

Diez años de Guantánamo: una década para las rebajas jurídicas en Estados Unidos

10 years of Guantanamo: a decade of reducing the law in the United States

Laia Tarragona Fenosa

Abogada y asistente de investigación de CIDOB

l_tarragona@yahoo.co.uk

RESUMEN

Coincidiendo con el décimo aniversario de la apertura del centro de detención de Guantánamo, muchos se preguntan el porqué de su existencia precisamente en un país que se erige como defensor del Estado de derecho y los derechos humanos. Para resolver esta cuestión, este artículo analiza la evolución de la normativa, tanto de Estados Unidos como del Derecho Internacional Humanitario que se aplica a los detenidos. A partir de ello se examina en detalle la vulneración de principios básicos del derecho que ha tenido y sigue teniendo lugar en Guantánamo, tales como la negación del acceso a la justicia ordinaria y del derecho a ser juzgado en caso de detención, así como el incumplimiento de las protecciones y garantías ofrecidas por el Derecho Internacional Humanitario. Por último, se analizan los motivos que han permitido que el centro siga en funcionamiento más de una década después de su apertura a pesar de la orden de cierre emitida por el presidente Barack Obama al inicio de su mandato.

Palabras clave: Guantánamo, Derecho Internacional Humanitario, hábeas corpus, comisiones militares, Estados Unidos

ABSTRACT

At the time of the 10th anniversary of the opening of the detention centre in Guantanamo Bay, many are wondering about the reasons of its very existence in a country that purports to be the defender of the rule of law and human rights. To answer this question, this paper reviews the development of the regulations (both US and international humanitarian law) that are applied to the detainees. It also examines the violations of basic principles of law that have occurred and continue to occur, such as denial of access to ordinary courts and the right to a trial in case of detention, as well as breaches of the protections and guarantees provided by international humanitarian law. Finally, the author analyses the reasons that have allowed the centre to remain in operation despite President Obama's pledge to close it, which he made early on in his term.

Keywords: Guantanamo, International Humanitarian Law, habeas corpus, military commissions, United States

En enero de 2012 se cumplió una década de existencia del centro de detención de Guantánamo, establecido por la Administración Bush en la base naval de la bahía de Guantánamo, Cuba¹, a raíz de los atentados del 11-S en Nueva York y Washington para albergar a detenidos supuestamente vinculados a Al Qaeda y que constituían por ello un peligro para la seguridad del país. Desde la llegada de los primeros detenidos en enero de 2002, más de 700 individuos han pasado por allí. Con Guantánamo, el sistema jurídico americano ha visto como sus estándares constitucionales se han rebajado drásticamente para dar cabida en el sistema a un centro que claramente incumple con garantías y derechos que se consideran fundamentales en un Estado de derecho. Además, Guantánamo ha supuesto y sigue suponiendo una vulneración clara del Derecho Internacional Humanitario (DIH)² por parte de Estados Unidos, con una interpretación de las normas aplicables contraria al derecho vigente. Todo ello ha dejado a los detenidos en Guantánamo en un limbo legal sin protección alguna y sometidos a una vulneración constante de sus derechos más fundamentales. Guantánamo también es sinónimo de vulneración de derechos humanos. Más allá de consideraciones morales, cabe preguntarse cómo encaja un centro de tales características dentro del sistema del país, un sistema que se basa en el respeto por unos derechos y garantías fundamentales contenidos en la Constitución. La respuesta se encuentra en una serie de decisiones legislativas, judiciales y de la Administración norteamericana, que, en los últimos diez años, han dibujado Guantánamo y el destino de los detenidos que sobreviven allí. Bajo la Administración Obama se declaró que 48 individuos eran considerados demasiado peligrosos para ser liberados; sin embargo, se estableció que tampoco podían ser juzgados, ni por la justicia ordinaria ni por una comisión militar, porque no habría evidencias suficientes para condenarlos. Tan solo seis de los más de 700 detenidos han sido declarados culpables por comisiones militares, mientras al resto se les niega el acceso a la justicia ordinaria. Estas y otras cifras como las que siguen a continuación son una muestra de la vulneración referida y dan cuenta de la escasa lógica de algunas medidas.

1. La isla de Cuba alberga una base naval estadounidense en la bahía de Guantánamo, territorio que fue cedido a Estados Unidos en 1903.
2. Normas contenidas esencialmente en los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos adicionales de 1977 que se aplican en caso de conflicto armado y que constituyen un cuerpo mínimo de garantías y protecciones. Estados Unidos ratificó los Convenios de Ginebra en 1955.

Datos sobre los detenidos

- Número total de detenidos durante todo el período: 779
- Número de detenidos al inicio del mandato de Obama: 242
- Número de detenidos en la actualidad: 171
- De los 242 detenidos al inicio del mandato de Obama, número de detenidos declarados inocentes: 126
- Detenidos pendientes de liberación: 59
- Número de detenidos cuya detención sin ser procesados ha sido recomendada durante el mandato de Obama: 48
- Detenidos trasladados / repatriados / reubicados durante el mandato de Obama: 3 / 27 / 38 (en total 68)

Datos sobre los juicios

- Detenidos juzgados por un tribunal federal: 1
- Detenidos juzgados y declarados culpables por comisiones militares: 6
- Número de condenas dictadas por la justicia ordinaria en casos de terrorismo: más de 400
- Detenidos cuya detención los tribunales federales han declarado ilegal: 38

Fechas

- Última fecha conocida de llegada de un detenido: 14 de marzo de 2008
- Última fecha conocida de salida de un detenido: 6 de enero de 2011

GUANTÁNAMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE Y SUS CONSECUENCIAS

La legislación aplicable al caso de Guantánamo ha evolucionado mediante la intervención de los tres poderes del Estado: órdenes ejecutivas del presidente³ y otras decisiones del Ejecutivo se han visto limitadas por la jurisprudencia⁴ del Tribunal Supremo; a su vez, las leyes aprobadas por el Congreso han seguido o no las directrices del poder judicial. La historia de Guantánamo empieza con la aprobación por parte del Congreso de la resolución conjunta sobre la autorización de uso de fuerza militar (*Authorization to Use Military Force*,

3. Las órdenes ejecutivas del presidente son directivas emitidas por el propio presidente que tienen fuerza de ley que emana bien de la legislación aprobada por el Congreso, bien de la propia Constitución (que se refiere a un "poder ejecutivo" del presidente).

4. En el sistema jurídico norteamericano, los jueces y tribunales tienen una función primordial en la creación de legislación. A diferencia del sistema continental europeo, en el que la jurisprudencia se limita a la interpretación de la norma, en el sistema norteamericano la jurisprudencia o *case-law* constituye fuente de derecho y es vinculante para sucesivas sentencias.

AUMF) en septiembre de 2001, tan solo tres días después de los atentados en Nueva York y Washington. Con ella se autorizaba al presidente de Estados Unidos a emplear la fuerza contra todos aquellos relacionados con los atentados, y sirvió de base para que el presidente George W. Bush firmara una orden ejecutiva que autorizaba la detención indefinida sin cargos de ciudadanos no estadounidenses. Esta orden incluía también el mandato de que dichos individuos podrían ser juzgados únicamente por comisiones militares⁵, y prohibía expresamente recurrir ante cualquier tribunal. Dada la cantidad de decisiones de la administración, leyes y sentencias que son indispensables para entender la evolución de la situación jurídica en Guantánamo es imprescindible tener clara la cronología de las decisiones, leyes y sentencias más relevantes:

- 14.09.2001 El Congreso aprueba la AUMF.
- 13.11.2001 Bush firma la orden ejecutiva para la detención indefinida y la creación de comisiones militares.
- 11.01.2002 Los primeros detenidos llegan a Guantánamo.
- 28.06.2004 Primeras decisiones del Tribunal Supremo: Rasul vs. Bush y Hamdi vs. Rumsfeld.
- 07.07.2004 Se establece el sistema de tribunal de revisión del estatuto de combatiente (*Combatant Statute Review Tribunal*, CSRT).
 - 2005 El Congreso aprueba la ley sobre el trato a los detenidos (*Detainee Treatment Act*, DTA).
- 29.06.2006 Sentencia del Supremo: Hamdan vs. Rumsfeld.
 - 2006 El Congreso aprueba la ley sobre comisiones militares (*Military Commissions Act*, MCA).
- 12.06.2008 Sentencia del Supremo: Boumediene vs. Bush.
- 22.01.2009 Obama firma la orden ejecutiva de cerrar Guantánamo y la suspensión temporal de comisiones militares.
 - 2009 El Congreso aprueba la ley sobre comisiones militares de 2009 (*Military Commissions Act 2009*, MCA 2009).
- 07.01.2011 El Congreso prohíbe el uso de fondos para el traslado de detenidos.
- 07.03.2011 Obama firma la orden ejecutiva para la reanudación de las comisiones militares.
- 09.11.2011 Primer juicio en comisión militar bajo el mandato de Obama.

5. Las comisiones militares no son equiparables a tribunales o jueces independientes. Son tribunales militares formados por oficiales de las fuerzas armadas de Estados Unidos y ofrecen unas garantías menores a las ofrecidas por un tribunal o juez independiente.

La Constitución de Estados Unidos es la norma suprema de su ordenamiento jurídico y como tal establece unos derechos y garantías constitucionales entre los que se encuentra el derecho a solicitar el hábeas corpus⁶. Este derecho es un procedimiento acelerado mediante el cual un juez o un tribunal independiente revisa si la detención se ajusta a la ley, es decir, la legalidad de la detención. Protege un derecho fundamental, el derecho a la libertad, y, por tanto, garantiza que no se produzcan detenciones arbitrarias ni indefinidas. El derecho o no de los detenidos en Guantánamo a invocar el hábeas corpus ha constituido uno de los caballos de batalla entre la Administración, el Tribunal Supremo y el Congreso de Estados Unidos.

La negación del hábeas corpus y el caso *Rasul vs. Bush* (124 S.Ct. 2686)

En un primer momento, la Administración estadounidense negó que el hábeas corpus y otros derechos constitucionales protegieran a los detenidos en Guantánamo, ya que alegaron que como extranjeros no-residentes no estaban sujetos a la Constitución. Este argumento se basaba en el hecho de que la base naval de Guantánamo, que se encuentra en territorio cedido por Cuba a Estados Unidos en 1903⁷, está localizada fuera de la soberanía de Estados Unidos y, por tanto, se esgrimía que el derecho estadounidense (incluida la Constitución) no era de aplicación en ese territorio (Chesney, 2008). Los tribunales estadounidenses tampoco tendrían, según este razonamiento, jurisdicción para juzgar las demandas interpuestas por detenidos en Guantánamo (Duffy, 2005). Basándose en esta argumentación, tribunales de primera instancia y de apelación argumentaron en el caso *Rasul vs. Bush* en 2004 (y más adelante en el caso *Boumediene vs. Bush*) que no tenían competencia para juzgar el caso. El Tribunal Supremo revirtió dicha sentencia en ambos casos y confirmó que los tribunales estadounidenses son competentes dado que el derecho estadounidense sí aplica en la bahía de Guantánamo al encontrarse dicho territorio bajo jurisdicción de Estados Unidos (Sloss, 2004). Con esa sentencia, el Supremo tomó la primera decisión que ponía límites a la actuación de la Administración Bush en relación con Guantánamo.

6. El Artículo 1, Sección 9, Cláusula 2 de la Constitución de Estados Unidos impide la restricción del hábeas corpus, estableciendo que "el privilegio del hábeas corpus no se suspenderá, excepto cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión".

7. La bahía de Guantánamo fue cedida por Cuba a Estados Unidos en 1903 según un acuerdo que disponía que Cuba conservaba la soberanía sobre el territorio cedido mientras que Estados Unidos ejercía jurisdicción y control totales sobre el mismo. Posteriormente, en 1934, las partes firmaron un tratado en el que se disponía que la cesión de la bahía de Guantánamo seguiría vigente hasta el momento en que Estados Unidos decidiera retirarse del territorio.

El argumento de la Administración norteamericana y de los tribunales es clave para entender el alcance de la indefensión a la que estuvieron sometidos los detenidos. Sin tener opción de acudir a un órgano judicial, se encontraban en un limbo legal sin posibilidad de defenderse contra detenciones indefinidas y arbitrarias y, por lo tanto, sin un instrumento clave para la protección del derecho a la libertad. Aunque el fallo del Tribunal Supremo no supuso una revisión del estado de detención de los demandantes ni entró a considerar qué remedio sería aplicable, la confirmación de que los detenidos en Guantánamo tenían acceso al sistema judicial de Estados Unidos para determinar la validez de su detención supuso, en principio, un paso adelante. Se pasó de una situación de limbo legal, en la que los detenidos en Guantánamo quedaban totalmente excluidos del sistema, a determinar que las detenciones de Guantánamo también formaban parte del sistema legal.

El tribunal de revisión del estatuto de combatiente

A pesar del avance que supuso la sentencia del caso *Rasul vs. Bush*, tan solo una semana después la Administración Bush respondió con la creación de un sistema de revisión por el CSRT en un intento de superar las limitaciones impuestas por la sentencia del Supremo. Con este sistema, que es un procedimiento administrativo, se impedía de nuevo que los detenidos en Guantánamo acudieran a tribunales de la justicia ordinaria de Estados Unidos para que se considerara la legalidad de su detención y en lugar de ello fuera el Tribunal de revisión del estatuto del combatiente (CSRT) el que lo hiciera. Con la creación del CSRT el paso dado por la sentencia en el caso *Rasul* quedó en la revisión de los casos por parte de un *tribunal* creado *ad hoc*, que además tenía unas deficiencias de procedimiento considerables (Chesney, 2008). El proceso se limitaba a notificar al detenido las bases de su detención y este tenía la oportunidad de rebatir la calificación de combatiente enemigo (Bradley, 2007), por lo que distaba mucho de tener las mismas garantías legales que en la justicia ordinaria. Unos años más tarde, en 2008, el Supremo consideró, en el caso *Boumediene*, que el procedimiento del CSRT no podía equipararse al hábeas corpus pero no impidió su uso, de manera que este procedimiento continúa en funcionamiento en la actualidad. Así, los detenidos en Guantánamo tienen a día de hoy derecho a solicitar el hábeas corpus para revisar la legalidad de su detención solo después de que su caso haya sido revisado por el CSRT, excepto cuando hay un retraso indebido (García, 2008).

Ley sobre el trato a los detenidos

En 2005 se aprobó y entró en vigor la ley sobre el trato a los detenidos (DTA), lo cual se presentó como un avance, ya que prohibía expresamente el trato inhumano,

cruel y/o degradante a los detenidos. A pesar de este progreso indudablemente positivo, en otros aspectos esta ley constituyó un retroceso importante: por una parte, la DTA impedía la revisión judicial de peticiones de hábeas corpus realizadas por detenidos en Guantánamo y, por la otra, establecía que las resoluciones del CSRT y de las comisiones militares serían revisadas por el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia única y exclusivamente. Es decir, con esta ley se establecía un sistema de revisión de resoluciones específico que sustituía el procedimiento normal de apelaciones. No se trataba solo de un cambio procesal, sino que supuso el desmantelamiento de un sistema de garantías independiente e imparcial, uno de los pilares del Estado de derecho y del sistema legal de Estados Unidos, y la base de su tradición legal. Tras los pasos dados por el Supremo en el caso Rasul, ahora se volvía a retroceder.

El caso Hamdan vs. Rumsfeld (126 S.Ct. 2749)

Después de Rasul, el siguiente caso relacionado con Guantánamo que llegó al Tribunal Supremo fue Hamdan vs. Rumsfeld en 2006. En su sentencia, el Supremo falló en contra del sistema de comisiones militares establecidas con base a la orden firmada por el presidente Bush en noviembre de 2001, que establecía que los detenidos solo podían ser juzgados en comisiones militares y prohibía el recurso a cualquier otro tribunal. El caso Hamdan fue relevante por varias razones. En primer lugar, limitó de forma importante el poder presidencial por el hecho de que las comisiones militares creadas en 2001 no tenían base legislativa; es decir, no habían sido autorizadas por el Congreso sino por una orden ejecutiva del presidente que el Supremo consideró insuficiente. El Supremo declaró inválidas las comisiones militares dado que no eran tribunales constituidos de acuerdo con las leyes y procedimientos de Estados Unidos. La sentencia establecía que las comisiones militares debían tener los mismos estándares que los tribunales militares y adecuarse a los requisitos que establece el DIH, contenidos en los Convenios de Ginebra. Según el artículo 3 común a los Convenios⁸, deben ser “tribunales legítimamente constituidos”, y el Tribunal Supremo negó que las comisiones militares cumplieran este requisito (Spiro, 2006). Ello implicaba que se condicionaba la constitución de comisiones militares por parte del presidente al respeto de los Convenios de Ginebra. Además, otras violaciones de los Convenios también quedaron patentas

8. El Artículo 3, común a los cuatro Convenios, prohíbe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

en el fallo del Tribunal Supremo, como el hecho de que no se mostrasen las pruebas al detenido y que se le excluyera del proceso (ibídem).

Aunque es innegable la relevancia del fallo del caso Hamdan, este tenía limitaciones importantes. En primer lugar, el Supremo no aplicó los Convenios de Ginebra como derecho directamente aplicable, sino que lo hizo a través de la ley sobre justicia militar (*Uniform Code of Military Justice*, UCMJ)⁹, que incorpora en su artículo 21 los Convenios de Ginebra. La relevancia de ello estriba en que toda ley puede ser modificada por el Congreso, tal y como señalaron varios jueces en su fallo (Bradley, 2007)¹⁰. Así, ese mismo año el Congreso aprobó la ley sobre comisiones militares (MCA), una ley que modificaba los requisitos contenidos en la sentencia. Por otra parte, el Supremo no entró a valorar la legalidad del CSRT, establecido a partir de 2004, y además no impidió la autorización de comisiones militares por el Congreso (como sucedió finalmente con la aprobación de la MCA en 2006). La sentencia tampoco limitaba la DTA en sí misma, sino que consideraba que esta ley no afectaba al caso en cuestión porque no se aplicaba retroactivamente a las peticiones de hábeas corpus pendientes (como era el caso de Hamdan), de manera que la DTA siguió plenamente en vigor. A pesar de lo anterior, el caso de Hamdan supuso una clara advertencia del Supremo al poder presidencial y una muestra de que el poder judicial y el poder legislativo desempeñan un papel importante (Spero, 2006).

La ley sobre comisiones militares

Una vez más, tal y como ya había pasado con la creación del CSRT y la DTA, una sentencia del Supremo dio paso a una decisión del Congreso que le restaba relevancia. Así, la MCA fue aprobada por el Congreso el mismo 2006 como respuesta a la restricción que representaba el fallo del Tribunal Supremo en el caso Hamdan y a la invalidez de las comisiones militares constituidas a raíz de la orden firmada por Bush en 2001. Con la MCA el Congreso autorizaba al presidente de Estados Unidos a constituir comisiones militares, señalando específicamente que estas estaban constituidas de acuerdo con los requisitos del artículo 3 de los Convenios de Ginebra. Con ello el Congreso convirtió en legal aquello que el Tribunal Supremo había declarado ilegal.

9. El Tribunal declaró expresamente en la sentencia que "la comisión militar objeto de análisis no tiene el poder de proceder porque su estructura y procedimientos violan tanto el UCMJ como los cuatro Convenios de Ginebra firmados en 1949" (Hamdan vs. Rumsfeld. 126 S.Ct.2749).

10. Varios jueces en el fallo del Tribunal Supremo en el caso Hamdan "recordaron" al ejecutivo la posibilidad de que el Congreso autorizara la creación de comisiones militares: "Nada impide al presidente solicitar al Congreso la autoridad que crea necesaria".

En esta ley, el Congreso limitó el derecho al hábeas corpus de los detenidos “combatientes enemigos extranjeros”, estableciendo que los tribunales o jueces no tenían jurisdicción sobre las solicitudes de hábeas corpus por parte de esos detenidos o por detenidos pendientes de ser calificados como “combatientes enemigos extranjeros”¹¹. Vemos, pues, un retroceso a la situación anterior al caso *Rasul vs. Bush* en 2004, aunque el Tribunal Supremo revisó posteriormente, en el caso *Boumediene vs. Bush*, esta limitación al hábeas corpus. Destacaban dentro de esta ley los artículos dirigidos a limitar la invocación de los Convenios de Ginebra por parte de los tribunales, estableciendo que no constituían fuente de derechos para los sujetos a la jurisdicción de las comisiones militares, es decir, los combatientes enemigos ilegales extranjeros. Además, prohibía también basar una petición de hábeas corpus u otras acciones civiles en los convenios o los protocolos (Bradley, 2007).

El caso *Boumediene vs. Bush* (128 S.Ct. 2229)

Los cambios introducidos por la MCA en 2006 fueron cuestionados en 2008 por el Tribunal Supremo en el caso *Boumediene vs. Bush*. El tribunal entró a valorar, por una parte, si los extranjeros detenidos en Guantánamo tenían derecho a invocar la Constitución (en concreto la cláusula de suspensión del hábeas corpus [véase nota 6]), y, por la otra, si el artículo 7 de la MCA constituía una suspensión del hábeas corpus. En términos generales, el Tribunal Supremo confirmó que la MCA interfería con el hábeas corpus. En cuanto al primer aspecto relativo a la aplicación de la Constitución en la bahía de Guantánamo, la Administración esgrimió de nuevo el argumento de que quedaba fuera de la soberanía de Estados Unidos y, por lo tanto, la Constitución no era aplicable y los tribunales no tenían jurisdicción para juzgar el caso. Una vez más, el Supremo rechazó ese argumento. En cuanto al segundo aspecto, la sentencia confirmaba que, en efecto, el sistema de revisión de decisiones contenido en el DTA y confirmado por la MCA presentaba deficiencias constitucionales y vulneraba el derecho a solicitar hábeas corpus protegido por la cláusula de suspensión contenida en la Constitución (Chesney, 2008)¹².

Como en el caso *Hamdan*, esta resolución supuso un paso adelante en favor de la defensa de unos derechos mínimos para los detenidos en Guantánamo, en que se garan-

11. En este aspecto, la MCA es en esencia igual que la DTA pero tiene un ámbito más amplio; se puede aplicar también a los casos pendientes y no solo a los casos futuros como establecía la DTA.

12. La diferencia con el caso *Rasul vs. Bush* radica en que en ese el Tribunal Supremo falló invocando la legislación relativa al hábeas corpus (2241) y no el derecho constitucional. En el caso *Boumediene*, por lo contrario, basó su fallo en la Constitución, y por lo tanto no podía ser modificada por el Congreso del mismo modo en que lo es la legislación ordinaria.

tizaba que pudieran solicitar el hábeas corpus ante tribunales federales de Estados Unidos. No obstante, el Tribunal Supremo dejó otras cuestiones importantes sin resolver. Así, no entró a valorar la manera en que se lleva a cabo el procedimiento de hábeas corpus, el sistema de apelaciones aplicables a cuestiones más allá del hábeas corpus, ni tampoco si el DIH debe aplicarse y, por tanto, servir de límite al poder de detención militar que ejerce el ejecutivo. Estas cuestiones deberán ser abordadas en algún momento, y es de esperar que en futuros casos se vayan resolviendo (ibídem). Desde Boumediene no han llegado al Supremo otros casos relativos a detenidos en Guantánamo.

La llegada de Barack Obama: ¿declaración de intenciones o cambio real?

Con el *Vote for Change* (vota a favor del cambio) de su campaña electoral, Barack Obama se presentó como sinónimo de cambio en Estados Unidos. Cambio, entre otras promesas, respecto a Guantánamo. Con su llegada a la presidencia en enero de 2009 se abrió la posibilidad de cerrar el campo de detención de Guantánamo cuando el 22 de enero el nuevo presidente emitió una orden ejecutiva que ordenaba su cierre antes de un año, así como la revisión inmediata de todas las detenciones y la suspensión temporal de los procedimientos ante comisiones militares. A pesar de las esperanzas suscitadas con la orden, a fecha de hoy Guantánamo sigue operando como un centro de detención, las comisiones militares han reanudado su funcionamiento y poco hace prever que la situación se modifique. ¿En qué quedó su promesa de cambio?

La orden ejecutiva establecía que los detenidos “deberán ser devueltos a su país de origen, liberados, trasladados a un tercer país, o trasladados a otro centro de detención de Estados Unidos (...)”. Dejando a un lado el elevado desgaste político que estas medidas suponían, todas las opciones presentaban además importantes problemas logísticos. En algunos casos los detenidos no pueden ser devueltos a sus países de origen debido al alto riesgo de que sufran tortura, o simplemente porque no los aceptan; en otros, no hay terceros países dispuestos a aceptarlos¹³. En cuanto al traslado de detenidos a Estados Unidos, que hubiera facilitado la plena integración de los detenidos de Guantánamo en el sistema legal de Estados Unidos, el Congreso se opuso a ello. En un primer momento, ya en

13. Como tampoco los aceptan Estados Unidos. Es el caso de 17 uigures detenidos en Guantánamo que debían ser liberados en Estados Unidos de acuerdo con una sentencia de un tribunal de primera instancia en 2008. El tribunal de apelación falló en contra de la medida (Crook, 2009) y el caso está en la actualidad pendiente de revisión por parte del Tribunal Supremo (Kiyemba vs. Obama).

2009, el Congreso prohibió el uso de fondos para el traslado excepto en aquellos casos en que fueran a ser juzgados por tribunales federales (como fue el caso de Ahmed Ghailani) (Human Rights Watch, 2011). En enero de 2011, el Congreso asestó el golpe definitivo a los esfuerzos de la Administración Obama para cerrar Guantánamo con la aprobación de la ley que contenía los presupuestos del departamento de defensa para 2011 mediante la *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2011*. En una clara maniobra política, se prohibió el uso de fondos para el traslado de detenidos a Estados Unidos, incluso para ser juzgados por tribunales estadounidenses. Como consecuencia, se imposibilitó el cierre de Guantánamo y además, dado que no podían ya ser juzgados por la justicia ordinaria, las comisiones militares se constituyeron como el único tribunal ante el que se podía juzgar a los detenidos (García, 2011)¹⁴. Por otro lado, tras las elecciones de noviembre de 2010 los demócratas perdieron la mayoría en el Congreso y con ello Barack Obama dejó de tener el apoyo necesario para seguir con el cierre de Guantánamo, como demostró la aprobación de la mencionada ley. El sistema estadounidense, que asegura la efectiva separación de poderes entre otras cosas porque prevé que las elecciones presidenciales y del Congreso tengan lugar en diferentes momentos, supuso en este caso el bloqueo del ejecutivo. A diferencia de George W. Bush, que durante la mayor parte de sus dos mandatos fue apoyado por un Congreso con mayoría republicana¹⁵, un Obama prácticamente sin margen de maniobra supuso el fin de las esperanzas de cerrar el centro.

A pesar de la frustración del cierre de Guantánamo, la mera declaración de intenciones de cerrar el centro ya fue un gran paso hacia delante que supuso un giro importante respecto a la Administración Bush. Aun cuando en la práctica se haya plasmado en pocos cambios, con la declaración de intenciones el Gobierno estadounidense admitía en cierta manera la ilegalidad de Guantánamo. Cabe destacar, además, que desde el inicio del mandato de Obama no ha ingresado ningún preso más en Guantánamo, y marzo de 2008 fue la última fecha de entrada. Junto a la decisión de cerrar Guantánamo, la orden firmada por Obama al inicio de su mandato incluía la suspensión temporal de las comisiones militares así como la revisión de la situación de los detenidos. En cuanto al primer aspecto, la modificación de la MCA en 2009 introdujo algunas mejoras respecto a la ley de 2006, especialmente en materia de admisión de pruebas. No obstante, la mejora no fue sustancial y el hecho es que, en marzo de 2011, Barack Obama anunció que se reanudaba el funcionamiento de las comisiones militares, lo cual supuso un importante paso atrás (Human Rights Watch,

14. Obama incluyó una declaración en la firma de la ley expresando su oposición a las medidas aprobadas por el Congreso así como su compromiso a trabajar con el Congreso para que fuesen modificadas (García, 2011).

15. Hasta finales de 2006 el Congreso tuvo mayoría republicana. A partir de enero de 2007 pasó a tener mayoría demócrata hasta 2010, ya en el mandato de Obama.

2011). En noviembre de 2011 tuvo lugar el primer juicio por comisión militar bajo el mandato de Obama (Masters, 2011). Además, la revisión de los casos de los detenidos ordenada culminó en un informe de enero de 2010 elaborado por el Guantánamo Review Task Force, un grupo de trabajo encargado de la revisión de la situación de cada uno de los detenidos en Guantánamo¹⁶. En este informe destacaba la recomendación de mantener detenidos a 48 individuos que eran considerados demasiado peligrosos para ser liberados, pero que al mismo tiempo no podían ser procesados ni por un tribunal federal ni por comisiones militares, dado que no se disponía de evidencias suficientes para que fueran declarados culpables. Si bien establecía que estos detenidos podrían interponer una demanda de hábeas corpus ante un tribunal federal, la recomendación se acercaba peligrosamente a ser una sugerencia de detención indefinida. Para disipar cualquier duda en cuanto a la legalidad de la medida, el mismo informe declaraba además que la detención de estos detenidos se ajustaba plenamente a la ley AUMF de 2001 (Departamento de Justicia de Estados Unidos, 2010). Una vez más, se producía una flagrante violación de los principios más básicos del derecho, privando a individuos de su derecho a ser procesados y dejándolos en una situación de total indefensión.

GUANTÁNAMO Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO POR PARTE DE ESTADOS UNIDOS

El DIH es un conjunto de normas que se aplica en caso de conflicto armado y que se encuentra contenido esencialmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹⁷ y en los Protocolos adicionales de 1977. Según si el conflicto tiene carácter internacional o no, se aplicarán unas normas u otras. A modo indicativo, el DIH protege, por un lado, a

16. La orden ejecutiva emitida por Obama en enero de 2009 incluía la creación de un grupo de trabajo denominado *Guantánamo Review Task Force* con el objetivo de revisar la situación de los detenidos. El grupo de trabajo estaba formado por más de 60 miembros de departamentos de Estado así como de agencias de inteligencia.

17. Los Convenios de Ginebra de 1949 son el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (Convenio I), el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (Convenio II), el Convenio de Ginebra relativo al trato a los prisioneros de guerra (Convenio III) y el Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempos de guerra (Convenio IV).

personas que no han participado o que ya no participan en las hostilidades, y, por el otro, establece una serie de limitaciones a los medios y métodos de combate (ICRC, 2004). Constituye, en resumen, un cuerpo mínimo de garantías y protecciones.

La aplicación del DIH al caso de Guantánamo

La primera cuestión que se plantea es en qué medida el DIH es aplicable a los detenidos en la base naval de Guantánamo. El DIH se aplica en caso de conflicto armado. Por lo tanto, habrá que examinar si los presos en Guantánamo fueron detenidos durante el conflicto entre Estados Unidos y Afganistán o no. La gran mayoría de casos formarían parte del primer grupo y, por tanto, estarían sujetos al DIH. No lo estarían los detenidos en relación con la “guerra contra el terror” (que no se considera conflicto armado), aunque sí estarían sujetos al derecho común con los correspondientes derechos y garantías y, por supuesto, a los derechos humanos (Duffy, 2005). Las provisiones del DIH que son de aplicación al caso son los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional de 1977¹⁸. A pesar de ello, el Gobierno de Estados Unidos ha justificado la no aplicación de los Convenios a los detenidos en Guantánamo con una serie de argumentos que no son aceptables y que suponen una vulneración clara del DIH.

La creación de nuevas categorías para Guantánamo

A modo de resumen, el DIH prevé un régimen jurídico que varía según la categoría (o estatuto) en la que se clasifica al individuo. Los distintos estatutos son el de prisionero de guerra, regulado por el Convenio III, el de civil, regulado por el IV, y el de herido, naufrago o enfermo, regulado por los I y II. La importancia de estas distinciones es que cada estatuto da lugar a la aplicación de unos determinados derechos. Lo que los Convenios de Ginebra dejan claro es que el detenido debe estar incluido en alguna de las categorías mencionadas (ibídem). Así lo confirma el Comité Internacional de la Cruz Roja en su comentario del Convenio IV cuando afirma que “toda persona en manos del enemigo debe tener algún estatuto bajo Derecho Internacional. (...) No hay un estatuto intermedio; ninguna persona que se encuentra en manos del enemigo puede

18. Estados Unidos ratificó los primeros y no los Protocolos, pero estos últimos se aplican igualmente como derecho consuetudinario.

estar fuera del derecho”¹⁹. Lo anterior es fundamental en el análisis del DIH aplicable a los detenidos en Guantánamo; sin embargo, Estados Unidos no aplica esos estatutos sino otras categorías no previstas en los Convenios: las categorías de “combatiente enemigo” o “combatiente ilegal”. Tal y como se señala en el párrafo anterior, no hay lugar para la creación de nuevas categorías, por lo que estas clasificaciones no deberían tener implicación alguna para la aplicación del DIH. Es decir, el término “combatiente enemigo” o “combatiente ilegal” no se encuentra en ningún estatuto legal del detenido que, como hemos visto, será en todos los casos de conflicto armado el estatuto de prisionero de guerra, de herido, enfermo o náufrago de las fuerzas armadas, o de civil, pero nunca otro que no sea uno de estos tres (ibídem).

Estados Unidos ha clasificado a los detenidos como “combatientes enemigos”, un concepto definido en la orden ejecutiva que establecía el CSRT en 2004 como “un individuo que formaba parte o que apoyaba a las fuerzas talibanas o de Al Qaeda, o con fuerzas asociadas que participan en hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición. Esto incluye cualquier persona que haya cometido un acto “beligerante” o que haya apoyado directamente las hostilidades en ayuda de fuerzas armadas enemigas”. Como consecuencia de la creación de un nuevo estatuto no previsto en el ordenamiento internacional, los detenidos en Guantánamo quedan fuera del ordenamiento y, por tanto, en una especie de limbo legal, quedando pues excluidos de las protecciones ofrecidas por el DIH. De esta creación ilegítima de una nueva categoría jurídica se deriva la nulidad de pleno derecho de todo lo que se derive de dicha categoría. Por lo tanto, los argumentos de la Administración norteamericana para no aplicar los Convenios de Ginebra o parte de ellos quedan así desvirtuados.

Con la clasificación de “combatiente ilegal” que también utiliza Estados Unidos encontramos el mismo problema a nivel jurídico: esta clasificación no define el estatuto del detenido en el DIH, algo no permitido por los Convenios de Ginebra. Este término requiere una explicación adicional porque sí tiene un cierto significado legal en el sentido de que tradicionalmente se ha clasificado como “combatiente ilegal” a los combatientes que no tienen el “privilegio de combatiente” que tienen aquellos que tienen el derecho de emprender hostilidades y que son considerados prisioneros de guerra una vez son capturados (ibídem). En definitiva, el término “combatiente ilegal” debe incluir a aquellos que han participado en las hostilidades sin tener el “derecho” a hacerlo según las normas

19. Del mismo modo, el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia (TPIY) ha afirmado lo siguiente: “No existe ningún vacío entre la Tercera y la Cuarta Convención de Ginebra. Si un individuo no tiene derecho a la protección de la Tercera Convención como prisionero de guerra o a la de la Primera o Segunda Convención, él o ella necesariamente entrará dentro del ámbito de la [Cuarta Convención], siempre que se cumplan los requisitos del artículo 4.” (Duffy, 2005).

del derecho de la guerra. Y, según el Convenio IV, aquellas personas que han participado en las hostilidades sin tener el privilegio de combatiente recibirán el trato de “civiles” cuando se les capture. Por tanto, está clara la aplicación de los Convenios de Ginebra a estos casos (en concreto, el IV).

Adicionalmente, cabe destacar que los Convenios prevén que en los casos en que no esté claro el estatuto de un detenido este será considerado prisionero de guerra hasta que se determine su estatuto. Quien tendría la carga de probar que tiene otro estatuto sería Estados Unidos, y debería hacerlo a través de un “tribunal competente” tal y como establece el artículo 5 del Convenio III. Las comisiones militares establecidas por la orden de 2001 no constituyen un tribunal competente, y tanto el CSRT como las comisiones militares creadas según la MCA ofrecen serias dudas en cuanto a su consideración como “tribunal competente”. Además, el CSRT solo permite al detenido (y de manera ciertamente limitada) rebatir que es un “combatiente enemigo”, pero en este tribunal no se trata el estatuto que le correspondería de acuerdo con los Convenios de Ginebra (es decir, si recibe el estatuto de prisionero de guerra, de civil, o de herido, enfermo o náufrago) (ibídem). Queda claro así que bajo el DIH los detenidos en Guantánamo (excepto aquellos que fueron detenidos en relación con la “guerra del terror”) están sujetos al Convenio III o al Convenio IV. Como se ha visto, los Convenios de Ginebra garantizan unos derechos y protecciones mínimos, por lo que su no aplicación deja a los detenidos en la base militar de Guantánamo en una situación de total desamparo.

CONCLUSIONES

La existencia del centro de detención de Guantánamo y el limbo legal al que la Administración norteamericana lo somete representa una disminución de los estándares constitucionales de Estados Unidos al tiempo que constituye una clara vulneración del DIH. El caso de Guantánamo pone a Estados Unidos en contra de los propios principios de su democracia. El autor Jean-Paul Marthoz expone con total claridad el proceso por el que pasa una democracia para llegar a este punto: la suspensión de derechos y garantías se considera un “mal menor” necesario para asegurar la supervivencia de los principios y valores de la propia democracia y, por tanto, de tales derechos y garantías (Marthoz, 2011). Con ello el sistema de Estados Unidos, que tiene en sus garantías constitucionales su origen y su base, está sufriendo una erosión importante. Y todo ello conlleva, tanto a nivel externo como interno, una pérdida de legitimidad y es visto desde otros países como una muestra del “doble rasero” con que actúa Estados Unidos, ya que al tiempo que

proclama su defensa del Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos vulnera de manera clara ambas cosas en Guantánamo. Estas consecuencias de erosión del sistema de garantías así como de la legitimidad serán duraderas y difíciles de erradicar en el futuro.

El presidente Obama ha mejorado la situación en algunos aspectos, pero es claramente insuficiente; es una muestra de que no siempre la voluntad política es suficiente. La pregunta de si era posible hacer algo más permanece abierta. ¿Podría Obama haber cerrado Guantánamo antes de las elecciones de 2010 y de perder la mayoría en el Congreso? ¿Era posible una aceleración del proceso de cierre? Y, llegados a la situación actual, ¿podría utilizar fondos distintos a los prohibidos por el Congreso para posibilitar el traslado de detenidos? Por una parte, el hecho de que el informe del *Guantánamo Review Task Force* fuera elaborado a petición de Obama y aceptado por su Administración antes de las elecciones al Congreso de finales del año 2010 hace pensar que quizás nunca tuvo el poder político suficiente para llevar a cabo el cierre de Guantánamo. Por la otra, el cierre de Guantánamo requería posiblemente más tiempo del que dispuso Obama. El propio sistema estadounidense, con unas elecciones presidenciales y unas elecciones al Congreso que tienen lugar a mitad del mandato presidencial, implica que la toma de decisiones se haga más a corto plazo, dado que las decisiones a largo plazo son de más difícil implementación en caso de no conservar la mayoría en el Congreso, tal y como ocurre con frecuencia. Irónicamente, Guantánamo es también una muestra del buen funcionamiento del principio de separación de poderes del sistema de Estados Unidos, en el que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial tienen un peso similar. Buena muestra de ello es la sucesión de órdenes presidenciales, leyes y sentencias que ha tenido lugar. Un ejemplo paradigmático es el comentario incluido en la sentencia de *Hamdan vs. Bush*, que es una clara muestra de la intervención y peso de los tres poderes. En este caso el poder judicial informó al ejecutivo en su sentencia de que, a pesar de estar limitando su poder, podía dirigirse al legislativo para que este aprobase una ley para convertir en legal lo que el judicial estaba declarando ilegal (véase nota 10). ¿Cómo se consigue esta separación de poderes tan clara? Por un lado, el sistema americano posibilita que el presidente y la mayoría del Congreso pertenezcan a partidos distintos, lo que hace que el ejecutivo y el legislativo no vayan necesariamente de la mano. Por el otro, la separación de poderes del sistema americano va acompañada de unos pesos y contrapesos (*checks and balances*) que aseguran que ningún poder esté por encima de los demás y, por lo tanto, cada poder se encuentra limitado y sometido al control del resto.

Por otra parte y como ya se ha mencionado, Guantánamo desvirtúa el objetivo principal del DIH, que es proporcionar unos derechos y garantías mínimos en una situación de conflicto en que los sujetos se encuentran especialmente vulnerables. Ello supone un debilitamiento del DIH, ya de por sí débil al no disponer de unos mecanismos de cumplimiento efectivos. A su vez, el hecho de que se trate de Estados Unidos, con su condición de superpotencia y ejemplo de democracia, añade gravedad a este debilitamiento (Marthoz, 2011). Es también una muestra del poder del Estado por encima

del DIH que podría servir de precedente para que otros estados hicieran también su propia interpretación de las normas de DIH con el fin de adaptarlo a sus intereses. Esta vulneración constituye, sin lugar a dudas, una erosión del DIH.

El caso de Guantánamo es una historia de encuentros y desencuentros entre los distintos poderes de Estados Unidos que ha resultado en la disminución de los estándares de protección, tanto en el ámbito interno como en el del Derecho Internacional. Diez años de vulneración de los derechos más fundamentales han pasado con la connivencia de los poderes e instituciones del país. La imposibilidad de cierre por parte de Barack Obama muestra la preocupante facilidad con la que se crean este tipo de instituciones y las dificultades para desmantelarlas. Si Obama no lo ha conseguido, cabe preguntarse si existe alguna posibilidad real de que otro presidente lo haga.

Referencias bibliográficas

- BRADLEY, Curtis. "The Military Commissions Act, Habeas Corpus, and the Geneva Conventions". *The American Journal of International Law*, vol. 101, n.º 2 (2007), p. 322-344.
- CHESNEY, Robert M. "Boumediene v. Bush 128 S.Ct. 2229". *The American Journal of International Law*, vol. 102, n.º 4 (2008), p. 848-854.
- CROOK, John R. (ed.). "President Obama orders closure of Guantánamo Detention facilities: Obstacles remain". *The American Journal of International Law*, vol. 103, n.º 2 (2009), p. 325-331.
- DASKAL, Jennifer. "Guantánamo: de presente a pasado imperfecto". *Política Exterior*, vol. XXII, n.º 125 (2008), p. 51-63.
- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS *et al.* "Final report – Guantanamo Review Task Force" (2010), p. 28 (en línea)
<http://www.justice.gov/ag/guantanamo-review-final-report.pdf>
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2003, p. 1.019.
- DUFFY, Helen. *The 'War on terror' and the framework of International law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 488.
- ELSEA, Jennifer K. *et al.* "Enemy Combatant Detainees: Habeas Corpus Challenges in Federal Court". Washington, DC: Congressional Research Service (febrero de 2010), p. 54 (en línea)
<http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33180.pdf>
- GARCIA, Michael John. "Guantanamo Detention Center: Legislative Activity in the 111th Congress". Washington, DC: Congressional Research Service (enero 2011), p. 23 (en línea)
<http://openocrs.com/document/R40754/>
- "Boumediene v. Bush: Guantanamo Detainees' Right to Habeas Corpus". Washington, DC: Congressional Research Service (2008), p. 11 (en línea)
<http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL34536.pdf>

GINÉS SANTIDRIAN, Emilio. "5º aniversario de Guantánamo: la tortura no cesa". *Tiempo de paz*, n.º 84 (2007), p. 91-100.

HUMAN RIGHTS FIRST. "Fact Sheet. Guantánamo by the Numbers" (en línea) [Fecha de consulta: 16.11.2011]

<http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/USLS-Fact-Sheet-Gitmo-Numbers.pdf>

HUMAN RIGHTS WATCH. "Estados Unidos debe cumplir su compromiso de cerrar Guantánamo" (2011) (en línea)

<http://www.hrw.org/es/news/2011/01/10/estados-unidos-debe-cumplir-su-compromiso-de-cerrar-guant-namo>

ICRC. "¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?". Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario (2004) (en línea)

<http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>

LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho Penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. Las Rozas: La Ley, 2010, p. 564.

MARTHOZ, Jean-Paul. "Introduction – Le déshonneur des démocraties". En: Brody, Reed. *Faut-il juger George Bush?* Louvain: GRIP, 2011.

MASTERS, Jonathan. "Closing Guantanamo?". Council of Foreign Relations (2011) (en línea)

<http://www.cfr.org/terrorism-and-the-law/closing-guantanamo/p18525>

RODLEY, Nigel S. "The prohibition of torture: Absolute means absolute". *Journal of International Law and Policy*, vol. 34, n.º 1 (2006), p. 145-160.

SLOSS, David L. "Raul v. Bush. 124 S.Ct. 2686". *The American Journal of International Law*, vol. 98, n.º 4 (2004), p. 788-798.

SPIRO, Peter J. "Hamdan v. Rumsfeld. 126 S. Ct. 2749". *The American Journal of International Law*, vol. 100, n.º 4 (2006), p. 888-895.