



# **LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS**

PEDRO TENORIO

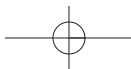




## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. CRITERIO DEL TRIBUNAL. 3.1. Opinión mayoritaria del Tribunal. 3.2. Aplicación de la Ley de Comisiones Militares a los recursos pendientes de habeas corpus. 3.3. Derecho constitucional de habeas corpus. 3.4. Adecuación del sustituto del habeas corpus. 4. IMPLICACIONES DE BOUMEDIENE. 5. POSIBLES LAGUNAS E INCÓGNITAS. 6. RESOLUCIONES JUDICIALES POSTERIORES. 7. APLICACIÓN DEL STATUS DE «COMBATIENTE ENEMIGO» A PERSONAS DETENIDAS DENTRO DE ESTADOS UNIDOS. 8. EVOLUCIÓN TRAS LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DE 2008.





Fecha recepción: 3.09.2008  
Fecha aceptación: 11.12.2008

# LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

POR

PEDRO TENORIO

Profesor Titular de Derecho constitucional (UNED)  
Letrado del Tribunal Constitucional

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende estudiar y valorar lo que consideramos un hito en la evolución de las relaciones entre libertad y seguridad en Estados Unidos y, en particular, de la jurisprudencia de su Tribunal Supremo en dicho ámbito: la Sentencia *Boumediene vs. Bush*.

Quizá sea pronto<sup>1</sup> para valorar en todas sus dimensiones la repercusión de esta nueva Sentencia del Tribunal Supremo, y además dicha repercusión estaba

<sup>1</sup> La primera versión de este trabajo concluyó en agosto de 2008, pero luego se ha ido actualizando hasta marzo de 2009.

Cuando el Tribunal Supremo dictó las Sentencias *Rasul v. Bush*, *Hamdi v. Rumsfeld* y *Rumsfeld v. Padilla*, el 28 de junio de 2004, fueron muchos los que interpretaron que se había dado un golpe mortal a la política antiterrorista de la administración Bush. Sólo tiempo después, opiniones más cuidadosamente elaboradas hicieron notar que la respuesta del Tribunal Supremo no había sido tan enérgica ni tan desfavorable como a primera vista parecía. En este sentido, es de subrayar el artículo de R. Dworkin «What the Court Really Said», publicado en *The New York Review of Books*, vol 51, n. 13, de 12 de agosto de 2004, traducido al italiano por Stefania Zolotti, con el título «Corte Suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi», *Quaderni costituzionali*, año XXV, n. 4, noviembre 2005, págs. 206 y ss. Otro tanto ocurrió cuando el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictó la sentencia *Hamdan v. Rumsfeld*, de 28 de marzo de 2006. En este caso, fue quien suscribe estas líneas quien puso de manifiesto entre nosotros que, a pesar del júbilo con que había sido saludada la Sentencia por parte de nuestros medios de comunicación, no era ni tan



en función no sólo de su propio contenido, sino de los resultados electorales en las elecciones presidenciales de 2008 en Estados Unidos, pero desde que se dictó parecía que ya se podía afirmar que marcaría un antes y un después en el régimen jurídico del terrorismo en aquel país<sup>2</sup>, o al menos en la actitud de su

relevante ni tan adversa para la Administración Bush: v. Tenorio Sánchez, Pedro, «Constitución y legislación antiterrorista», *Revista de Derecho Político. Universidad Nacional de Educación a Distancia*. N.º 71-72, Madrid, 2008, págs. 501 y ss., especialmente págs. 579 y 580. Para estar seguros de la relevancia de la Sentencia habría que esperar a la respuesta administrativa y eventualmente legislativa de la presidencia de Estados Unidos (y del Congreso). Efectivamente, la debilidad de las tres primeras sentencias dictadas en el año 2004 se hizo patente con la aprobación de la Ley del tratamiento del detenido de 30 de diciembre de 2005; y la debilidad de la Sentencia Hamdan sólo quedó evidenciada con la Ley de Comisiones militares de 2006.

<sup>2</sup> Abril, R., «De Guantánamo a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los detenidos en la lucha contra el terrorismo», *REEI*, Núm. 9, 2005, págs. 1 y ss.; Ackerman, B. «The Emergency Constitution», en *113 Yale Law Journal*, 2004, págs. 1029 y ss.; del mismo autor: *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, tr. it., Meltemi, Roma, 2005. Hay traducción al español: *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Ediciones Península, Barcelona, 2007; Ahmed, N. M., *Guerra alla libertà. Il ruolo dell'amministrazione Bush nell'attacco dell'11 settembre*, Fazi, Roma, 2002; Guttry, A. de (coord.), *Oltre la reazione. Complessità e limiti nella guerra al terrorismo internazionale dopo l'11 settembre*, ETS, Pisa, 2003; Benazzo, A., «Convenzione europea, misure d'emergenza e garanzie giurisdizionali dei diritti dell'uomo», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, págs. 1141 y ss.; de la misma autora, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, G. Giappichelli editore, Torino, 2004; de la misma autora, «Corte Suprema e Immigration cases: la dottrina del plenary power federale e l'astensione del controllo giudiziario in materia di immigrazione», en S. Volterra (directora), *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)*; Cole, D., «Enemy Aliens», en *54 Stanford Law Review*, 2002, págs. 954 y ss.; Y Dinh, V., «Guantánamo: democrazia e non persone», en *Micromega*, n.º 4, 2004, págs. 237 y ss.; Condorelli, L. y Sena, P. de, «Les droits de l'homme à Guantanamo: en attendant la Cour Suprême des Etats-Units», en *Libertés, Justice, Tolérance. Mélange en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, págs. 445 y ss.; Dworkin, Ronald, «Corte Suprema e garanzie nel trattamento dei terroristi», en *Quaderni costituzionali*, año XXV, número 4, diciembre 2005, págs. 912 y ss. [Traducción del artículo «What the Court Really Said», publicado en *The New York Review of Books*, vol. 51, n. 13 (12 de agosto 2004), traducido al italiano por Stefania Zolotti.]; Fanchiotti, V., «Il dopo 11 settembre e l'USA Patriot Act: lotta al terrorismo e «effetti collaterali»», en *Questione Giustizia*, 2004, págs. 283 y ss.; Francis, M. E. de., «In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantanamo: la ragione di Stato e le garanzie processuali negli USA», en *Rassegna Parlamentare*, n.º 2, 2005, págs. 427 y ss.; Frosini, Tommaso Edoardo, «El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo», en *REDC*, n.º 76, CEPC, Enero/abril 2006, págs. 33 y ss.; Frosini, T. E. y Bassu, C., «La libertà personale nell'emergenza costituzionale», en *Democrazie protette e protezione della democrazia*, dirigido por Giovine, Alfonso di, Giappichelli, Turín, 2005, págs. 75 y ss.; Grewe, Constante y Sommermann, Karl-Peter, «Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux. Allemagne», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XVIII, 2002, págs. 72 y ss.; Habermas, Jürgen, *El occidente escindido*, Trotta, Ma-

## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

Tribunal Supremo, en particular en relación con la detención por tiempo indefinido en la base de Guantánamo.

Ha de tenerse presente que el Tribunal Supremo de Estados Unidos, como todos los Tribunales, está sujeto al principio de congruencia, esto es, debe resolver sobre lo que le plantean las partes, siendo la demanda o recurso el documento rector del proceso. Lo que limita mucho lo que el Tribunal puede declarar en cada caso. A ello debe añadirse que la Administración cuenta con expertos en leyes que pueden buscar cómo dar ejecución a una determinada Sentencia del Tribunal Supremo intentando salvar, en lo esencial, una política determinada, mediante medidas administrativas o legislativas que aprovechen los silencios o lagunas necesariamente contenidos en las Sentencias del Tribunal Supremo.

Pero sinteticemos el caso resuelto en la STS Boumediene.

Se trataba<sup>3</sup> de una solicitud de *habeas corpus* presentada en un tribunal civil de Estados Unidos en defensa de Lakhdar Boumediene, un ciudadano natura-

drid, 2006; Ibáñez López-Pozas, Fernando y GARCÍA-MONTES, Marcos; «La Sentencia de 26 de julio de 2006 del Tribunal Supremo en el caso del talibán español», en *La Ley*, nº 6628, 12 de enero de 2007, págs. 1 y ss.; Murgia, C., «Meno libertà piú sicurezza?», en Aa. Vv., *Studi per Giovanni Motzo*, Giuffrè, Milano, 2003, págs. 297 y ss.; Pérez González, M., Rodríguez Villasante y Prieto, J.L., «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos», en *REDI*, 2002-I, Vol. LIV, págs. 11 y ss; [http://download.repubblica.it/pdf/rapporto\\_croce\\_rossa.pdf](http://download.repubblica.it/pdf/rapporto_croce_rossa.pdf); Rosenfeld, Michel, «¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión», en Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Área: Terrorismo Internacional, *ARI* nº 109/2005 (Trad. Del Inglés), fecha 19/09/2005, en la página web del Real Instituto Elcano: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org); Table Ronde Internationale (2002. AIX-EN-PROVENCE), «Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, T. XVIII (2002), págs. 67 y ss.; Tenorio Sánchez, Pedro, «Constitución y legislación antiterrorista», en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 71-72, Madrid, 2008, págs. 551 y ss.; Vergottini, G. de, *Le transizioni costituzionali*, Il Mulino, Bolonia, 1998; del mismo autor, «La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie el terrorismo», en *Rassegna Parlamentare*, nº 2, 2004, págs. 427 y ss. Hay traducción española de Pedro Tenorio: «La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo», en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 61, Madrid, 2004, págs. 11 y ss.; del mismo autor, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004; del mismo autor «Guerra e Costituzione», en *Quaderni costituzionali*, 2002, págs. 26 y ss.; del mismo autor (coord.), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, CeMISS, Roma, 1991; del mismo autor, «Necesità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza», en *Diritto e società*, 1994, págs. 245 y ss.

<sup>3</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos son muy extensas y difíciles de interpretar, no respondiendo del todo a la estructura que presentan las Sentencias de nuestros Tribunales. Sigo principalmente la síntesis que ofrece García, Michael John (Legislative Attorney, American Law Division) en su trabajo «Boumediene v. Bush: Guantanamo Detainees' Right to Ha-

lizado en Bosnia y Herzegovina, que se encontraba detenido militarmente por Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo. El caso fue acumulado con otra solicitud de *habeas corpus*: Al Odah v. Estados Unidos. En el caso se cuestionaba tanto la legalidad de la detención de Boumediene en la base militar de la Bahía de Guantánamo, como la constitucionalidad de la Ley de Comisiones Militares de 2006, Ley esta última que fue dictada para mantener la política antiterrorista de la Administración Bush a pesar de que la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan había declarado las Comisiones Militares ilegales por ser contrarias al Código de justicia militar.

El 5 de diciembre de 2007 se celebró la vista oral de los asuntos acumulados. El 12 de junio de 2008, el magistrado Kennedy firmó la opinión de la mayoría (5-4) que estableció que los presos tienen derecho al *habeas corpus* en virtud de la Constitución de Estados Unidos y que la Ley de Comisiones Militares contiene una vulneración de este derecho. Concretamente, el Tribunal decidió que el párrafo 7 de la Ley de Comisiones Militares, que limitó la revisión judicial de las resoluciones del Ejecutivo relativas al status de combatiente enemigo de los recurrentes no constituía un sustituto o equivalente adecuado al *habeas corpus* y por lo tanto, entrañaba una suspensión inconstitucional del derecho de *habeas corpus*.

En resumen, el impacto inmediato de la Sentencia Boumediene consistió en que los detenidos en Guantánamo podían dirigirse a cualquier tribunal de distrito federal solicitando la revisión desde la perspectiva del *habeas corpus* de las circunstancias de su detención.

## 2. ANTECEDENTES

A raíz de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, el Congreso de Estados Unidos aprobó la llamada «Autorización para el uso de la fuerza militar» (Authorization to use military force, AUMF en lo sucesivo), que autorizó al Presidente «a usar toda la fuerza necesaria y adecuada contra los que planificaran, autorizaran, cometieran, o ayudaran a los ataques terroristas contra Estados Unidos». Como parte de la subsiguiente «guerra contra el terror» (expresión que es utilizada por la Administración Bush, y probablemente en general en Estados Unidos, en sentido técnico, y no en sentido metafórico como se piensa a veces en

---

*beas corpus*», en *Congressional Research Service, (CRS), Report for Congress*, 18 de junio de 2008, publicado en la página web del Congreso de Estados Unidos. El texto sin embargo ha sido contrastado con el de la sentencia y con otras informaciones periodísticas.

## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

Europa<sup>4</sup>) muchas personas capturadas durante las operaciones militares en Afganistán y en otros lugares fueron transferidas a la base naval estadounidense de la Bahía de Guantánamo, en Cuba, para su detención y posible enjuiciamiento por crímenes de guerra<sup>5</sup>. En la Sentencia Hamdi v. Rumsfeld de 2004, la mayoría del Tribunal Supremo reconoció que, como una consecuencia necesaria de la AUMF, el Presidente podía detener a las personas capturadas mientras luchaban contra las fuerzas de Estados Unidos en Afganistán durante la duración del conflicto («guerra» en sentido técnico). El Departamento de Defensa en ese momento creó Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente (Combatant Status Review Tribunals, CSRTs en lo sucesivo) para determinar si las personas detenidas en Guantánamo eran o no «enemigos combatientes» que podían ser detenidos mientras durara la «guerra contra el terror» y juzgados por comisiones militares por los crímenes de guerra cometidos.

El mismo día que la Sentencia Hamdi se decidió, el Tribunal emitió otra Sentencia, en el caso Rasul v. Bush, en la que sostuvo que la Ley Federal de *habeas corpus* (28 U.S.C. parágrafo 2441) extendía la jurisdicción de *habeas corpus* regulada por la Ley a las personas mantenidas en Guantánamo. Inmediatamente a continuación, docenas de peticiones de *habeas corpus* fueron presentadas por parte de los detenidos en Guantánamo ante el Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Columbia (en lo sucesivo el Tribunal de Distrito de Columbia), donde los jueces llegaron a conclusiones contradictorias en relación con la cuestión de si los detenidos tenían derechos exigibles judicialmente a discutir su tratamiento y detención.

Poco después de que el Tribunal Supremo concediera *certiorari* para tramitar un recurso interpuesto por uno de los detenidos contra el proceso tramitado por

<sup>4</sup> Del hecho de que la Administración Bush interprete la guerra contra el terrorismo como una guerra en sentido técnico (hay que decir que de acuerdo con el propio Tribunal Supremo según la Sentencia Hamdi v. Rumsfeld, de 28 de junio de 2004), se deriva que las personas que Estados Unidos mantiene privadas de libertad en Guantánamo, lo estén mientras duren las hostilidades, esto es, que se trate de una detención preventiva y no punitiva. En efecto, Estados Unidos, entiende que a los combatientes enemigos detenidos en el marco de la guerra contra el terrorismo les es aplicable el principio de las Convenciones de Ginebra y del derecho de la guerra según el cual cabe detener a los enemigos combatientes, con independencia de que hayan cometido algún delito, mientras duren las hostilidades.

<sup>5</sup> La Administración Bush consideraba que a los allí detenidos no les eran aplicables ni las ventajas de las Convenciones de Ginebra porque no se trataba de combatientes uniformados combatiendo a las órdenes de una autoridad reconocida, ni que cumplieran los restantes requisitos que establecen las Convenciones de Ginebra, ni las ventajas derivadas de la Constitución de Estados Unidos. Esto último por no ser la base establecida en la Bahía de Guantánamo territorio de Estados Unidos, sino territorio cubano.

una Comisión Militar, el Congreso aprobó la Ley de Tratamiento del Detenido (Detainee Treatment Act, DTA en lo sucesivo). La DTA privó a los tribunales de jurisdicción para tramitar los recursos de los detenidos en Guantánamo basados en su tratamiento o condiciones de vida, y eliminó la jurisdicción concedida por el parágrafo 2441 de la 28 U.S.C. a los tribunales federales para tramitar las demandas de *habeas corpus* presentadas por extranjeros impugnando su detención en Guantánamo. La DTA estableció que el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia tendría jurisdicción exclusiva para revisar las decisiones sobre el status del detenido tomadas por los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente o comisiones militares.

En la Sentencia *Hamdan v. Rumsfeld*, de 2006, el Tribunal consideró que estas previsiones eran inaplicables a las solicitudes de *habeas corpus* pendientes en el momento en que la Ley para el Tratamiento del Detenido se promulgó. Además, consideró que la orden ejecutiva que creaba las Comisiones Militares era ilegal por ser contraria al Código de justicia militar<sup>6</sup>. En respuesta, el Congreso aprobó la Ley de Comisiones Militares, que enmendó la Ley Federal de *habeas corpus* para eliminar expresamente la jurisdicción del Tribunal sobre cualquier asunto, recurso o demanda pendiente o futuro distinto de la limitada revisión permitida por la Ley de Tratamiento del Detenido.

Los demandantes en *Boumediene* eran extranjeros detenidos en Guantánamo que pretendían la aplicación de la institución del *habeas corpus* a su detención continuada y a su calificación como combatientes enemigos por los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente en el Tribunal de Distrito de Columbia. En apelación, el Tribunal del Circuito consideró que la Ley de Comisiones Militares eliminaba toda jurisdicción suya y de los restantes tribunales federales para examinar las demandas de aplicación del *habeas corpus*. Basándose en su anterior decisión en *Al Odah v. United States* y la Sentencia del Tribunal Supremo de 1950 en el caso *Johnson v. Eisentrager*, en la que el Tribunal Supremo había considerado que el derecho constitucional al *habeas corpus* no era aplicable a extranjeros enemigos detenidos en Alemania en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal de Circuito sostuvo que la disposición de la Ley de Comisiones Militares que privaba de jurisdicción a los tribunales en los casos a que venimos refiriéndonos no se podía considerar una suspensión inconstitucional del derecho de *habeas corpus*, porque los extranjeros retenidos por

<sup>6</sup> Además, consideró que a los detenidos en Guantánamo les era aplicable el art. 3 común de las Convenciones de Ginebra. Pero, como hemos explicado en otro lugar («Constitución y legislación antiterrorista», cit., pág. 580), en realidad esta afirmación casi favorecía más que perjudicaba la política de la Administración Bush.



## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos en territorio extranjero no tienen derecho constitucional al *habeas corpus*.

Aunque el Tribunal Supremo inicialmente denegó las solicitudes de revisión de los recurrentes, posteriormente se desdijo y concedió certiorari en junio de 2007 para entrar a conocer de los casos acumulados de Boumediene y Al Odah.

### 3. CRITERIO DEL TRIBUNAL

#### 3.1. *Opinión mayoritaria del Tribunal*

En una resolución fundada en la opinión mayoritaria formulada por el juez Kennedy y asumida por los jueces Breyer, Ginsburg, Souter y Stevens, el Tribunal anuló la resolución del Tribunal de Circuito y sostuvo que los recurrentes tenían derecho constitucional al *habeas corpus* que había sido excluido por la Ley de Comisiones Militares con vulneración de la cláusula de suspensión de la Constitución (artículo 1, parágrafo 9, cláusula 2 de la Constitución de Estados Unidos<sup>7</sup>). El presidente del Tribunal, Roberts, y el juez Scalia suscribieron votos separados discrepantes. Cada uno de estos votos fue suscrito tanto por el otro de los dos magistrados últimamente mencionados, como por los jueces Alito y Thomas. El juez Souter también escribió un breve voto particular concurrente que suscribieron los magistrados Breyer y Ginsburg, discutiendo sucintamente acerca de la interpretación de la decisión de la mayoría que hacían las opiniones discrepantes.

#### 3.2. *Aplicación de la Ley de Comisiones Militares a los recursos pendientes de habeas corpus*

Antes de entrar a considerar la quejas constitucionales de los recurrentes, el Tribunal se refirió brevemente a la alegación de los mismos según la cual el parágrafo 7 de la Ley de Comisiones Militares no negaba la jurisdicción de los tribunales federales para entrar a conocer de los recursos de *habeas corpus* como los de los recurrentes, esto es, los que estaban pendientes en el momento en que se promulgó la Ley de Comisiones Militares. El Tribunal rechazó esta alegación, por

<sup>7</sup> «El privilegio del *habeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión».

consideró que la estructura del párrafo 7 de la Ley de Comisiones Militares y los antecedentes legislativos de la Ley demuestran que la Ley de Comisiones Militares pretendía privar a los tribunales federales de jurisdicción para conocer de los casos de *habeas corpus* pendientes en el momento de su promulgación.

### 3.3. Derecho constitucional de *habeas corpus*

El Tribunal, a continuación, volvió sobre la cuestión de si los recurrentes tenían derecho constitucional al *habeas corpus*. Los recurrentes aducían que poseían derecho constitucional de *habeas corpus* y que la Ley de Comisiones Militares los privaba de este derecho contraviniendo la Cláusula de Suspensión<sup>8</sup>, que prohíbe la suspensión del derecho de *habeas corpus* excepto «en casos de rebelión o invasión cuando así lo requiera la seguridad pública». La Ley de Comisiones Militares no pretendía expresamente ser una suspensión formal del derecho de *habeas corpus*, y el Gobierno no sostuvo tal argumento ante el Tribunal. Antes al contrario, el Gobierno argumentó que los extranjeros calificados como combatientes enemigos fuera del territorio de iure de Estados Unidos no tienen derechos constitucionales, incluyendo el derecho de *habeas corpus* y que por lo tanto, excluir la jurisdicción de los tribunales para entender de las solicitudes de los recurrentes de *habeas corpus* no violaba la cláusula de suspensión.

El Tribunal comienza su análisis repasando la historia y orígenes del derecho de *habeas corpus*<sup>9</sup>, subrayando la importancia que dieron a esta institución los autores de la Constitución. El Alto Órgano Judicial señala que la protección del

<sup>8</sup> La llamada Cláusula de Suspensión no es sino el art. 1, Sección Novena, párrafo 2 de la Constitución de Estados Unidos, según el cual: «El privilegio del *habeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión.»

<sup>9</sup> Efectivamente, la opinión mayoritaria de Kennedy se inicia con una revisión de más de veinte páginas de la historia del *habeas corpus* en Inglaterra, desde sus raíces en la cláusula del «debido proceso legal» que recoge la Carta Magna de 1215, hasta el siglo XIX. A continuación, la opinión analiza la jurisprudencia histórica americana desde 1789 hasta poco después de la Segunda Guerra Mundial, centrándose en la aplicación del *habeas corpus* para los extranjeros y los territorios fuera de las fronteras de Estados Unidos que aún estaban bajo control de los mismos, comparando estas áreas con las Islas del Canal, donde el *habeas corpus* se aplica. Aunque toma nota de que el *habeas corpus* no se aplica en Escocia, un país bajo control de Inglaterra, el Tribunal explica este hecho al afirmar que Escocia mantuvo su sistema legal propio, incluso después de la unión con Inglaterra en 1707. La referida opinión destaca el caso de Irlanda como otro ejemplo histórico en el que, si bien era nominalmente un país soberano en el siglo XVIII, la institución del *habeas corpus* inglés se aplicaba allí desde que Irlanda se encontraba de hecho bajo el control de Inglaterra y compartía el sistema jurídico inglés.

## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

*habeas corpus* era una de las pocas garantías de la libertad individual contenidas en la Constitución antes de que se añadiera la Declaración de Derechos, y la Cláusula de Suspensión permite la suspensión del *habeas corpus* solo en los raros supuestos en que la seguridad pública lo requiera como resultado de invasión o rebelión. El Tribunal caracteriza la Cláusula de Suspensión no solo como un «instrumento vital para proteger la libertad individual, sino que también asegura que el Poder judicial tendrá, excepto en casos de suspensión formal, una herramienta de eficacia comprobada para mantener el delicado equilibrio» entre los distintos poderes y prevenir los «abusos cíclicos» relativos al *habeas corpus* llevados a cabo por el Ejecutivo y por el Legislativo. El Tribunal afirma que la doctrina de separación de poderes y la historia del diseño de la Cláusula de Suspensión informa su interpretación del alcance y el propósito de la Cláusula y del derecho constitucional al *habeas corpus*.

El Tribunal consideró la historia y función de la institución centrales para su análisis y aplicación y también pretendió fundarse en el criterio de las autoridades de la época de los fundadores respecto de la cuestión de si el derecho constitucional al *habeas corpus* se consideró o no que protegía a los extranjeros detenidos en el extranjero durante momentos de seria amenaza para la seguridad del país. El Tribunal, sin perjuicio de advertir que su jurisprudencia «ha sido cuidadosa de no excluir la posibilidad de que las protecciones de la Cláusula de Suspensión se hayan extendido con los desarrollos posteriores a 1789 que definen el presente alcance de la institución», consideró que como mínimo la Cláusula debe ser interpretada en el sentido de proteger la institución tal y como era reconocida en el momento en que la Constitución fue elaborada y aprobada. El Alto Tribunal consideró que los antecedentes históricos no son concluyentes para resolver el tema que se le plantea y sugiere que «dado el singular status de la Bahía de Guantánamo y los particulares peligros del terrorismo en la actualidad, los tribunales simplemente no han tenido que afrontar nunca casos semejantes al presente».

No obstante, el Tribunal interpretó la Cláusula de Suspensión atribuyéndole plena efectividad en Guantánamo, rechazando la posición del Gobierno según la cual la Cláusula no protegía a los recurrentes porque Estados Unidos no afirma tener soberanía legal sobre el territorio en el que están detenidos. Aunque el Tribunal no discute la posición gubernamental según la cual Cuba mantiene soberanía legal sobre Guantánamo, sobre la base del arrendamiento de 1903, dando a Estados Unidos pleno control sobre el territorio, el referido Tribunal discrepa de la postura gubernamental en cuanto según la misma «al menos cuando se refiere a no ciudadanos, la Constitución necesariamente se detiene donde la soberanía de iure termina».

Por el contrario, el Tribunal interpretó su propia jurisprudencia anterior en el sentido de que reconocía que la aplicación extraterritorial de la Constitución procede ante «factores objetivos y razones prácticas». Aquí, el Tribunal resalta el enfoque funcional adoptado en los llamados asuntos insulares (insular cases), en los que se había afirmado la vigencia de los derechos constitucionales tanto en los territorios incorporados como en los no incorporados pero que se hallaran bajo el control de Estados Unidos [De Lima v. Bidwell, 182 U. S. 1 (1901); Doley v. United States, 182 U. S. 222 (1901); Armstrong v. United States, 182 U. S. 243 (1901); Downes v. Bidwell, 182 U. S. 244; Hawaii v. Mankichi, 190 U. S. 197 (1903); Dorr v. United States, 195 U. S. 138 (1904)]. El Gobierno argumentó que el fallo en Eisentrager fue en el sentido de que el derecho constitucional de *habeas corpus* no se extendía a extranjeros enemigos capturados y detenidos en el extranjero, pero el Tribunal consideró esta interpretación demasiado rígida. Según el Tribunal, interpretar la jurisprudencia de Eisentrager de esta manera formalista no se compagina con el enfoque funcional adoptado por el Tribunal en otros casos relativos a la aplicación extraterritorial de la Constitución e ignora las consideraciones prácticas que informaron la decisión del Tribunal en Eisentrager, consistentes en que los recurrentes se veían impedidos materialmente para solicitar el *habeas corpus*.

El Tribunal también consideró que si aceptara el enfoque gubernamental (basado en la soberanía) relativo a la aplicabilidad de la Constitución, quedaría afectada significativamente la separación de poderes, en la medida en que los poderes políticos quedarían libres «para gobernar sin limitación legal» en un territorio como Guantánamo, en que Estados Unidos reconoce no tener soberanía legal pero ejerce pleno control:

«La Constitución atribuye al Congreso y al Presidente el poder de adquirir, disponer y gobernar territorio, no el poder de decidir cuándo y dónde las exigencias de aquella misma se aplican. Incluso cuando Estados Unidos actúa fuera de sus fronteras, sus poderes no son absolutos e ilimitados sino que están sometidos a las restricciones recogidas en la Constitución... Sostener que los poderes políticos pueden aplicar o no aplicar la Constitución a su antojo conduciría a un régimen en el que los mismos, y no este Tribunal, decidirían lo que es el Derecho... Estas consideraciones tienen particular relevancia cuando se refieren a la Cláusula de Suspensión... ya que el derecho de *habeas corpus* es en sí mismo un mecanismo indispensable para vigilar la separación. La prueba para determinar el alcance de esta disposición no puede quedar sujeta a manipulación por parte de aquellos cuyo poder pretende limitar» (parágrafos 35 y 36).

Basándose en los términos de la Sentencia Eisentrager y otros casos relativos a la aplicación extraterritorial de la Constitución, el Tribunal consideró que existían

## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

al menos tres factores relevantes a la hora de evaluar el alcance extraterritorial de la Cláusula de Suspensión: 1) la ciudadanía y status de detenido y la adecuación del procedimiento para la determinación del status; 2) la naturaleza del lugar en que la persona es capturada y detenida; y 3) obstáculos prácticos inherentes para resolver acerca de la legitimación de los prisioneros para ejercer el derecho.

Aplicando este marco, el Tribunal calificó las circunstancias de los recurrentes en el caso en cuestión considerándolas significativamente diferentes de las de los detenidos en el caso Eisentrager. Entre otras cosas, el Tribunal señaló que a diferencia de los detenidos en Eisentrager, los recurrentes negaban que fueran combatientes enemigos y el control del Gobierno en el territorio de la Alemania ocupada de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial (en que los detenidos del caso Eisentrager se encontraban) no era ni de lejos tan significativo ni tan seguro como su control sobre el territorio en que los ahora recurrentes se encuentran. El Tribunal también consideró que las garantías procedimentales permitidas a los detenidos de Guantánamo en las vistas de los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente eran «mucho más limitadas [que las permitidas a los detenidos del caso Eisentrager procesados por comisión militar], y, concluimos, se quedan muy cortas respecto de los procedimientos y mecanismos contradictorios que podrían eliminar la necesidad de la revisión de *habeas corpus*».

Aunque reconociera que nunca antes había sostenido que los no ciudadanos detenidos en el territorio de otro país tuvieran derecho alguno con base en la Constitución, el Tribunal concluyó que el caso que juzgaba «carece de paralelismo histórico preciso con cualquier otro» (parágrafo 48). En particular, el Tribunal señaló que los detenidos de Guantánamo habían sido mantenidos en esa situación por el periodo de duración de un conflicto que es ya uno de los más largos en la historia de Estados Unidos, en territorio que, aunque no sea técnicamente parte de Estados Unidos, está sometido al completo control de dicho país. Basándose en estos factores, el Tribunal concluyó que la Cláusula de Suspensión tenía plena efectividad en Guantánamo<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> En un voto discrepante firmado por el presidente Roberts y los jueces Alito y Thomas, el juez Scalia argumentó que el derecho constitucional de *habeas corpus* «no actúa y nunca ha actuado a favor de extranjeros en el extranjero; la Cláusula de Suspensión por tanto no tiene aplicación y la intervención del Tribunal en este asunto militar es absolutamente *ultra vires*». El magistrado Scalia además argumenta que el Poder judicial está mal equipado para conducir los asuntos de seguridad nacional planteados por la detención de combatientes enemigos. De acuerdo con el voto discrepante, las reglas de procedimiento y prueba que con más probabilidad se aplicarán por el Poder judicial al revisar el status de los detenidos incrementará la probabilidad de que los combatientes enemigos sean puestos en libertad equivocadamente y vuelvan a desarrollar actividades hostiles.

Pero en un voto concurrente suscrito por los magistrados Breyer y Ginsburg, el magistrado Souter afirmó que la interpretación del Tribunal del alcance extraterritorial del derecho constitu

### 3.4. Adecuación del sustituto del *habeas corpus*<sup>11</sup>

Una vez decidido que los recurrentes tienen el derecho constitucional al *habeas corpus*, el Tribunal valoraba a continuación si la medida del párrafo 7 de la Ley de Comisiones Militares que excluía la jurisdicción de los tribunales ordinarios cabía desde la perspectiva de la Cláusula de Suspensión. Habida cuenta de que la Ley de Comisiones Militares no pretendía ser una suspensión

cional de *habeas corpus* no era tan sorprendente como la opinión discrepante del magistrado Scalia sugería, habida cuenta de la afirmación hecha por el Tribunal en *Rasul v. Bush* en el sentido de que «la aplicación de la ley de *habeas corpus* a las personas detenidas [en Guantánamo] es coherente con el alcance histórico del derecho de *habeas corpus*».

<sup>11</sup> Vamos a anticipar la opinión de los distintos jueces sobre si la Ley de Tratamiento de los Detenidos de 2005 constituye una sustitución adecuada del *habeas corpus*. En el caso de la opinión mayoritaria del magistrado Kennedy, se consideró que los Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatiente establecidos por la Ley son «insuficientes». Destacó que el Poder legislativo no es la última instancia en la interpretación de la Constitución, sino que es al Tribunal Supremo al que en última instancia corresponde dilucidar cuál es el derecho aplicable en un caso concreto. De todas formas, la Sentencia consideró inaplicable la sección 7 de la Ley de Comisiones Militares, pero dejó intacta la Ley de Tratamiento de los Detenidos. En una opinión concurrente, el juez Souter hacía hincapié en el hecho de que los prisioneros llevan encarcelados seis años. El presidente del Tribunal Roberts y el magistrado Scalia redactaron votos particulares discrepantes.

La opinión concurrente del magistrado Souter fue suscrita por los jueces Ginsburg y Breyer. El Juez Souter, citando la propia sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Rasul v. Bush*, señalaba que la «[a]plicación del estatuto del *habeas corpus* a las personas detenidas en [Guantánamo] es coherente con el alcance histórico del recurso de *habeas corpus*». El magistrado Souter destacaba la larga duración de los encarcelamientos, algunos de los cuales habían superado los seis años, como «un factor insuficientemente valorado por los discrepantes.» Por lo tanto, negó la acusación de los discrepantes según la cual la mayoría del Tribunal está desviando hacia la jurisdicción civil solicitudes de revisión que las Comisiones Militares (cuyas decisiones pueden ser objeto de apelación en la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia Circuit) podrían resolver dentro de plazos razonables.

A la opinión discrepante del magistrado Scalia se unieron el presidente Roberts, y los magistrados Alito y Thomas. El magistrado Scalia sostuvo que los procedimientos previstos por la Ley de Tratamiento de los Detenidos proporcionan una garantía equivalente a la del *habeas corpus*. Señala que el hecho de que hayan sido cometidos actos terroristas por ex prisioneros de la bahía de Guantánamo después de su liberación ilustra la increíble dificultad de evaluar quién es y quién no es un combatiente enemigo en el extranjero, en el teatro de operaciones, en unas condiciones que se prestan muy poco a la recopilación y conservación de las pruebas. Señala que como consecuencia de la opinión mayoritaria del Tribunal será el Poder Judicial, esto es, la rama del poder del Estado que sabe menos acerca de la seguridad nacional, la que decidirá la forma de tratar a los prisioneros enemigos.

El juez Scalia añadió que la mayoría del Tribunal admitía que no puede determinar si históricamente la garantía del *habeas corpus* se extendía a los extranjeros detenidos en el extranjero, y



## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

formal del derecho de *habeas corpus*, la cuestión que se planteaba el Tribunal era si el Congreso había proporcionado una adecuada sustitución para el *habeas corpus*. El Gobierno argumentó que la Ley de Comisiones Militares se ajustaba a la Cláusula de Suspensión toda vez que aplica el procedimiento de revisión de la Ley de Tratamiento del Detenido<sup>12</sup> a los recurrentes, procedimiento que el Gobierno alegaba era un sustituto adecuado constitucionalmente del *habeas corpus*.

Habida cuenta de que el Tribunal de Apelación de Circuito consideró que el derecho constitucional de *habeas corpus* no era aplicable a los recurrentes, dicho Tribunal no se planteó si se había proporcionado un sustituto adecuado. Aunque el Tribunal señaló que él generalmente devuelve los casos a los tribunales inferiores para la consideración de los asuntos no decididos en la primera instancia, el propio Tribunal Supremo consideró que las «excepcionales» circunstancias del «presente» caso —incluyendo las implicaciones de separación de poderes que planteaba y el hecho de que los recurrentes habían visto denegado todo acceso significativo a un foro judicial durante un número considerable de años— hacía procedente que el Tribunal se apartara de la práctica ordinaria.

que reconocía que la Bahía de Guantánamo se encuentra fuera del territorio soberano de Estados Unidos. El referido magistrado señaló que de *Johnson v. Eisentrager* (STSEEUU que decidió que los Tribunales de EEUU no tenían jurisdicción sobre los criminales de guerra alemanes privados de libertad en una prisión alemana administrada por EEUU) se desprende que la Constitución no garantiza el *habeas corpus* a extranjeros detenidos por Estados Unidos en zonas sobre las que dicho Gobierno no es soberano.

De acuerdo con el juez Scalia, la opinión mayoritaria del Tribunal conduce a un resultado disparatado: todos los combatientes enemigos detenidos durante una guerra, por lo menos en la medida en que estén confinados en una zona fuera del campo de batalla en la que Estados Unidos ejerza «absoluto e indefinido» control, podrán plantear un recurso de *habeas corpus* ante los tribunales federales. El juez Scalia añade que la Constitución permite la suspensión del *habeas corpus* sólo en los casos de rebelión o invasión, es decir, siempre en caso de disturbios internos; y se pregunta que si el *habeas corpus* tiene alcance extraterritorial, ¿por qué la Constitución limita su suspensión a los casos de crisis interna?

La opinión discrepante del presidente Roberts resulta menos distante de la posición mayoritaria que el enfoque del juez Scalia, centrándose en la cuestión de si el proceso que ofrece la Ley de Tratamiento de los Detenidos es un sustitutivo adecuado de la protección del *habeas corpus*. Concluye en sentido afirmativo, lo que le parece más acorde con el antecedente *Johnson v. Eisentrager*.

<sup>12</sup> Como se ha explicado, esta Ley vino a ser la respuesta del Congreso, liderado por el presidente Bush, a las Sentencias del Tribunal Supremo de 2004, en particular, a la Sentencia *Rasul*. Entendiendo por respuesta el instrumento legal que le permitió a la Administración Bush continuar en líneas generales con su política antiterrorista iniciada a raíz de los atentados de 11 de septiembre de 2001.

El Tribunal Supremo consideró que sus anteriores Sentencias relativas a la adecuación de los sustitutos de *habeas corpus* promulgados por el Congreso proporcionaban poca orientación para valorar la adecuación de las medidas que excluían la jurisdicción de los tribunales ordinarios incluidas en la Ley de Comisiones Militares y en la Ley de Tratamiento del Detenido. Y ello porque las anteriores leyes aprobadas por el Congreso intentaban normalmente racionalizar más que limitar la revisión de la situación de una persona desde la perspectiva del *habeas corpus*.

Por el contrario, la intención de la Ley de Comisiones Militares y de la Ley de Tratamiento del Detenido era establecer un procedimiento de revisión más limitada que el de *habeas corpus*, como resulta evidente, entre otras cosas: de la terminología de la Ley de Comisiones Militares, inequívocamente limitadora de la jurisdicción de los tribunales; de los antecedentes legislativos de ambas leyes; de la comparación del control permitido por la Ley de Tratamiento del Detenido y la inalterada Ley Federal de *habeas corpus*; y de la falta de cláusulas de salvedad tanto en la Ley de Tratamiento del Detenido como en la Ley de Comisiones Militares que preserven la revisión de *habeas corpus* como una vía de último recurso.

Aunque el Tribunal renunció a «ofrecer un exhaustivo sumario de los requisitos para un sustituto adecuado del *habeas corpus*», dice que sin embargo: 1) consideró que el *habeas corpus*, como mínimo, concede a un prisionero «una significativa oportunidad de demostrar que está detenido en virtud de una errónea aplicación o interpretación de una ley»; 2) faculta al Tribunal «para ordenar la puesta en libertad condicional de un individuo ilegalmente detenido», aunque la puesta en libertad no sea necesariamente el único o el apropiado remedio en todas las instancias en que el derecho se reconoce (parágrafos 49 y 50); y 3) además, el alcance necesario de la revisión de *habeas corpus* debe ser más amplio en función «del rigor de cualquier procedimiento anterior» (parágrafo 52).

El Tribunal hizo notar que los recurrentes señalaban un gran número de deficiencias en el procedimiento de los Tribunales de Revisión del Status de Combatiente que limitaban las posibilidades del detenido para presentar pruebas refutando la alegación del Gobierno según la cual se trata de un enemigo combatiente. Entre otras cosas, las citadas deficiencias incluían limitaciones de las facultades del detenido para buscar y presentar pruebas ante los Tribunales de Revisión del Status de Combatiente para discutir la postura del Gobierno; la no provisión al detenido de asistencia legal; la limitación del acceso del detenido al expediente gubernamental, salvo los no clasificados, con el potencial resultado de que el detenido desconozca alegaciones decisivas en las que se basa el Gobierno para ordenar su detención; y el hecho de que la facultad del detenido para discutir los testimonios de los testigos puede ser «más teórica que



## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

real», dado el carácter mínimo de las limitaciones acerca de la admisión de las pruebas de indicios.

Aunque el Tribunal no determinó si los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente, tal y como se constituían en aquel momento, cumplían con los requisitos del «debido proceso legal»<sup>13</sup>, estuvo de acuerdo con los recurrentes en que había «considerable riesgo de error en la investigación de los hechos por parte de los tribunales» (parágrafo 56). «Habida cuenta de que la consecuencia del error puede ser la detención mientras duren las hostilidades, y esto puede durar una generación o más, se trata de un riesgo demasiado serio para ser ignorado» (parágrafos 56 y 57). El Tribunal sostuvo que para que funcionara tanto el *habeas corpus* como un adecuado sustituto al mismo, como remedio efectivo para los recurrentes, un tribunal que tramite un procedimiento colateral debe tener potestad para: 1) corregir errores en el procedimiento de los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente; 2) valorar la suficiencia de las pruebas contra el detenido; y 3) admitir y considerar pruebas exculpatorias relevantes que no hayan sido introducidas en el procedimiento anterior.

El Tribunal sostuvo que el procedimiento de revisión regulado en la Ley de Tratamiento del Detenido era un sustituto manifiestamente inadecuado para el *habeas corpus*. Ofreció una lista de debilidades constitucionales potenciales en el proceso de revisión que incluía la falta de disposiciones: 1) que facultaran al Tribunal de Apelación de Circuito para ordenar la liberación del detenido; 2) que permitieran a los recurrentes discutir el poder del Presidente para mantenerlos detenidos indefinidamente; 3) que habilitaran al Tribunal de Apelación para revisar o corregir los hechos considerados probados por los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente; y 4) que permitieran al detenido presentar pruebas exculpatorias descubiertas después de acabado el procedimiento ante el Tribunal de Revisión del Status de Combatiente. El Tribunal señaló que no se encontraban en la Ley del Tratamiento del Detenido todos estos trámites o procedimientos necesarios. Como consecuencia, el Tribunal consideró que la aplicación por el parágrafo 7 de la Ley de Comisiones Militares del procedi-

<sup>13</sup> La alusión al «debido proceso legal», de gran importancia en el Derecho constitucional procesal e incluso sustantivo en Estados Unidos, aparece en la Enmienda V, según la cual: «Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización».

miento de revisión de la Ley de Tratamiento del Detenido a los recurrentes, no les proporcionaba a estos últimos un sustituto adecuado para el *habeas corpus*, suponiendo por lo tanto, una suspensión inconstitucional de tal derecho.

A la luz de esta conclusión, el Tribunal sostuvo que los recurrentes podían solicitar una revisión por el procedimiento de *habeas corpus* en un tribunal de distrito federal, sin haber obtenido con anterioridad una revisión de las calificaciones de los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente por parte del Tribunal de Apelación de Circuito del Distrito de Columbia, como sería necesario de aplicarse el procedimiento de revisión previsto por la Ley de Tratamiento del Detenido. Aunque la anterior jurisprudencia había establecido que los prisioneros en general debían agotar cualquier otra vía antes de solicitar la expedición un *habeas corpus* federal, el Tribunal consideró que los recurrentes en el presente caso estaban habilitados para una vista de *habeas corpus* con prontitud, dado el hecho de que habían estado detenidos durante años sin acceso a una supervisión judicial a la que constitucionalmente tenían derecho. El Tribunal subrayó, sin embargo, que excepto en el caso de dilaciones indebidas, los tribunales federales debían abstenerse de entrar a conocer de las peticiones de *habeas corpus* procedentes de detenidos calificados como enemigos combatientes hasta que un Tribunal para la Revisión del Status de Combatiente haya tenido la oportunidad de revisar su status. Reconociendo que el Gobierno tiene un «legítimo interés en proteger las fuentes y métodos de recogida de datos de inteligencia», el Tribunal anunció que esperaba que los tribunales que tramitaran las alegaciones de *habeas corpus* interpuestas por los detenidos en Guantánamo actuaran con «discreción para respetar este interés en la mayor medida posible» para evitar «la difusión amplia de información clasificada» (parágrafo 67)<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> En un voto discrepante, el presidente del Tribunal Supremo Roberts –al que se adhirieron los jueces Alito, Thomas y Scalia– argumentó que el procedimiento de revisión de la Ley de Tratamiento del Detenido protegía adecuadamente todos los derechos constitucionales de los que pueden disfrutar los extranjeros detenidos en el extranjero como enemigos combatientes, y criticaba a la mayoría por sustituir el sistema de revisión de la Ley de Tratamiento del Detenido por «una serie de procedimientos imprecisos que tendrán que ser definidos por los tribunales federales en un incierto futuro». El presidente Roberts argumenta que el Tribunal no debería haber admitido para ser revisados los recursos de los demandantes hasta que el Tribunal de Apelación del Circuito de Columbia hubiera tenido la oportunidad de evaluar si los remedios previstos en el proceso de revisión de la Ley de Tratamiento del Detenido, con independencia de los derechos legales y constitucionales que puedan tener los recurrentes. En un voto concurrente, el magistrado Souter argumentó que la crítica de los jueces discrepantes a la decisión de la mayoría de permitir una inmediata solicitud de *habeas corpus* por parte de los detenidos no tenía en cuenta suficientemente la duración del periodo de tiempo durante el cual los recurrentes han visto denegadas revisiones judiciales significativas de sus quejas.

## 4. IMPLICACIONES DE BOUMEDIENE

Nos planteamos aquí las consecuencias jurídicas, no las que tienen un matiz más político. No obstante, conviene dejar constancia de que su repercusión política en Estados Unidos ha sido muy considerable<sup>15</sup>, por más que haya tenido poco eco en nuestros medios de comunicación. En efecto, cuando se produjo la Sentencia, estaban teniendo lugar las elecciones primarias para la presidencia de Estados Unidos. En consecuencia, los que entonces aspiraban a ser candidatos a la presidencia fueron preguntados acerca de su postura sobre la base de Guantánamo. Pues bien, tanto Barak Obama como John McCain se declararon partidarios del cierre de la misma, aun cuando sus opiniones no se formularan con la solemnidad que una cuestión semejante merecería desde la perspectiva europea y no tuvieron eco, hasta donde alcancé a ver, en nuestra prensa. Es verdad que se trató de pronunciamientos no muy elaborados, prueba de lo cual es que no se ofrecía un criterio claro respecto de qué hacer con los entonces prisioneros en la referida base, si bien de una manera vaga se podía desprender que había proclividad en McCain a entregarlos a la jurisdicción ordinaria en tanto que Obama parecía contemplar la posibilidad de dejarlos en libertad.

<sup>15</sup> El 2 de julio de 2008, en la edición en Internet de *The Wall Street Journal*, David B. Rivkin Jr. y Lee A. Casey, abogados de Washington que habían trabajado en el Departamento de Justicia durante los mandatos de los Presidentes Ronald Reagan y George H. W. Bush, publicaban un artículo titulado «Después de Guantánamo» con el siguiente encabezamiento: «Los días de la prisión de la Bahía de Guantánamo están contados. John McCain y Barak Obama opinan que se debería cerrar, e incluso el Presidente George W. Bush quiere verla abandonada.» La noticia resultaba particularmente creíble si tenemos en cuenta que el artículo era crítico con la Sentencia. En particular, se dice que se plantea el problema de que «Los prisioneros de guerra legítimos en un conflicto convencional del futuro -que ahora reciben menos garantías legales que los detenidos de Guantánamo- también pueden exigir un proceso de habeas corpus. Por lo tanto, las fuerzas estadounidenses, si quieren asegurarse suficientemente de mantener a los prisioneros enemigos en cualquier parte del mundo, deben presentar pruebas, del estilo CSI, para convencer a los jueces de que sus capturados son, de hecho, lo que parecen ser: enemigos armados que luchan en contra de los Estados Unidos.

Recoger estas pruebas en el campo de batalla costará vidas y dificultará la eficacia del combate. Además, la necesidad de litigar en procesos de habeas corpus, en particular cuando se aplican a un gran número de prisioneros, supondrá una gran carga para el ejército estadounidense, que ya está contra las cuerdas por las exigencias de las operaciones globales. ... Hasta que la valoración del Tribunal Supremo cambie y la sentencia Boumediene sea invalidada, las fuerzas armadas se verán conducidas a una trágica política de 'captura y puesta en libertad'. A los agentes enemigos más veteranos, asumiendo que se puedan recoger suficientes pruebas, se les juzgará por crímenes de guerra ante comisiones militares. A otros se les detendrá, interrogará y después su custodia se transferirá a otros gobiernos aliados, o incluso serán puestos en libertad en el escenario de operaciones después de haber sido desarmados.»

Pues bien, limitándonos al ámbito más estrictamente jurídico, como resultado inmediato de la Sentencia Boumediene, los detenidos en Guantánamo pueden, a partir de la misma, solicitar la revisión de las medidas tomadas por los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente a un tribunal de distrito federal<sup>16</sup>. Sin embargo, las consecuencias completas de la Sentencia Boumediene podían ser mayores.

Aunque los recurrentes en Boumediene solicitaban revisión de *habeas corpus* de su calificación como combatientes enemigos, la afirmación del Tribunal según la cual el derechos de *habeas corpus* se extiende a Guantánamo hacía pensar que los detenidos podían también solicitar revisión judicial de quejas relativas a las condiciones ilegales de tratamiento o confinamiento, o discutir traslados planeados para la custodia en otro país (parágrafo 64).

También podía verse afectado por Boumediene el desarrollo de los procesos ante las Comisiones Militares de Guantánamo, toda vez que los combatientes enemigos podían esgrimir argumentos constitucionales contra su proceso y condena. Los extranjeros condenados por crímenes de guerra ante las Comisiones Militares podrían también solicitar revisión de *habeas corpus* de su calificación como combatiente enemigo por los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente, calificación que ha servido como requisito legal para su subsiguiente acusación ante una comisión militar.

## 5. POSIBLES LAGUNAS E INCÓGNITAS

Consideramos que la Sentencia que venimos comentando es de una gran relevancia porque fue la primera que, con posterioridad a los atentados de 11 de septiembre de 2001, consideró inconstitucional una norma con rango de ley incardinada en el marco de la política antiterrorista. Sin embargo, es difícil pronosticar las consecuencias de esta consideración del Tribunal. En efecto, hay que tener en cuenta que se trata de una consideración de inconstitucionalidad que en definitiva afecta más bien a aspectos formales que sustantivos.

Aunque el Tribunal en Boumediene sostiene que los procedimientos de revisión de la Ley de Tratamiento del Detenido son una sustitución inadecuada para el *habeas corpus*, expresamente se niega a valorar «el contenido de la Ley que regula» la detención de los detenidos en Guantánamo (parágrafo 67).

<sup>16</sup> Unas 200 solicitudes de *habeas corpus* habían sido archivadas por el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia antes de la Sentencia Boumediene y debido a esta, los jueces del Tribunal de Distrito tuvieron que estudiar cómo gestionar mejor los inminentes recursos.

## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

1) Más concretamente, conviene subrayar que la opinión mayoritaria señaló que no hacía «ningún pronunciamiento acerca de si los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente, tal y como están constituidos actualmente, cumplen con los requisitos del debido procedimiento legal» y subrayó que «tanto la Ley de Tratamiento del Detenido como el proceso de los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente siguen intactos» (parágrafo 66). Si esos procesos violan o no los requisitos del debido procedimiento legal, manifiestamente o bien tal y como se apliquen en un determinado caso, y si un concreto detenido ha sido mantenido en esa situación ilegalmente, son cuestiones que tendrán que plantearse ante el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia cuando actúe en revisión de las quejas de *habeas corpus* de los detenidos de Guantánamo. Con anterioridad a la eliminación de la jurisdicción legal sobre las quejas de *habeas corpus* de los detenidos en Guantánamo que llevaron a cabo la Ley de Tratamiento del Detenido y la Ley de Comisiones Militares, los jueces de los tribunales de distrito llegaron a conclusiones contradictorias en relación con el grado o alcance con que los detenidos podían impugnar su tratamiento y detención. Tras Boumediene, era posible que las continuas discrepancias entre los jueces de tribunales inferiores relativas al alcance de los derechos y recursos que corresponden a los detenidos de Guantánamo condujera eventualmente a un pronunciamiento más definitivo por parte del Tribunal Supremo. Pero en este punto la evolución de los acontecimientos parece hacer innecesario tal pronunciamiento. En definitiva, los fragmentos anteriormente entrecomillados del parágrafo 66 dejaban las puertas abiertas para los poderosos expertos en legues al servicio de la Administración pudieran buscar vías de mantenimiento de la política antiterrorista, como ocurrió durante el resto del mandato del Presidente Bush. Pero la anunciada desaparición de la prisión de Guantánamo (20 enero 2009) y al suspensión de los juicios de las comisiones militares (23 enero 2009) hace pensar que pudiera haber cambios legislativos que hagan innecesaria una nueva intervención del TSUSA.

2) Por otra parte, una cuestión que quedaba sin resolver en las consideraciones que hizo el Tribunal acerca de la aplicación extraterritorial de la Constitución, era el grado en que el *habeas corpus* y otras protecciones constitucionales se aplicaran a extranjeros detenidos en lugares extranjeros distintos de Guantánamo (por ejemplo, en instalaciones militares en Afganistán y en otros sitios, o en cualquier lugar de detención secreto de Estados Unidos en el extranjero). El Tribunal en el asunto Boumediene indicó que era preciso adoptar un enfoque funcional para resolver tales cuestiones, teniendo en cuenta «factores objetivos y razones prácticas» al decidir si el *habeas corpus* se extiende o no a los extranjeros detenidos fuera del territorio de Estados Unidos. Las razones prácticas mencio-

nadas en la opinión de la mayoría como relevantes para la valoración de la aplicación extraterritorial del *habeas corpus* incluyen el grado y la verosímil duración del control de Estados Unidos sobre el lugar donde el extranjero está detenido; los costes de consideró la Cláusula de Suspensión aplicable en una situación dada, incluyendo el desembolso de fondos para permitir los procedimientos de *habeas corpus* y la probabilidad de que los procedimientos comprometan o distraigan la atención respecto de una misión militar; y la posibilidad de que otorgar a una solicitud de *habeas corpus* pueda causar fricción con el Gobierno huésped.

3) Es interesante subrayar que Boumediene no anuló la anterior decisión del Tribunal en Eisentrager, en la que el mismo consideró que enemigos mantenidos privados de libertad en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial en Alemania no podían solicitar *habeas corpus*. La cuestión de si los extranjeros enemigos son mantenidos en condiciones que se parecen más a los detenidos en el caso Eisentrager o a los del caso Boumediene puede influir en la revisión de la valoración del Tribunal acerca de la cuestión de si tienen o no derecho de *habeas corpus*, así como su valoración del fondo de cualquier queja de *habeas corpus* considerada admisible. Así pues, en lo sucesivo, si bien quedaban abiertas las puertas para que el ejército intentara denegar el *habeas corpus* a personas que se hallaran fuera de Estados Unidos privados de libertad como consecuencia de la guerra contra el terrorismo, también es verdad que quedaba abierta, en virtud de la sentencia Boumediene la posibilidad de afirmar que esas personas, cuando se encontraran en situación análoga a la contemplada en el caso Boumediene, sí tendrán derecho de *habeas corpus*.

4) Aunque Boumediene consideró las limitaciones sobre la revisión judicial impuestas por la Ley de Tratamiento del Detenido y la Ley de Comisiones Militares una suspensión inconstitucional del *habeas corpus*, el Tribunal no excluyó toda legislación que altere el ámbito de revisión posible en los casos relativos a los detenidos de Guantánamo. Por ejemplo, el Tribunal sugiere que sería un «objetivo legítimo» para canalizar todos los casos futuros relativos a detenidos de Guantánamo a un tribunal de distrito de tal manera que se redujeran las cargas administrativas que recaerían en el Gobierno<sup>17</sup>.

5) Además, el Tribunal reconoció que el Gobierno tenía interés legítimo en limitar la difusión de datos de inteligencia clasificados durante la tramitación de

<sup>17</sup> Es más, el Tribunal sugiere que podría no ser necesaria legislación que reforme la Ley Federal de *habeas corpus* para adoptar esta medida; si un detenido presenta una solicitud de *habeas corpus* en un distrito distinto, el Gobierno puede provocar el desplazamiento de las actuaciones hacia el Tribunal de Apelación de Circuito del Distrito de Columbia.



## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

las vistas públicas relativas a los detenidos de Guantánamo. Aunque el Tribunal instó a los tribunales que realizan las revisiones a actuar con discreción para proteger este interés «en la mayor medida posible» (parágrafo 67), algunos en el Congreso se plantearon aprobar alguna ley que proporcionase un marco legal para la difusión de información clasificada en los casos relativos a los detenidos en Guantánamo.

6) El mandato del Tribunal en Boumediene no prohibió necesariamente toda legislación que limitara la revisión judicial de las quejas de los detenidos en Guantánamo. Podría considerarse incluso posible una ley del Congreso que limitara la revisión judicial hasta un grado similar al de la Ley de Tratamiento del Detenido o la Ley de Comisiones Militares si el Congreso suspendiera formalmente el *habeas corpus* en relación con los detenidos de Guantánamo. Sin embargo, nos inclinamos a pensar que tal ley pudiera ser considerada por el Tribunal incompatible con los requisitos de la Cláusula de Suspensión. Partiendo de que los requisitos de la Cláusula de Suspensión constituyen una cuestión susceptible de ser juzgada por los tribunales, la revisión del análisis por los tribunales de la constitucionalidad de una eventual ley que suspendiera el *habeas corpus*, conduciría posiblemente a plantear si los ataques terroristas de Al Qaeda en Estados Unidos pueden o no calificarse como «rebelión o invasión» y si la consideración del Tribunal de «la seguridad pública» se consideró, por lo tanto, idónea para requerir la suspensión del *habeas corpus* en Guantánamo, donde varios sospechosos de ser miembros o colaboradores de Al Qaeda están siendo retenidos.

El Congreso podía imponer algunas limitaciones sobre la revisión judicial de las resoluciones de los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente si refuerza las garantías procesales concedidas a los detenidos en las vistas de los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente. El Tribunal Supremo enumera determinadas potenciales deficiencias en el procedimiento de revisión del status que serían requisitos necesarios para la revisión desde la perspectiva del *habeas corpus* de las decisiones de los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente, incluyendo la falta de defensa legal durante las audiencias; la presunción de validez reconocida a las pruebas del Gobierno; las limitaciones procedimentales y prácticas de la facultad de los detenidos de presentar pruebas que refuten las acusaciones del Gobierno contra ellos, así como las limitaciones para refutar el testimonio de los testigos; limitaciones potenciales en la facultad del detenido de presentar pruebas exculpatorias; y limitaciones en la facultad del detenido de informarse acerca de la naturaleza de la acusación del Gobierno contra él en la medida en que esté basada en prueba clasificada (parágrafos 37 a 38 y 54 a 56). Antes de la presidencia de Obama era posible que el Con-

greso se orientara a subsanar algunas o todas las insuficiencias procedimentales potenciales en el proceso de los Tribunales para la Revisión del Status de Combatiente.

7) En todo caso, a raíz de la Sentencia no quedaba claro el destino de los aproximadamente 270 detenidos de Guantánamo. Algunos estaban siendo o serían juzgados por comisiones militares por crímenes de guerra. Se discutió si la sentencia Boumediene del Tribunal debería detener estos juicios, o por el contrario debería acelerarlos y todos los enemigos combatientes bajo custodia de los Estados Unidos, contra los que se han encontrado pruebas suficientes de sus crímenes de guerra, deberían ser juzgados pronto. En todo caso muchos de estos juicios no estaban programados y no cabía descartar que los procesos de *habeas corpus* dieran lugar a una orden de puesta en libertad si el gobierno no tiene pruebas suficientes para satisfacer a un juez civil de que efectivamente tienen estatus de enemigos combatientes.

Algunos (Rivkin y Casey<sup>18</sup>) dijeron que aquí se encontraba precisamente el margen de actuación que Boumediene dejaba al legislador. Estos señalaron que los detenidos en Guantánamo, aunque vieran reconocido su derecho a la libertad, no tenían en principio derecho a entrar en Estados Unidos. Acaso, añadieron, el Congreso debieran establecer una categoría de detención que permita a los extranjeros que no hayan sido admitidos legalmente de otra manera en este país estar detenidos hasta que un gobierno extranjero adecuado pueda aceptarlos. Con la ley vigente en aquel momento, los extranjeros en los Estados Unidos sin base legal para permanecer allí y a quienes no se encontraría un país receptor, sólo podían estar detenidos seis meses. Pero la Constitución concede al Congreso plena autoridad sobre las cuestiones de inmigración y nacionalidad y el Tribunal Supremo ha respetado —hasta ahora— esa autoridad.

Por otra parte, si algunos habían de continuar privados de libertad, se planteaba el problema de cuál sería el lugar adecuado. Aunque muchos miembros del Congreso (sobre todo, demócratas hostiles a Bush) habían censurado el destino de los detenidos en la Bahía de Guantánamo, pocos habían ofrecido sus Estados o distritos como alternativa adecuada. En julio de 2008, una resolución del Senado que se oponía a la transferencia de los detenidos de la Bahía de Guantánamo «a instalaciones cerca de vecindarios americanos» se aprobó por 94 a 3 (el entonces Senador Obama se abstuvo). Los abogados de los detenidos afirman que son, en su mayoría, cooperantes inocentes, supuestamente vendidos a las fuerzas estadounidenses por cazadores de recompensas afganos o pakistaníes

<sup>18</sup> «Después de Guantánamo», artículo publicado el 2 de julio de 2008, en la edición en Internet de *The Wall Street Journal*



## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

sin escrúpulos, pero los senadores americanos sospechan que transferir a los detenidos de Guantánamo a Estados Unidos crearía un problema de seguridad enorme, toda vez que la nueva localización se convertiría de inmediato en un objetivo específico para al-Qaeda o cualquier otro grupo jihadista. Se han propuesto los Barracones Disciplinarios Militares de Fort Leavenworth, Kan; pero, a diferencia de la Bahía de Guantánamo, Fort Leavenworth no está aislado de la población civil que lo rodea. De hecho, es prácticamente parte de las comunidades del este de Kansas y del oeste de Missouri. Otras alternativas, como la antigua prisión federal de la Isla de Alcatraz, también están rodeadas por concentraciones de población...

En conclusión, no se puede afirmar que esta Sentencia pusiera fin a la base de la Bahía de Guantánamo, pero sí que era un paso importante que acerca la visión estadounidense a la perspectiva europea (y canadiense<sup>19</sup>) de la cuestión. No obstante, serían los resultados de las elecciones presidenciales de 2008 las que implicarían un giro en la política antiterrorista de Estados Unidos. Pues es cierto que el Tribunal Supremo no procedió a una revisión radical de la misma, acaso porque el propio principio de congruencia no se lo haya propiciado. Queremos decir que, el planteamiento básico según el cual la guerra contra el terrorismo es una guerra en sentido técnico, que por lo tanto permite mantener privados de libertad a los declarados combatientes enemigos, es un planteamiento que no quedó excluido, si bien se abre el camino para que la jurisdicción ordinaria resuelva sobre el tema, llegando en última instancia el asunto al Tribunal Supremo. El giro vendría el enero de 2009, con la toma de posesión del Presidente Obama. Pero antes de aludir a la situación actual, refirámonos a la evolución de los acontecimientos entre el 12 de junio de 2008 y el 20 de enero de 2009.

## 6. RESOLUCIONES JUDICIALES POSTERIORES

6.1. El 17 de julio de 2008 un juez federal de Estados Unidos aprobó la celebración del primer juicio por crímenes de guerra en los tribunales militares de Guantánamo que comenzó el lunes 21 de julio contra el ex conductor de Osama Ben Laden. El juez James Robertson rechazó la solicitud de los abogados de Salim Hamdan. Se trataba del primer juicio de estas características que se celebraba en esta base militar de Estados Unidos situada en Cuba. Los abogados de

<sup>19</sup> V. al respecto el excelente trabajo de Groppi, Tania, «Dopo l'11 settembre: la 'via canadese' per conciliare sicurezza e diritti», en *Quaderni costituzionali*, a. XXV, n. 3, septiembre 2005, págs. 573 y ss.

Hamdan habían pedido que se suspendiera el juicio tras la decisión del Tribunal Supremo en el caso Boumediene, que, el anterior 12 de junio admitió que los presuntos terroristas considerados por el Gobierno como «combatientes enemigos ilegales» tienen derecho a cuestionar ante los tribunales de Estados Unidos la ilegalidad de su detención. Mientras estudiaba la solicitud, el Juez Robertson recibió un documento de 64 folios del departamento de Justicia en el que se le instaba a rechazarla por considerarla insuficiente como para detener el proceso<sup>20</sup>.

El jueves 24 de julio la prensa española<sup>21</sup> informaba del juicio<sup>22</sup>. Steve David, uno de los letrados militares de la defensa de Hamdan, afirmaba que «aunque el juicio se parezca a los que se celebran en Estados Unidos, en realidad no lo es»; explica[ba] que «los presos de Guantánamo han pasado años sin asistencia jurídica, no se les aplican los derechos que tendría un prisionero de guerra normal y los abogados ni siquiera tiene acceso a todas las pruebas; y eso lo invalida todo».

El primer día del juicio, Salim Hamdan se declaró no culpable. Se le acusa de conspiración y «entrega de soporte material para terrorismo» y podría ser condenado a cadena perpetua. Sus abogados insisten en que no era más que un conductor que trabajaba para Osama Ben Laden en Afganistán por 200 dólares (126 euros) al mes. Sin embargo, en la prensa estadounidense se obtiene la impresión de que Hamdan no era un simple chófer que estaba por casualidad empleado por Ben Laden, sino que, cuando fue capturado en Afganistán, transportaba en su vehículo dos misiles tierra-aire.

El juez Allred tuvo que decidir el primer día hasta dónde había sido legal que los interrogadores presionaran a Hamdan. Valorando un video aportado

<sup>20</sup> *El Mundo*, viernes 18 de julio de 2008. Como es obvio, no teniendo acceso a tal documentación, no se puede conocer la política gubernamental y mucho menos su fundamentación.

<sup>21</sup> («En el interior del campo justicia. En la sala 1ª de la base de Guantánamo se juzga al chofer de Osama Ben Laden», *El País*, jueves 24 de julio de 2008, internacional, pág. 6.) Se trata del primer juicio por crímenes de guerra que celebra Estados Unidos en más de 50 años. Preside el juez Keith J. Allred, un juez militar. A un lado se sienta el jurado, formado por cuatro hombres y dos mujeres, oficiales de alta graduación del Ejército. Hay un equipo de fiscales, otro de abogados defensores y una veintena de periodistas y miembros de asociaciones de defensa de los derechos humanos. La periodista narra que la escenografía revela el esfuerzo de la administración Bush para demostrar que los procesos contra los «combatientes enemigos ilegales» no son una farsa.

La prensa tiene acceso al juicio. En «Camp Justice» hay en el momento en que se escribe la crónica, fechada el 24 de julio, una treintena de periodistas, que pueden entrar en el juicio mediante un sistema de turnos rotatorios o verlo retransmitido en la sala de prensa con veinte segundos de retraso por si alguno de los participantes dice algo que, según las autoridades, pueda comprometer la seguridad nacional.

<sup>22</sup> La periodista informa, además, que se prevé que en los próximos meses habrá más juicios, incluyendo el del presunto cerebro del 11 S.

## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

por la acusación, descartó como pruebas, por las «altamente coercitivas condiciones bajo las que fueron hechas» las declaraciones que Hamdan hizo en las bases aéreas de Bagram y del Valle de Panshir en Afganistán, donde fue trasladado después de su captura en 2001. Pero el magistrado no aceptó rechazar en bloque los interrogatorios de Guantánamo, donde Hamdan está desde 2002, a pesar de que sus abogados alegaron que aquí su cliente se había visto obligado a hablar después de estar sometido a aislamiento, privación de sueño y humillaciones sexuales.

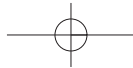
La primera quincena de agosto se publica la noticia de que Hamdan había sido condenado por la Comisión Militar a 66 meses de cárcel por apoyar actos terroristas. La sentencia le ha resultado a la prensa española desconcertantemente corta teniendo en cuenta que la fiscalía reclamaba, primero, la cadena perpetua y luego, 30 años de cárcel.

Ahora bien, cabe señalar que la Administración Bush parecía considerar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos le había reconocido el derecho a mantener detenidos a los miembros de Al Qaeda capturados como prisioneros de guerra todo el tiempo que duren las hostilidades, según permiten las convenciones de Ginebra (el artículo 118 del III Convenio establece: «Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas», lo que, a sensu contrario, significa que la potencia captora conserva el derecho a no liberarlos hasta que las hostilidades finalicen); una vez cumplida la condena impuesta (Hamdan lleva encarcelado 61 meses que se contarán como cumplimiento de parte de la de 66 impuesta), las autoridades militares podrían considerar que tienen derecho a conservarlo como prisionero de guerra hasta que terminen las hostilidades; tal decisión podría ser ajustada, desde la perspectiva de la Administración Bush, al Derecho internacional que rige los conflictos armados.

6.2. Sea cual sea el resultado de los procesos que sigan las Comisiones Militares y sean o no sus sentencias recurribles, habida cuenta de que el Tribunal Supremo en el caso Boumediene ha decidido que los prisioneros de Guantánamo pueden defenderse ante los tribunales ordinarios, todo indicaba que se acercaba una marea de demandas. Al parecer, de los 800 presos que habían pasado por la base, quedaban dentro entre 200 y 300, y todos ellos pueden pedir que un juez civil revise su detención.

6.3. El 7 de octubre de 2008<sup>23</sup> un juez federal ordenó al Gobierno de Estados Unidos la puesta en libertad de 17 uigures —una minoría musulmana chi-

<sup>23</sup> González, Ricard, «La Justicia se enfrenta a Bush por Guantánamo», en *El Mundo*, 8 de octubre de 2008, p. 22.



PEDRO TENORIO

na— que habían permanecido 7 años retenidos sin cargos en Guantánamo. El juez consideró que al no merecer ser calificados de enemigos combatientes, y habida cuenta de que se enfrentarían a torturas e incluso a ejecuciones si eran deportados a China, se les debe permitir residir en Estados Unidos. La Administración anunció que apelaría la decisión.

#### 7. APLICACIÓN DEL STATUS DE «COMBATIENTE ENEMIGO» A PERSONAS DETENIDAS DENTRO DE ESTADOS UNIDOS

Al parecer, en Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurre en Gran Bretaña, no hay un número estimable de ciudadanos islámicos desafectos al sistema. Sin embargo, ello no obsta, al parecer, a que personas detenidas dentro de Estados Unidos sean consideródas como «combatientes enemigos».

El 21 de julio de 2008, The Global Edition of the New York Times informaba de que la semana anterior el Cuarto circuito había dictado una resolución en virtud de la cual es el estatus de «enemigo combatiente» puede ser aplicado a personas detenidas dentro de Estados Unidos. El acusado era Ali al-Marri que había sido detenido durante más de cinco años como enemigo combatiente. Ali al-Marri, ciudadano de Qatar, con residencia legal en Estados Unidos, había sido inicialmente arrestado con su casa en Peoria, Illinois, con cargos penales ordinarios, y luego fue internado en prisión por las autoridades militares. El Gobierno, que alega que tiene vínculos con Al Qaeda, lo calificó como «combatiente enemigo» aunque el propio Gobierno no alega que forme parte de un ejército o que llevara armas en un campo de batalla.

El año pasado, una sección compuesta por tres jueces del Tribunal de Apelación de Estados Unidos para el cuarto circuito, con sede en Richmond, Virginia, declaró que el Gobierno no podía mantener detenido a al-Marri, o a cualquier otro civil, basándose simplemente en una orden del Presidente. El Tribunal resolvió que si se pretendía acusarlo había que proceder de acuerdo con el sistema de los Tribunales Civiles.

Sin embargo, la segunda semana de julio de 2008, la Sala del cuarto circuito anuló la decisión anterior y con algunos votos particulares, reconoció el derecho del Gobierno de mantener detenido a al-Marri indefinidamente. El Tribunal declaró que a al-Marri se le deben reconocer más amplios derechos para discutir su detención. Pero esta parte de la resolución era vaga. Según se derivaba de la información que proporcionaba el New York Times esta decisión conllevaba que la calificación de enemigo combatiente, que en principio era aplicable sólo a los capturados en el campo de batalla, podría en lo sucesivo ser



## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

aplicada a detenidos dentro de Estados Unidos. Se llegaba a decir que afecta tanto a ciudadanos de Estados Unidos como a extranjeros. Aunque al-Marri no es ciudadano de Estados Unidos el razonamiento del Tribunal resulta aplicable igualmente a los ciudadanos de Estados Unidos. Además, el Tribunal parecía aceptar que la autorización que el Congreso de Estados Unidos otorgó al Presidente para utilizar la fuerza contra los responsables de los ataques del 11 de septiembre, concedió al Presidente esencialmente poderes ilimitados.

Los abogados de al-Marri anunciaron que recurrirían al Tribunal Supremo. El *New York Times* señalaba que el principio según el cual los sospechosos de haber cometido delitos deben ser juzgados por los Tribunales ordinarios y deben ser detenidos en prisiones civiles y no en lugares secretos, así como el de que si no se prueba su culpabilidad deben ser puestos en libertad, estaban de esta manera seriamente amenazados y debían ser restablecidos por el Tribunal Supremo.

Por tanto, antes de los resultados de las elecciones presidenciales de 2008 eran previsible nuevas sentencias del Tribunal Supremo en la materia.

No estábamos, ni mucho menos, ante una sentencia que cerrara el conflicto entre libertad y seguridad en la lucha contra el terrorismo, ni siquiera ante una sentencia que conllevara una revisión radical de la postura norteamericana, pero sí ante una sentencia que marcaba un antes y un después, acercando la postura del Tribunal Supremo de Estados Unidos a la perspectiva europea (y canadiense).

## 8. EVOLUCIÓN TRAS LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DE 2008

Obama<sup>24</sup>, como McCain, prometió en campaña que cerraría Guantánamo. Su promesa fue más clara que la de McCain y le sirvió para marcar distan-

<sup>24</sup> En este epígrafe utilizamos diversas fuentes periodísticas. Como los periódicos en España han adoptado, sin excepción, una postura crítica en relación con la prisión militar de Guantánamo, entendemos que no es necesario precisar minuciosamente la fuente de la que extraemos cada uno de los datos a los que hacemos referencia en el epígrafe. Bastará con hacer referencia en la presente nota a los principales artículos y noticias manejados. Del diario *ABC*, edición digital, se ha extraído información de los días 11 de enero de 2002, 11 de enero de 2002, 12 de marzo de 2008, 7 de junio de 2008, 7 de octubre de 2008 y 25 de febrero de 2009; del diario *ABC* edición en papel, se ha extraído información de la edición de 5 de febrero de 2009, página 28, 24 de febrero de 2009, página 32, 25 de febrero de 2009, páginas 14 y 15, y 27 de febrero de 2009, página 28; del diario *El Mundo* edición papel, se ha extraído información del domingo 22 de febrero de 2009,

cias en la administración Bush y granjearse el favor de la opinión pública internacional.

Una vez que ha ganado las elecciones y especialmente desde que ha tomado posesión, se plantea con toda actualidad el futuro de los presos que se encuentran en Guantánamo. En noviembre de 2008<sup>25</sup>, ya se tenía alguna idea del plan del ya presidente electo para llevar a cabo el cierre de la prisión de Guantánamo. Antes de tomar posesión prometió cerrar el centro de detención de Guantánamo y juzgar a los detenidos en tribunales civiles ordinarios o en tribunales militares pero no en los tribunales especiales creados por la Administración Bush en Guantánamo. La tarde de su toma de posesión (el 20 de enero), Obama suspendía las comisiones militares de Guantánamo durante 120 días y tres días después se comprometía a cerrar el referido centro de internamiento en el plazo de un año.

Aunque en algún momento Barak Obama ha dicho de una manera más o menos vaga que los detenidos en Guantánamo serían juzgados por tribunales civiles ordinarios o por tribunales marciales comunes, descartando la continuación de las comisiones militares creadas por la administración Bush, no se ha hecho público hasta la fecha (febrero de 2009) un programa articulado de qué ocurrirá con los diferentes detenidos en la prisión referida

Al parecer, los terroristas detenidos en Guantánamo se dividen en tres grupos. El primero, de entre 60 a 80 personas, estaría constituido por terroristas capturados cuando se estaban preparando para serlo, antes de haber cometido ningún atentado. En EEUU parece que se considera que este grupo puede ser liberado en la convicción de que muy probablemente, tras su paso por Guantá-

página 28; del diario *El País* edición en papel, se ha extraído información de los días 25 de febrero de 2009, página 10 y 27 de febrero de 2009, página 5. Del diario *Público* edición papel, se ha extraído información del sábado 7 de febrero de 2009, páginas 10 y 11 y el 27 de febrero de 2009, página 22. Del diario *La Razón* edición papel, se han extraído datos de 25 de febrero de 2009, página 20 y 27 de febrero de 2009, página 30.

<sup>25</sup> V. Campmany, Emilio, «Obama y Guantánamo» en <http://exteriores.libertaddigital.com/obama-y-guantanamo-1276235819.html>. Tomamos como punto de partida de nuestro análisis los datos que ofrece el autor, con independencia de su planteamiento, brillante y claro, pero acerbamente crítico con la postura de Europa ante la guerra contra el terrorismo que ha llevado a cabo la administración Bush. Concretamente, el autor insiste en que el éxito de la política antiterrorista de EEUU con posterioridad a los atentados de 11 de septiembre de 2001 es inseparable de la política antiterrorista de la Administración Bush y, en particular, de la prisión de Guantánamo. El autor destaca que el «megaterrorismo con el que se enfrenta la llamada guerra contra el terrorismo de la Administración Bush se refiere a terroristas que no dudarían en hacer estallar una bomba nuclear en el centro de una gran ciudad occidental si pudieran», por lo que la prevención pasa a un primer plano y no sirve el Derecho penal y procesal clásicos.

## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

namo, no retornarán a la militancia terrorista. El segundo grupo lo compondrían unos 20 terroristas contra los que hay suficientes pruebas como para poder obtener contra ellos una condena penal en un tribunal ordinario (salvo lo que luego se dirá). El resto, hasta completar los 250, serían terroristas contra los que no hay pruebas suficientes o se obtuvieron de forma que haría que fueran rechazadas por los tribunales ordinarios, al haberse empleado en su obtención métodos contrarios a las leyes penales. Se trata del grupo de los que, siendo inequívocamente terroristas, sólo pueden ser condenados por las comisiones militares ideadas por Bush y legalizadas por el Congreso, ya que en ellas se permite emplear las «pruebas de inteligencia» reunidas por el ejército sin someterlas a las exigencias de las normales leyes procesales. No parece verosímil que estos terroristas fueran condenados en un tribunal ordinario.

Cada uno de los tres grupos plantea problemas específicos.

Los 60-80 que podrían ser liberados sin correr excesivo riesgo para la seguridad de los EEUU tendrían que ser enviados a sus respectivos países. Pero no lo han sido todavía por el grave riesgo de que en sus naciones de origen sean encarcelados y torturados. La alternativa es lograr que otros países amigos, más civilizados, los reciban como refugiados políticos o con base en cualquier otro estatuto que les permitiera residir en ellos y evitar tener que volver a su patria.

El segundo grupo, el de poco más o menos 20 personas contra las que se tienen pruebas suficientes para obtener una condena en los tribunales ordinarios es probablemente el que menos problemas plantea. Ahora bien, si tenemos en cuenta que cuentan con buenos abogados que buscan conseguir notoriedad con la defensa de estas personas y que el paso por Guantánamo invalidaría las pruebas completamente según algunos, es verosímil que muchos de ellos, o bien sean declarados inocentes, o bien tengan que cumplir una condena breve. De tal manera que, muy pronto circularían libremente por el territorio norteamericano a pesar de tratarse de terroristas que llevan a cabo una forma de terrorismo que para muchos requiere ser afrontada mediante mecanismos preventivos no represivos, dada la magnitud de los atentados que se temen.

El tercer grupo, el de los terroristas contra los que hay pruebas que un tribunal ordinario no admitiría como tales, es el que plantea más problemas desde el punto de vista de la seguridad. Liberarlos resulta arriesgado y someterlos a juicio con las normas penales y procesales ordinarias equivale a liberarlos directamente, aún conociendo su peligrosidad. Con referencia a estos, la solución que al parecer planea el nuevo presidente Obama es la de establecer unos tribunales especiales donde sean admitidas las «pruebas» obtenidas por medios de inteligencia que no serían admisibles con el derecho procesal ordinario. Esta solución se aplicaría también a las personas del grupo anterior.



---

PEDRO TENORIO

---

No deja de ser curioso que la solución sea bastante próxima a la que diseñó la Administración Bush con sus comisiones militares, si bien no pudo llevarla a la práctica hasta casi la finalización de su mandato.

Puede que esta solución, viniendo de Obama, goce de la aceptación de la opinión pública y de los gobiernos europeos que tan enérgicamente se opusieron a la política antiterrorista de la Administración Bush.

Pronto<sup>26</sup>, la Administración Obama ha pedido a sus países amigos europeos que recibieran en sus territorios a algunos presos de Guantánamo. ¿Cuál es la respuesta europea?. El 5 de febrero de 2009 se informaba en la prensa de que el Parlamento europeo había aprobado una moción en la que solicitaba a los Estados miembros de la UE que aceptaran reclusos procedentes de la prisión de Guantánamo y así mismo que todos los detenidos contra los que EEUU posea pruebas sean sometidos sin demora a un juicio adecuado en audiencia pública justa por un tribunal competente, independiente e imparcial; a lo que añadía que en caso de ser condenados, deberían ser mantenidos en centros de detención en EEUU. De acuerdo con un documento filtrado a la prensa, los Veintisiete no aceptarían en el territorio comunitario a ex detenidos de Guantánamo si el anunciado cierre de la polémica cárcel supusiera un traslado de parte de sus reclusos a otras prisiones estadounidenses en las que no se respetan plenamente los derechos fundamentales, como la de Bagram en Afganistán.

Varios países de la UE, entre los cuales figura el nuestro, han manifestado su disposición para aceptar a algunos de los internos de la cárcel de Guantánamo. Ahora bien, la proximidad del cierre de la prisión y la posibilidad de que se solicite el acogimiento de ex presos que puedan ser peligrosos terroristas ha puesto de actualidad algo que de alguna manera ya se había planteado a lo largo de los años anteriores, cuando la Administración Bush fue entregando a algunos de los presos que han pasado por aquella prisión. Frente a la absoluta unanimidad en todos los medios de comunicación en las aceradas críticas a la política antiterrorista estadounidense y en particular a la prisión de Guantánamo, ya pueden encontrarse algunas contribuciones en los medios de comunicación que advierten del peligro de liberar en Europa a peligrosos terroristas. Así por ejemplo,

---

<sup>26</sup> *El País*, miércoles 25 de febrero de 2009, página 10, da cuenta de que el Ministro de Asuntos Exteriores español, de visita en EEUU, en entrevista con la Secretaria de Estado de EEUU Hillary Clinton, había recibido la petición de que acogiera a presos provenientes de la cárcel de la base militar de Guantánamo. Según el Ministro español de Asuntos Exteriores España se habría comprometido a aceptar a estos ex presidiarios: «estamos de acuerdo en colaborar en la acogida de algunos presos siempre y cuando las condiciones jurídicas sean aceptables». No se han precisado cuántos presos vendrían a España ni cuándo. Según la ONG *Reprieve*, entre cuatro y seis presos de Guantánamo de nacionalidad tunecina y argelina querrían ser acogidos en España.



## LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

parece que la UE tiene intención de financiar que terceros países reciban a presos de Guantánamo y así mismo se aplicarán fórmulas para limitar el movimiento en el espacio Schengen a los acogidos temporales.

Pero, hasta donde hemos alcanzado a ver, nadie entre nosotros ha propuesto la existencia de una especie de «versión suave» de Guantánamo. En efecto, si intentamos resumir las opiniones vertidas al respecto en los medios de comunicación, cabe señalar lo siguiente: en primer lugar, se coincide en dudar de la validez y legitimidad de las pruebas de cargo que las autoridades militares estadounidenses puedan aportar en relación con los presos de Guantánamo; se trata de personas que se han encontrado en situación de incomunicación indefinida, y en indefensión, y que en algunos casos se dice que han padecido torturas. En consecuencia, de acuerdo con la doctrina de nuestros tribunales y del TEDH, tanto los juicios celebrados con esas pruebas como el intento de hacer valer esas pruebas ante los tribunales españoles estarían condenados a un resultado fallido. En segundo lugar, si se tratara de personas sobre las que no pesara imputación penal alguna, se considera que podrían beneficiarse en territorio español de las instituciones de la acogida y del asilo. El caso es que el art. 17 CE admite sólo la privación de libertad por decisión judicial y conforme a una estricta regulación que es especialmente exigente en el caso de la prisión preventiva: existencia de un procedimiento abierto y en marcha contra la persona a la que se prive de libertad y además existencia de unos plazos legales máximos, transcurridos los cuales la persona ha de ser puesta en libertad. Eso quiere decir que para que los presos de Guantánamo pudieran seguir privados de libertad en España sería condición necesaria que los tribunales españoles (Juzgados Centrales o Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial) abrieran un proceso en el marco del cual se inscribiera la medida cautelar de prisión provisional. Ciertamente el principio de jurisdicción universal aplicable a determinados delitos, en particular al terrorismo, en virtud del art. 23.4 LOPJ, podría inducir a pensar que existe la posibilidad de abrir tales procesos, pero también ha de tenerse en cuenta que el principio *non bis in idem* requiere para ello que ninguna otra jurisdicción tenga ya abierto un proceso sobre los mismo hechos, lo que ocurre probablemente con muchos presos de Guantánamo. Dando un paso más, cabe pensar en la aplicación de la figura jurídica de la inhibición, que existe en nuestro ordenamiento jurídico, pero no parece que haya razones jurídicas que justifiquen que la jurisdicción norteamericana decline su competencia a favor de los tribunales españoles ni que los tribunales españoles la acepten.

Desde el momento en que los presos de Guantánamo se encontraran en el territorio español gozarían de todos los derechos y garantías que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, en particular, la garantía del art. 504 LECr, según el

cual, incluso para los delitos más graves y aplicando la prórroga que se prevé en el mismo, la prisión preventiva no puede durar más de 4 años, para cuyo cómputo habría de tenerse en cuenta el tiempo del que ya hubieran sido privados de libertad por la causa que el tribunal español decidiera continuar. Teniendo en cuenta el tiempo que han durado las privaciones de libertad de los presos de Guantánamo, el art. 504 LECr implicaría que, una vez constatado que ha transcurrido el plazo máximo legal de detención preventiva, los presos deberían ser puestos en libertad en territorio español. Por otra parte, naturalmente, sin un estudio pormenorizado de cada caso, no puede saberse la suerte que correrán los presos que sean enviados a nuestro país; podría ocurrir, por ejemplo, que el país del que sea nacional el preso solicite su extradición. Pero la idea generalizada es que, una vez presentes en España, estas personas serán juzgadas por tribunales ordinarios o puestas en libertad.

#### Title

FREEDOM AND SECURITY IN THE UNITED STATES.

#### Resumen

El trabajo gira en torno a la STSUSA Boumediene, de 12 de junio de 2008.

Aunque es pronto para valorar en todas sus dimensiones la repercusión de esta nueva Sentencia del Tribunal Supremo, y a pesar de que la misma está en función no sólo de su propio contenido, sino de los resultados electorales en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2008, sí parecía desde que se dictó que se podía afirmar que marcaría un antes y un después en el régimen jurídico del terrorismo en aquel país, o al menos en la actitud de su Tribunal Supremo, en particular en relación con la detención por tiempo indefinido en la base de Guantánamo.

El impacto inmediato de la Sentencia Boumediene consistió en que los detenidos en Guantánamo podían dirigirse a cualquier tribunal de distrito federal solicitando la revisión desde la perspectiva del *habeas corpus* de las circunstancias de su detención.

No estamos, ni mucho menos, ante una sentencia que cierre el conflicto entre libertad y seguridad en la lucha contra el terrorismo, ni siquiera ante una sentencia que conlleve una revisión radical de la postura norteamericana, pero sí a una sentencia que marca un antes y un después, acercando la postura del Tribunal Supremo de Estados Unidos a la perspectiva europea (y canadiense).

LIBERTAD Y SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS

---

**Abstract**

The contribute is about the judgement of the S.C. in Boumediene case, June the 12th, 2008.

It is too soon to evaluate all the consequences which can arise from this new judgment of the Supreme Court, which will derive from it, but that will be different as a consequence of the results of the presidential elections in 2008 in the United States. Nevertheless, we can assert that this judgment is a milestone in the regulation of terrorism in that country, or at least in the attitude of its Supreme Court, particularly towards the indefinite time of detention in the Guantanamo Military Base.

The immediate impact of Boumediene case was that the detainees in Guantanamo could address any Federal District Court, applying for the revision of the circumstances of their detention from the point of view of *habeas corpus*.

This case certainly did not close the debate between freedom and security in the fight against terrorism; we are not even facing a judgment that entails a thorough revision of the North American view. But this case was a milestone in the stance of the Supreme Court of the United States, which approaches the European (and Canadian) perspective.

**Palabras clave**

Antiterrorismo. Suspensión de garantías. Tribunal Supremo de Estados Unidos. Habeas corpus. Comisiones Militares.

**Key words**

Anti-terrorism. Suspension of guarantees. Supreme Court of the United States of America. Habeas corpus. Military Commissions.