligence*; inaplicabilidad de métodos no democráticos incluso contra los enemigos de la democracia. Frente a las acusaciones de minimalismo realizadas contra la Corte en esta ocasión por varias voces (54), hay quien ha respondido con escepticismo, señalando que, por el contrario, llegado el caso, los Jueces Supremos habrían encontrado el justo equilibrio entre tutela de las libertades y garantía de la seguridad (55). No han faltado las opiniones intermedias, según las cuales, examinadas con detalle, las tres sentencias: atienden de forma estricta al *petitum*, sin definir con precisión, sin embargo, el alcance del *writ* de *Habeas Corpus* (Rasul); confirman la legitimidad de la detención de un ciudadano estadounidense por tiempo indefinido, desarrollando una concepción débil del *due process*, capaz de permitir al Ejecutivo imponer, incluso a los ciudadanos americanos, el recurso a los tribunales militares al objeto de verificar la legalidad de su reclusión (Hamdi); por último, mezclan ambas cosas con la aparente intención de evitar decidir sobre el fondo (Padilla). Sin embargo, si se valoran en el contexto general en el que se realizaron, las tres decisiones demostrarían el valor de los Jueces Supremos al combatir las tesis según las cuales el *rule of law* y el sistema de *checks and balances* se habrían reducido a privilegios que, en la actualidad, ante las amenazas del terrorismo internacional, serían insostenibles (56). Probablemente, la diversidad de puntos de vista al respecto depende en buena medida de la perspectiva de observación: si se examinan desde el marco específico de la tutela otorgada a las razones de los detenidos en Guantánamo, las sentencias presentan carencias, la primera de ellas la ausencia de una indicación precisa tanto del alcance del derecho de *Habeas Corpus* en todo caso reconocido a los reclusos, como del órgano judicial competente para decidir los probables recursos relativos a la legalidad de las detenciones que éstas han provocado. Ha sido esta vaguedad la que ha consentido a la Administración Bush prepararse para el enésimo inédito *escamotage* jurídico dirigido a evitar las responsabilidades que, sin embargo, los mismos Jueces Supremos habrían querido que el Gobierno afrontase. Valoradas en el contexto más general de los equilibrios político-institucionales, por

---

(54) Entre otros, REISMAN, J., «Rasul v. Bush», en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 2, 2004, pág. 977; SUNSTEIN, R., «The Smallest Court in the Land», en *New York Times*, 4/7/2004; BENAZZO, A., *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2004, págs. 190 y sigs.

(55) FROSINI, T. E., «Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo», cit. (nota 50), págs. 1667-1671.

(56) GOLOVE, «David, United States: The Bush administration's "war on terrorism" in the Supreme Court», en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1, 2005, págs. 128-146 (145).

el contrario, las decisiones suscitan consideraciones bien distintas: la dureza con la que, en varias ocasiones, la Corte «llama al orden» al Ejecutivo respecto de elementos fundamentales de la organización constitucional estadounidense es emblemática de cómo Rhenquist y sus colegas —o, al menos, la mayoría—, situados ante el dualismo entre «primacía de la seguridad nacional [...] y primacía de la ley fundamental» (57), hayan optado con determinación por la segunda. La sensación es la de que los nueve *Justices* han intentado contenerse respecto del *petitum*, para poder expresarse con mayor libertad respecto de la cuestión de fondo que se halla en la base del asunto, esto es, si un estado de emergencia nacido de circunstancias totalmente inéditas en la historia estadounidense puede justificar todo tipo de decisiones emanadas del Ejecutivo en un intento de perseguir objetivos absolutamente inconcebible antes de tales sucesos, como supone la actualmente bien conocida «Guerra al Terror». En este sentido, las palabras de los Jueces O'Connor (58) o Souter (59) en *Hamdi v. Runsfeld*, o las usadas por el Juez Stevens en *Rasul v. Bush* (60) o también en *Rumsfeld v. Padilla* (61), llaman la atención por la contundencia con la que se contraponen a argumentaciones que no sólo son centrales para las disposiciones institucionales del País, sino que también se hallan preñadas de fuertes implicaciones emotivas.

En todo caso, no debe olvidarse que en la historia de la Corte Suprema ha habido numerosas ocasiones en las que los propios Jueces Supremos estadounidenses se han demostrado mucho más sensibles con el *Zeitgeist* del momento que con los principios constitucionales que, sin embargo, habrían debido tutelar,

---

(57) DE FRANCISCIS, M. E., «In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantánamo», cit. (nota 53), pág. 436.

(58) «Hemos aclarado desde hace mucho tiempo que un estado de guerra no representa un cheque en blanco a favor del Presidente, cuando están en juego los derechos de los ciudadanos de los Estados Unidos», así como «Consideramos, por tanto, que un ciudadano detenido que pretenda impugnar su identificación como combatiente enemigo, debe ser informado de los fundamentos de hecho de tal clasificación, y recibir una oportunidad equitativa para contradecir las afirmaciones del Gobierno ante un órgano de decisión neutral (pág. 26).

(59) En una situación de emergencia real, cuando el Gobierno debe actuar sin tiempo para deliberar, el Ejecutivo puede encontrarse en grado de detener a un ciudadano si tiene razones para creer que éste represente una amenaza inminente para la seguridad de la Nación y de su pueblo [...]. En este caso, sin embargo, esta cuestión no subsiste, ya que un poder de emergencia, por necesidad, debe estar cuando menos limitado por la emergencia (págs. 14-15).

(60) «La aplicación de la ley de *habeas* a personas detenidas en la base [de Guantánamo] es coherente con el alcance histórico del *writ de habeas corpus*» (pág. 13).

(61) «La detención de ciudadanos subversivos por obra del Ejecutivo [...] puede estar justificada a veces para evitar que algunas personas lancen o se conviertan en artefactos de destrucción. Sin embargo, aquélla no puede ser justificada con el mero interés de utilizar procedimientos ilegales para obtener información» (pág. 43).

aunque se han corregido una vez superada la emergencia de turno, y en no pocas ocasiones, golpeándose solemnemente el pecho por los errores cometidos (62). En el caso concreto, por lo demás, la situación presenta aspectos casi paradójicos, desde el momento en que, en su mayor parte, los individuos que soportan las restricciones son ajenos al ordenamiento que decreta la suspensión de sus derechos fundamentales, en virtud de una presunta tutela de la seguridad de aquellos que, sin embargo, sí que forman parte del mismo y, a través de las instituciones llamadas a representarlos, deciden al respecto. A ello se añaden posiciones de indiscutible autoridad nacidas durante estos sucesos, evidentemente inspiradas en exigencias totalmente distintas a la tutela de los derechos fundamentales. Entre las *dissenting opinions* emitidas en las sentencias de la Corte Suprema destaca, por ejemplo, la del juez Antonino Scalia, que en *Rasul v. Bush* motiva el rechazo de la potestad de servirse del derecho de *Habeas Corpus* por el recurrente, basándose en la preocupación de que una sentencia favorable pudiese legitimar a todos los prisioneros de Estados Unidos, detenidos no sólo en Guantánamo sino en todo el mundo, a llevar a juicio al Gobierno ante una Corte federal, con el riesgo de un incremento tan elevado en la carga de trabajo de los tribunales afectados que pudiera poner en peligro la funcionalidad misma del sistema judicial estadounidense (63); en verdad, un escrúpulo más coherente con un funcionario de gobierno que con un sumo juez constitucional (64).

En los numerosos y asombrosos casos en los que ha sucedido, al anteponer las pulsiones contingentes, a las que ciertamente sus miembros no son indiferentes (65), a la observancia del derecho, la Corte Suprema ha gozado a menudo de la asistencia de sujetos externos —principalmente, exponentes del Ejecutivo, abogados y expertos en Derecho—. Por ello, hay que preguntarse si, en una realidad globalizada como la presente, el respeto de los derechos fundamentales no

---

(62) Cfr. STONE, G. R., *Libertà civili in tempo di guerra*, cit. (nota 53).

(63) Cfr. *Rasul v. Bush*, *dissenting opinion* del Juez Antonino Scalia.

(64) Tommaso E. Frosini es igualmente crítico a este respecto, recordando oportunamente el voto particular del Juez Hugo Black en *Johnson v. Eisentrager*; según el cual la tutela del derecho de *Habeas Corpus* no puede hacerse depender de la nacionalidad o del lugar de detención, ya que, en caso contrario, el Gobierno podría eludir las propias responsabilidades y las obligaciones del *Due Process of Law* con el simple expediente de elegir con cuidado la localidad de reclusión de los prisioneros, cit. en FROSINI, T. E., «Lo stato di diritto si è fermato a Guantánamo», cit. (nota 50), pág. 1662.

(65) Hay quien ha llamado la atención sobre la necesidad de que la Corte Suprema mantenga, en sus actuaciones, una cierta «sintonía» con los deseos y las directrices de los ciudadanos, para no arriesgarse a perjudicar su propia autoridad como árbitro de la Constitución, cfr. KRASNER, Michael A./CHABERSKI, Stephen G., *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 1994, pág. 221.

exige en la actualidad la intervención no sólo de quienes están vinculados a esas funciones, sino de todos los miembros de esta comunidad de dimensiones actualmente indefinidas por necesidad, conscientes del hecho de que la consideración según la cual «la libertad ayuda a mantener unida nuestra cultura y desvela las contradicciones entre lo que América afirma ser y lo que realmente es» (66), no puede seguir teniendo como referente exclusivo a los Estados Unidos.

#### IV. OBAMA Y GUANTÁNAMO: UN NUEVO CAMINO ENTRE OBSTÁCULOS Y DIFICULTADES

Como es sabido, el 4 de noviembre de 2008 Barack Hussein Obama fue elegido el 44.º Presidente de los Estados Unidos de América. Según la gran mayoría de los observadores se trata de una elección que, por muchas razones, supone un momento crucial en la historia política estadounidense (67). Dejando a un lado las características totalmente insólitas de la persona respecto del tradicional *entourage* político norteamericano, es indudable que, por lo que respecta a este trabajo, la sucesión de Obama respecto de George W. Bush puede representar, ciertamente, una cesura decisiva también con relación a la gestión del asunto de la cárcel de Guantánamo y, más en general, en la futura estrategia de Washington respecto a la llamada «Guerra al Terror». Desde los primeros días tras su elección, Obama ha declarado en numerosas ocasiones su voluntad de replantearse las políticas de intervención frente a la amenaza terrorista, refundando sobre nuevas bases las relaciones internacionales con el resto del mundo, incluidos los conocidos como «Estados canallas» de la Administración Bush. En este contexto se inserta la decisión del nuevo Presidente —compartida, en realidad, incluso por su adversario Republicano en la carrera a la Casa Blanca, John McCain— de su deseo de acometer, en un breve plazo, el cierre de la cárcel de Guantánamo anunciada ya a finales de 2008. Debe recordarse, en todo caso, que con suma probabilidad un cambio tan radical respecto de las orientaciones seguidas por el Ejecutivo estadounidense durante los siete años

---

(66) FONER, E., *Storia della libertà americana*, Roma, Donzelli, 2000, pág. 6.

(67) Respecto de las consecuencias generales de la llegada de Obama a la Presidencia de los Estados Unidos, véase PATRONO, M., «Passato e futuro della democrazia americana: le sfide di Obama», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 1, 2009, págs. XV y sigs. En particular, respecto del peso específico de las cuestiones vinculadas a la seguridad nacional y las estrategias de política exterior de los Estados Unidos en la victoriosa campaña electoral de Obama frente a su oponente republicano John McCain, véase PERO, M. del, «Il mondo di Obama», en *Il Mulino*, núm. 1, 2009, págs. 88-97.

posteriores al 11 de septiembre de 2001, se debe en gran medida a la importante decisión pronunciada por la Corte Suprema, *Boumediene v. Bush*, que el 12 de junio de 2008, aunque con una controvertida votación de apenas cinco jueces favorables frente a cuatro, había reconocido el derecho constitucional de los presos de Guantánamo a dirigirse a los tribunales ordinarios de Estados Unidos para que verificaran la legalidad de su condición de detenidos (68), sentenciando de hecho la definitiva ilegalidad de la construcción jurídica erigida como apoyo de la política de gestión de los llamados «*enemy combatants*» por parte de la Administración Bush a partir de 2002 (69).

Teniendo en cuenta la importancia de esta decisión, no sorprende que el 22 de enero de 2009, tan sólo dos días después de su nombramiento oficial (70), el Presidente Obama haya dictado tres órdenes ejecutivas fuertemente inspiradas en *Boumediene v. Bush*, reconociendo en primer lugar el derecho de *Habeas Corpus* ante los tribunales federales estadounidenses (71). Asimismo, estos decretos han fijado algunos puntos sustanciales de la nueva estrategia de Washington en este asunto (72): el cierre de la cárcel militar de Guantánamo Bay «lo antes posible, y en todo caso, no más tarde de un año a contar desde la fecha de esta orden», reservando la misma suerte para otras estructuras de detención estadounidenses situadas fuera de los confines nacionales; reconocimiento de la aplicación de la Convención de Ginebra relativa al trato de los prisioneros de guerra, a todos los individuos sometidos a un régimen de custodia por los Estados Unidos, con independencia del modo en que tal custodia se lleve a cabo; un nuevo examen del estatus jurídico de los detenidos recluidos en la cárcel cubana; el subsiguiente traslado a estructuras específicas (por el momento aún

(68) Cfr. *Boumediene et al. v. Bush, President of the United States et al.*, 553 U.S. (2008), en <http://www.supremecourt.us.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>.

(69) Un comentario de la Sentencia en lengua italiana puede verse en G. ROMEO, G., «Inter arma silent iudices? L'habeas corpus al tempo della lotta al terrorismo», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 4, 2008, págs. 1801-1817, y FABBRINI, F., ««The Constitution is designed to survive, and remain in force, in extraordinary cases»: la sentenza Boumediene v. Bush», en *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2009, págs. 105-107.

(70) Tan sólo dos días antes, en el discurso inaugural de su presidencia, Obama había sostenido expresamente que consideraba errónea la «elección entre nuestra seguridad y nuestros ideales», palabras de las que el posterior 23 de marzo se hizo eco el nuevo *Attorney General* Eric Holder, según el cual «no subsisten contradicciones entre nuestros ideales y nuestro compromiso en aplicar la ley».

(71) *Executive Order 13492 – Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*, en <http://edocket.access.gpo.gov/2009/pdf/E9-1893.pdf>, sec. 2, lett. c.

(72) Para un resumen de los contenidos de los tres decretos, véase «I confini di Guantanamo: Obama e la Rule of Law», *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 2009, págs. 699-702.



no identificadas) de todos los detenidos que, tras el procedimiento de *review* de sus condiciones, no resulten compatibles con procedimientos de repatriación o traslado a terceros Estados. Una toma de posición fundamental de la nueva disciplina introducida por los tres decretos consiste en el hecho de que, en el curso del procedimiento de revisión del estatus jurídico de los prisioneros, las *military commissions* instituidas por el Presidente Bush no podrán formular puntos de imputación a su cargo, suspendiéndose de forma contemporánea todos los procedimientos judiciales pendientes ante las comisiones militares. Al presentar estas decisiones, Obama ha declarado ante los órganos de información que los Estados Unidos pretenden proseguir la lucha contra la violencia y el terrorismo, pero en un modo «coherente con nuestros valores e ideales».

Entre los primeros componentes del Ejecutivo afectados por la disposición figura el Secretario de Estado de Defensa, Robert Gates, encargado de suspender cualquier procedimiento judicial en curso contra los detenidos y promovido por la comisión militar nombrada por la Administración Bush, concediendo así el tiempo necesario para realizar una profunda valoración de la situación de detención bajo la supervisión del *Attorney General*. La *Executive Order* en cuestión no especifica en qué localidad deberán ser trasladados los presos de Guantánamo, pero manifiesta el deseo de una fuerte colaboración diplomática con otros países, al objeto de crear cuanto antes las condiciones para proceder al cierre de la estructura de detención.

En esa ocasión, asimismo, el Presidente se ha comprometido públicamente a respetar los estándares relativos a la tutela de los derechos humanos en el trato a los detenidos, y en particular, el artículo 3 de la Convención de Ginebra de 1949 sobre el trato a los prisioneros de guerra. La orden instituye una *task force* especial que deberá encargarse del traslado de los prisioneros, tomando en consideración todas las opciones puestas a su disposición por el Gobierno federal, en coherencia con las persistentes exigencias de seguridad nacional y los intereses de la política exterior y la justicia.

En las otras dos órdenes ejecutivas firmadas en la misma fecha (73), el Presidente ha dispuesto, asimismo, una prohibición absoluta del uso de la tortura en los interrogatorios —la referencia principal alude a la técnica del *waterboarding*— y ha ordenado el cierre inmediato de las estructuras de detención asignadas a la CIA y creadas por la Administración precedente tras los ataques

---

(73) Cfr. *Executive Order 13491 – Ensuring Lawful Interrogations*, en <http://edocket.access.gpo.gov/2009/pdf/E9-1885.pdf>, y *Executive Order 13493 – Review of Detention Policy Options*, en <http://edocket.access.gpo.gov/2009/pdf/E9-1895.pdf>.

terroristas del 11 de septiembre (74). Con estas dos últimas órdenes ejecutivas, como se ha dicho, se ha revocado de forma expresa la medida emanada de la antecesora Administración Bush, destinada a limitar la aplicabilidad del artículo 3 de la Convención de Ginebra, sobre el trato a los prisioneros de guerra, a las operaciones realizadas por los oficiales de la CIA. De esta forma se restablece el derecho internacional humanitario aplicable durante los interrogatorios efectuados por agentes de policía.

Casi como si se quisiera ofrecer un apoyo institucional desde el otro lado del Atlántico, pocos días después de la aprobación de las órdenes ejecutivas por parte del Presidente estadounidense, el 4 de febrero de 2009 el Parlamento europeo ha aprobado, por 542 votos a favor, 55 en contra y 51 abstenciones, la resolución sobre el retorno y la reintegración de los reclusos de Guantánamo (75). La decisión vuelve sobre el tema ya tratado en una resolución previa aprobada en junio de 2006 (76), en la que el Parlamento de la Unión europea pedía a la Administración Bush el cierre de la cárcel de máxima seguridad, así como la garantía de que, una vez liberados, los detenidos no fueran reenviados a países en los que corrían peligro de ser sometidos a torturas o tratos crueles e inhumanos. Por este motivo, tras haber acogido con extrema satisfacción la voluntad del Presidente Obama de garantizar a los presos de Guantánamo la efectividad de la tutela jurisdiccional acordada tanto por el derecho internacional como por el derecho constitucional estadounidense, los europarlamentarios han invitado a los Estados miembros a cooperar con el Gobierno estadounidense, en el caso de que así se solicitara, acogiendo a los detenidos en Guantánamo en cárceles europeas.

Sin embargo, en los meses posteriores, incluso un Presidente como Obama, que goza de un fuerte consenso popular extraordinario, se ha enfrentado a la dificultad de traducir en la práctica lo decretado en enero. Si bien, por un

---

(74) En un discurso sucesivo, de 21 de mayo de 2009, Obama ha identificado nuevamente como tortura la práctica del *waterboarding* y las actividades de interrogatorio forzoso realizadas en Guantánamo, considerándolas asimismo un peligro y no una ayuda para la defensa de la seguridad nacional, en la medida en la que alejarían a los Estados Unidos del resto del mundo con relación al respeto del principio de Estado de Derecho; cfr. Remarks by the President on National Security, 21/5/2009, disponible en [http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09).

(75) Cfr. *European Parliament resolution of 4 February 2009 on the return and resettlement of the Guantánamo detention facility inmates*, en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0045+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>.

(76) Cfr. *European Parliament resolution of 13 June 2009 on the situation of prisoners at Guantánamo*, en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0254+0+DOC+XML+V0//EN>.

lado, ha reiterado en numerosas ocasiones la necesidad de cerrar Guantánamo, en tanto que símbolo de las equivocadas estrategias en política exterior que, paradójicamente, habrían puesto en ulterior peligro la seguridad nacional que oficialmente pretendían defender, ha comenzado a precisar, al mismo tiempo, que la intención de la nueva Administración Demócrata no es, en absoluto, la de poner en libertad a sujetos actualmente reclusos en la prisión cubana potencialmente peligrosos para los Estados Unidos. Una precisión que no debe haber tranquilizado mucho los ánimos, visto que el 22 de mayo de 2009 el Senado, donde el Partido del Presidente dispone de 60 de los 100 escaños, ha rechazado por 90 votos en contra y tan sólo 6 a favor, la solicitud de Obama de obtener la financiación de 80 millones de dólares, necesaria para proceder al desmantelamiento de la estructura de detención erigida en el interior de la base militar de *Guantanamo Bay*, y de procesar ante los tribunales ordinarios a los 240 prisioneros que aún permanecen en su interior (77). Al comentar la decisión de no apoyar la petición del Presidente, el líder de los Senadores Demócratas, Harry Reid, declaró que «los Demócratas no pondrán en marcha ninguna iniciativa sin un proyecto completo y responsable por parte del Presidente», y que «no consentirán jamás la liberación de terroristas en el interior de los Estados Unidos» (78). Que el voto del Senado pudiese interpretarse, en primer lugar, como una señal de temor frente a los posibles escenarios que la nueva estrategia de Obama en materia de lucha contra el terrorismo internacional pudiese producir respecto de la seguridad nacional, se ve confirmado por las posteriores declaraciones del «*Commander in Chief*» de Washington; de hecho, éste se apresura a precisar que, en todo caso, se mantendrá la distinción entre los supuestos de aquellos presos de Guantánamo acusados de vulnerar el derecho penal nacional, destinados a ser procesados ante las Cortes federales estadounidenses, de aquéllos otros que son sospechosos de violación del derecho militar, para los cuales se prevén juicios ante las comisiones militares.

De esta forma, Obama da entrada nuevamente a las *Military Commissions* desautorizadas tan sólo cuatro meses antes, a pesar de admitir su uso exclusivamente para los casos de sospechosos de violación del derecho militar (79). Esta aparente «marcha atrás» respecto de las declaraciones realizadas durante la campaña electoral y el día posterior al triunfo electoral, se ve parcialmente mitigada por

---

(77) Cfr. Vote 00196, H. R. 234, S. Amdt. 1133, USSenate, Roll Call Votes 111th Congress, 1st Session 2009.

(78) Cfr. HERZSERHORN, D. M., «Democrats in Senate Block Money to Close Guantánamo», *New York Times*, 19/5/2009, pág. A1.

(79) Cfr. Statement of the President on Military Commissions, 16/5/2009, disponible en <http://thegoldenreport.blogspot.com/2009/05/modern-american-presidency-is-being.html>.

la sustancial reforma de su regulación establecida por la nueva Administración. En particular, se asegura que las confesiones obtenidas por extorsión u obtenidas a través de métodos de interrogatorio crueles o inhumanos, no puedan hacerse valer como prueba; que las declaraciones realizadas por terceros no tengan valor procesal; que los imputados puedan elegir autónomamente el propio abogado defensor y que se tutele adecuadamente a quien se niega a declarar.

El soporte de los proyectos presidenciales tras el voto negativo del Senado se ha desbloqueado de forma favorable a Obama el 20 de octubre de 2009, cuando el mismo Senado ha aprobado por 79 «síes» y 19 «noes» la asignación de 49,8 millones de dólares a favor del *Homeland Security Department*, necesarios para permitir el traslado de algunos de los detenidos de Guantánamo a territorio estadounidense. También en este caso la decisión política está fuertemente condicionada por la deliberación de la Corte Suprema, que pocas horas antes de la votación en el Senado había admitido a trámite la solicitud de algunos «*enemy combatants*» pertenecientes a la minoría china musulmana Uigura, antipática para el Gobierno de Pequin (80), que el 3 de abril de 2009 habían solicitado a los nueve *Justices* que dictaran un *Writ of Certiorari* dirigido a supervisar la legalidad de su detención (81). Al aceptar su competencia sobre el fondo del asunto, la Corte Suprema se atribuyó el deber de valorar si los jueces estadounidenses tienen o no la potestad de liberar en territorio nacional a los prisioneros de Guantánamo, una vez que un procedimiento judicial regular haya establecido que no son «combatientes enemigos» (82).

Probablemente esta sentencia constituirá un elemento decisivo para la resolución del asunto de Guantánamo, especialmente si la solicitud presentada por los recurrentes resulta aceptada. Es difícil prever cómo se orientará la Corte Suprema, en parte porque en casos recientes relativos al tema de la cárcel militar cubana las decisiones se han adoptado siempre con mayorías exiguas, signo de que no hay consenso entre los nueve *Justices* respecto de la jurisprudencia a

---

(80) Cfr. 08-1234 *Kiyemba v. Obama*, 20/10/2009, en <http://origin.www.supremecourt.us/gov/qp/08-01234qp.pdf>.

(81) La decisión de la Corte Suprema de garantizar el *Writ of Certiorari* cierra una compleja controversia jurídica iniciada en la segunda mitad del 2008, y que el 18 de febrero de 2009 había visto cómo la Corte de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia intervenía sobre la base de un recurso presentado por el gobierno de Washington rechazando la decisión de la Corte del Distrito, aprobada el 24 de octubre de 2008, por la cual se ordenaba la liberación en territorio estadounidense de los 17 Uigueros cuya detención en Guantánamo se consideró ilegal. Así pues, el 3 de abril de 2009, los 17 Uigueros habían presentado un recurso ante la Corte Suprema, admitido –como se ha indicado– el 20 de octubre sucesivo.

(82) Cfr. BARNES, R., «Supreme Court to hear Uighurs' Case», *Washington Post*, 21/10/2009, en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/10/20/AR2009102001289.html>.

adoptar en esta materia. Mientras tanto, el 1 de diciembre de 2009, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre otro aspecto extremadamente polémico de la «Guerra al Terror» iniciada por George W. Bush. En una decisión de apenas tres líneas y sin firmar (83), los jueces supremos han anulado la deliberación de la Corte federal de Apelación del II Circuito, por la que se había aceptado en segunda instancia el recurso de la *American Civil Liberties Union* basado en la *Freedom of Information Act* (84), dirigido a obtener la publicación de las fotos que ilustraban los abusos cometidos por el personal militar estadounidense contra los prisioneros detenidos en las cárceles de Iraq y Afganistán en los años previos (85). Al reenviar a los jueces inferiores la decisión, para que reconsideren la cuestión a la luz de la reciente legislación (86), la Corte Suprema parece haber adoptado una línea de conducta más bien cercana a la del Presidente Obama. De hecho, éste había ignorado la recomendación de su Ministerio de Justicia, que desaconsejaba un recurso de apelación ante la Corte Suprema contra la decisión del Tribunal del II Circuito por la que se había admitido la legitimidad de la petición de publicar las fotos, reconociendo de hecho la legitimidad de la petición presentada por la ACLU. Por contra, al elegir apelar ante la Corte Suprema, Obama ha acogido la línea de sus consejeros en materia de seguridad, según la cual la publicación de las imágenes en cuestión habría fomentado sentimientos anti-americanos en el exterior, y puesto en peligro a las tropas del ejército de los Estados Unidos (87). Por lo demás, al sostener una posición contraria a la

---

(83) *Department of Defense v. ACLU*, 09-160.

(84) En concreto, el recurso de la ACLU pedía la aplicación de la norma en la parte en que establece la obligatoriedad de la publicación de información y documentos poseídos por el Ejecutivo, salvo que existan razones para aplicar excepciones a dicha regla, algo que en el caso en cuestión no parecía suceder en el momento de presentar el recurso.

(85) En la carta que acompaña la sentencia se especifica que la *Justice* Sonia Sotomayor, miembro del II Circuito federal de Apelación antes de ser nombrada para la Corte Suprema por el Presidente Obama, no había participado de la decisión, a pesar de que no había sido parte del colegio juzgador que había dictado la sentencia en apelación favorable a la publicación de las fotos contra la que la Administración Obama había recurrido.

(86) La norma a la que hace referencia la Corte Suprema se aplica a todas las fotografías obtenidas entre el 11 de septiembre de 2001 y el 22 de enero de 2009 —día en que Obama anuncia su intención de cerrar Guantánamo en el plazo de un año—, que muestren «el trato impartido a los individuos combatientes, capturados o detenidos tras el 11 de septiembre de 2001 por parte de las fuerzas armadas estadounidenses en operaciones fuera del territorio de Estados Unidos», en tanto en cuanto el Secretario de Defensa certifique que su difusión «pondría en peligro a ciudadanos de los Estados Unidos, miembros de las fuerzas armadas estadounidenses o funcionarios del Gobierno USA empleados fuera del territorio nacional».

(87) Según una carta publicada por la Oficina Presidencial, las imágenes muestran, entre otras cosas, a «soldados americanos que apuntan con pistolas o fusiles a la cabeza de un detenido encapuchado y esposado», a un soldado que parece golpear a un detenido con la base de un fusil,

solicitud de publicación durante el procedimiento de apelación ante la Corte del II Circuito, el Gobierno ya había fundamentado su rechazo en una excepción a la *Freedom of Information Act* aplicable a los casos de «informaciones recogidas con una finalidad de instrucción, y tendentes a la aprobación de disposiciones legislativas» que «razonablemente podrían poner en peligro la vida o la integridad física de un individuo» (88). El juez de apelación John Gleeson, ponente de la decisión (89) emanada de forma unánime por el colegio de tres magistrados de la Corte del II Circuito, había establecido en la sentencia, sin embargo, que una excepción de ese tipo habría exigido la existencia de un peligro preventivo específico, que a su juicio no estaba presente en el caso en cuestión. La aplicación de la susodicha excepción «puede demostrarse flexible, pero no indistinta», y el hecho de que implique a las poblaciones de dos Estados y a las fuerzas armadas de dos misiones militares internacionales sería la prueba de su indeterminación. Según el Juez Gleeson, por tanto, la interpretación sostenida por el Ejecutivo crearía «un mecanismo alternativo de secretismo extremadamente más amplio que el sistema de clasificación de documentos sensibles de que dispone el Gobierno». La decisión de la Corte Suprema, en todo caso, no entra en el fondo de la sentencia de apelación, limitándose a solicitar un nuevo examen de la cuestión a la luz de las nuevas normas aplicables al caso. En parte por esta razón, los juristas de la *American Civil Liberties Union*, apoyados por numerosas organizaciones de derechos humanos y por importantes órganos de información como el *New York Times*, han decidido seguir adelante con su batalla en las futuras instancias procesales.

Si bien resulta evidente que el tema de la decisión adoptada por la Corte Suprema en materia de libertad de información tenga un alcance diverso respecto de la relativa a la posibilidad de procesar a los presos de Guantánamo en territorio estadounidense, el hecho de que los nueve *Justices* se hayan pronunciado en consonancia con las posiciones de la Administración Obama, comprimiendo un derecho respecto del cual el contexto jurídico-político y la opinión pública de los Estados Unidos se muestran extremadamente sensibles, como es la libertad de información, podría hacer presagiar una cierta comunión

---

y a un soldado que sostiene un palo «como si quisiera insertar su extremidad» en el recto de un detenido. Cfr. LIPTAK, A., «Supreme Court Overturns Decision on Detainee Photos», *New York Times*, 1/12/2009, en <http://www.nytimes.com/2009/12/01/us/politics/01scotus.html>.

(88) LIPTAK, A., cit.

(89) *American Civil Liberties Union v. Department of Defense*, 06-3140-cv, 22/9/2008, disponible en [http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/b181b337-a2c4-44a4-8bbd-26ff92e00dfb/10/doc/06-3140-cv\\_opn.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/b181b337-a2c4-44a4-8bbd-26ff92e00dfb/10/hilite/](http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/b181b337-a2c4-44a4-8bbd-26-ff92e00dfb/10/doc/06-3140-cv_opn.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/b181b337-a2c4-44a4-8bbd-26ff92e00dfb/10/hilite/).

de puntos de vista sobre el caso Guantánamo entre el supremo órgano de justicia y el vértice del Ejecutivo nacional.

Se trata de especulaciones respecto de las cuales, en el momento en que se escribe este trabajo, no es posible individualizar elementos que puedan confirmarlas o desmentirlas. Lo que en todo caso parece seguro es que precisamente la inminencia de una decisión tan importante por parte de la Corte Suprema determinará una ralentización de los tiempos técnicos del cierre de Guantánamo. Así pues, con toda probabilidad, el propósito del Presidente Obama de alcanzar tal objetivo antes del 22 de enero de 2010 no podrá ser realizado. No sería una gran derrota, si ello significase simplemente un aplazamiento de tal decisión durante algunos meses; se trataría, sin embargo, de un asunto muy serio si el Ejecutivo permaneciese en esta incertidumbre durante un largo período. En noviembre de 2010 se celebrarán las elecciones parlamentarias de mitad de la legislatura, y un cambio en la mayoría del Congreso podría representar un obstáculo muy difícil de superar incluso para un Presidente Premio Nobel de la Paz como Barack Obama.

