



Derecho Internacional Humanitario y lucha contra el terrorismo: El caso Guantánamo

Lucas Rodríguez de las Heras

Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid

lucas.rodriquezdelasheras@gmail.com

Resumen

La creación del centro de detención de Guantánamo en 2002 dentro del marco de la lucha contra el terrorismo iniciada por los Estados Unidos tras los atentados terroristas del 11-S ha significado un importante retroceso en los principios contenidos en Derecho Internacional Humanitario. La no aplicación de los estatutos existentes a los detenidos, la creación de nuevos estatutos o el establecimiento de las comisiones militares son algunos de los ejemplos que ponen de manifiesto el incumplimiento llevado a cabo por la administración estadounidense de estos principios. Este artículo defiende que cuestiones como la concesión del estatuto de prisionero de guerra, el respeto del estándar mínimo de derechos humanos e incluso la posibilidad de que los detenidos puedan ser juzgados por tribunales estadounidenses están detrás de asegurar una solución al problema de la prisión de Guantánamo que facilite su posible cierre definitivo.

Palabras clave

Guantánamo, Derecho Internacional Humanitario, estándar mínimo, comisiones militares, terrorismo.

International Humanitarian Law and fight against terrorism: Guantanamo's case

Abstract

The creation of Guantanamo Detention Centre in 2002, after September 11th attacks, has had a significant impact on the International Humanitarian Law principles. Since then, United States Administration has made many controversial decisions such as abolishing detainee status, creating new ones and establishing military commissions. This paper argues these new policies followed in the prosecution of the war on terror and questions the protection of minimum standards of human rights and the role played by United States Courts in finding a solution to Guantanamo situation to bring forward its closing.

Keywords

Guantanamo, International Humanitarian Law, minimum standards, military commissions, terrorism.

1. Introducción

Cuando en enero de 2002 la Administración Bush decidió establecer en la base naval de la Bahía de Guantánamo un centro de detención de máxima seguridad para los prisioneros de su denominada guerra contra el terrorismo, parecía difícil augurar que 11 años después seguiría en funcionamiento. A lo largo de este tiempo dicho centro ha ejemplificado los excesos que los Estados democráticos pueden llegar a cometer en su lucha por mantener la seguridad del Estado, incluso cuando en esa defensa se violen los derechos humanos. La Administración Bush trató desde un principio de situarla al margen de la ley y de convertir los derechos humanos básicos en elementos negociables más que de carácter universal.

Con Guantánamo, el sistema jurídico estadounidense ha visto cómo sus estándares constitucionales han sido rebajados para que pueda encajar en el sistema un centro que de manera notoria incumple con los derechos y las garantías que se consideran fundamentales en todo Estado de Derecho. Además, Guantánamo supone en el plano internacional una vulneración clara tanto del Derecho Internacional Humanitario (DIH) como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La llegada a la Casa Blanca de Barack Obama en enero de 2009 abrió la posibilidad de clausurar el centro de detención de Guantánamo ya que había sido una de sus propuestas clave durante la campaña electoral. Sin embargo, y a pesar de que el 22 de enero el nuevo Presidente emitiera una orden ejecutiva que ordenaba su cierre, diversas dificultades han impedido que hasta el momento dicho cierre se haya producido.

Antes de entrar en el análisis de la situación jurídica de los detenidos en Guantánamo nos referiremos a algunos datos que ponen de manifiesto la trascendencia que a lo largo de estos 11 años ha alcanzado este centro de detención.

De los cerca de 800 presos que llegó a albergar, en la actualidad 171 personas siguen detenidas en el penal de Guantánamo (Gartenstein-Ross, 2012: 256). De ellos, unos están a la espera de ser liberados (59) mientras que 48 han sido considerados como demasiado peligrosos para ser puestos en libertad, pero también para ser juzgados tanto por las comisiones militares como por los tribunales ordinarios, ya que parecen no existir evidencias suficientes para ser condenados. Con respecto a los detenidos ya juzgados, tan sólo 6 de los casi 800 detenidos han sido declarados culpables por las comisiones militares que se constituyeron a tal efecto (Englerth, 2008: 407).

Más allá de estos datos concretos, a lo largo del artículo vamos a centrarnos en primer lugar en las fuentes que nutren el DIH, lo que nos permitirá aproximarnos a una definición del mismo; en segundo lugar, analizaremos los diferentes estatutos que el DIH otorga a las personas que participan en un conflicto armado y la decisión de Estados Unidos de crear nuevas figuras no reconocidas por el derecho internacional. En tercer lugar, propondremos la necesidad de aplicar en estos casos lo que se denomina como estándar mínimo a la hora de aplicar a todos los detenidos un trato humanitario. Finalmente, y estrechamente relacionado con esta cuestión, veremos la adecuación de las comisiones creadas para juzgar a los presos de Guantánamo con este derecho a un trato humanitario, que incluye el de un juicio justo.

2. El Derecho Internacional Humanitario y sus fuentes

El DIH o *ius in bello* está compuesto por el conjunto de reglas cuyo objetivo es la humanización de las situaciones bélicas¹. Esta humanización se manifiesta a través de dos líneas de actuación: por un lado, proteger a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y, por otro, limitar los medios y métodos de hacer la guerra. De este modo,

[e]l derecho internacional humanitario [...] no permite ni prohíbe los conflictos armados, tanto internacionales como internos, sino que frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario (Salmón, 2004: 23).

El DIH así concebido se considera que está compuesto por dos conjuntos de reglas. Por un lado, aquellas destinadas a regular la conducta de las partes en conflicto durante las hostilidades, conocido como Derecho de La Haya o Derecho de la guerra; y por otro, las dirigidas en particular a proteger a las víctimas del conflicto, denominado Derecho de Ginebra. Si bien es cierto que en un principio se tendió a promover una separación entre ambas ramas, hoy en día es por todos aceptado la estrecha relación existente entre ambas². En este sentido se ha manifestado el Tribunal Internacional de Justicia, quien en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares afirmó que

[...] esas dos ramas del Derecho aplicable en casos de conflicto armado han llegado a estar tan relacionadas entre sí que se considera que poco a poco se ha convertido en un régimen complejo único, conocido actualmente como derecho internacional humanitario³.

En relación con las fuentes del DIH destaca, en primer lugar, su fuerte base consuetudinaria, la cual ha servido para el posterior desarrollo convencional del mismo. Este desarrollo normativo tiene su punto de partida en el *Convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña* de 22 de agosto de 1864, y se ha centrado tanto en la rama del Derecho de Ginebra como en la del Derecho de La Haya. Actualmente, el núcleo de este derecho convencional se encuentra formado por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y por sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

Además, para el posterior desarrollo de los citados tratados internacionales la costumbre juega un papel crucial en el DIH. El hecho de que gran parte de los principios y normas consuetudinarios ya hayan sido incorporados a los tratados internacionales no desvirtúa el carácter originario de estos. De hecho, la Cláusula

¹ Como Thomas Meron ha afirmado, “[...] en tanto la necesidad militar era en el origen el factor dominante, con el tiempo fue creciendo en importancia el principio de las restricciones humanitarias.” Citado en Rodríguez-Villasante y Prieto (2002: 47). En esta misma línea, Manuel Pérez González (2002: 43) se refiere al derecho internacional humanitario como aquel que “[...] procura contrarlar la guerra poniéndole frenos normativos a fin de delimitar sus efectos devastadores (*ius in bello*), someténdola, en definitiva, a reglas de humanidad.”

² En relación con la superación de esta dicotomía, Pérez González (*id.*: 44) afirma: “No en vano un básico instrumento convencional perteneciente al Derecho de Ginebra, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977, incorpora en su artículo 35 el principio recogido en el artículo 22 del Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, establece prohibiciones específicas de recurrir a ciertos métodos y medios de guerra [...], y sienta el esencial principio que ordena a las partes en conflicto hacer distinción entre población civil y combatientes, por una parte, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, por otra.”

³ Tribunal Internacional de Justicia, opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&case=95>. Revisado el 1 de enero de 2014.

Martens⁴ refleja esa coexistencia aclarando que el objetivo de ambos debe ser el otorgar a las personas en tiempo de conflicto armado una protección humanitaria básica, indispensable sin importar el origen consuetudinario o convencional de la misma.

A través de esta Cláusula se pretende que el derecho consuetudinario pueda cubrir las posibles lagunas que el derecho convencional, dado que sólo vincula a los Estados que lo han ratificado, pueda dejar en relación con las víctimas de todo conflicto armado. Por este motivo resulta necesario conocer qué normas de derecho internacional tienen carácter consuetudinario. Para responder a esta difícil cuestión es necesario fijarse en cuál ha sido la práctica generalizada, representativa y uniforme de los Estados a este respecto, poniendo especial atención en la posible implementación de las normas de DIH en los ordenamientos internos.

De este proceso podemos llegar a concluir que existen una serie de principios que forman parte del derecho internacional consuetudinario y que, por tanto, deben respetar todos los estados independientemente de si forman parte o no de los instrumentos convencionales concretos que los desarrollan. Nos estamos refiriendo a los principios de distinción, el de proporcionalidad, la definición de objetivos militares, el deber de tomar precauciones en los ataques, así como la prohibición de ataques indiscriminados. Igualmente, normas como las de la obligación de respetar y proteger al personal y los bienes médicos y religiosos, al personal y los bienes de las organizaciones imparciales que prestan ayuda humanitaria, así como el deber de respetar los bienes culturales y el medio ambiente, y regular el trato a las personas privadas de libertad y las garantías procesales de las que gozan las personas inculpidas, forman también parte del derecho internacional consuetudinario⁵.

177

Finalmente, hay que hacer mención a una serie de principios que se han mantenido presentes a lo largo de toda la evolución del DIH (tanto en su expresión consuetudinaria como codificada) y cuyo fin último ha sido el de poner límites y condiciones a la violencia bélica. Estos principios, algunos ya citados en la anterior enumeración de normas consuetudinarias, han sido mencionados en numerosas ocasiones por el Tribunal Internacional de Justicia en sus pronunciamientos y han sido extraídos tanto del Derecho de Ginebra como del Derecho de La Haya. Estos principios se encuentran recogidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra⁶: el deber de tratar con humanidad a todas aquellas personas que no participen directamente en las hostilidades; el principio de no discriminación, que no excluye la posibilidad de hacer distinciones de carácter favorable basadas en el sufrimiento, el desamparo o la debilidad natural de ciertas personas; el principio de inviolabilidad, que sienta la prohibición absoluta de los atentados contra la vida o la integridad corporal y contra la dignidad de la persona; y el principio de seguridad, que prohíbe actos tales como la toma de rehenes y el enjuiciamiento o ejecución sin previo juicio que ofrezca las suficientes garantías (Pictet, 1989: 56-59).

Así analizado el contenido del DIH y a modo de conclusión puede definirse su concepto de acuerdo con lo expuesto por Rodríguez-Villasante y Prieto:

⁴ Para profundizar en la relevancia de la Cláusula Martens en el ámbito de los conflictos armados ver: Ticehurst (1997: 131-141).

⁵ XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2-6 de diciembre de 2003. 03/IC/14, Ginebra, 2003, Vol. II, página 7.

⁶ Artículo 3 común a los cuatro *Convenios de Ginebra* de 12 de agosto de 1949. Disponible en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDKX2>. Revisado el 1 de enero de 2014.

Conjunto de normas jurídicas (fundamentalmente convenios internacionales y costumbre internacional) que regulan los derechos y deberes de los que participan en un conflicto armado y los medios y modos de combatir (Derecho de La Haya), y la protección de las personas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y población civil) y de los bienes (culturales, indispensables para la supervivencia de la población civil y medio ambiente natural) víctimas de la acción hostil (Derecho de Ginebra); limitando el uso de la fuerza y sin afectar el Estatuto jurídico de las Partes en conflicto. (Rodríguez Villasante y Prieto, 2002: 65)

Precisamente en esa segunda parte de la definición propuesta por Rodríguez-Villasante y Prieto es en la que nos vamos a centrar a la hora de analizar la cuestión de los presos de Guantánamo. Es decir, vamos a profundizar sobre si la clasificación y el trato recibido por los casi 800 prisioneros retenidos allí durante los últimos 11 años se ha ajustado a lo estipulado por el DIH.

3. Los detenidos de Guantánamo y su estatuto según el DIH

De manera general, el DIH distingue entre combatiente legal e ilegal⁷. Combatientes legales se consideran aquellos que tienen derecho a tomar parte activa en las hostilidades y que, por tanto, no pueden ser perseguidos por participar en ellas, siempre y cuando al hacerlo no cometan una violación de los Convenios de Ginebra. Por su parte, los combatientes ilegales son aquellos que, sin ser miembros de las fuerzas armadas o de milicias y cuerpos de voluntarios partes en el conflicto, participan de manera irregular en él (Ambos y Poschadel, 2013: 111).

Partiendo de esta clasificación genérica, se establece un régimen jurídico según el estatuto bajo el que se clasifica a cada individuo. Por un lado, los denominados combatientes legales cuentan con el estatuto de prisionero de guerra regulado en el Tercer Convenio. Por otro, las personas clasificadas como combatientes ilegales se encuadran dentro de los estatutos de civil regulado por el Cuarto Convenio o el de herido, náufrago o enfermo, regulado por el Primer y Segundo Convenio. La relevancia de esta categorización es doble. En primer lugar, el hecho de que cada estatuto da lugar a la aplicación de una serie de derechos determinados; y en segundo lugar, el que todo detenido indistintamente de su condición debe estar incluido en alguna de las categorías mencionadas.

Para facilitar la distinción entre combatiente legal e ilegal, en el artículo 4(A) del Tercer Convenio de Ginebra se especifica claramente las categorías de personas a las que, una vez en manos enemigas, se les debe otorgar el estatuto de prisioneros de guerra, con especial hincapié en los diferentes miembros de las fuerzas armadas y en los miembros de las milicias y cuerpos de voluntarios⁸.

⁷ Es igualmente empleada la distinción entre combatiente privilegiado y no-privilegiado (del inglés *privileged and unprivileged combatants*) para referirse a esta misma situación.

⁸ *Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:*

- 1) *los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas;*
- 2) *los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:*
 - a) *estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;*
 - b) *tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;*
 - c) *llevar las armas a la vista;*
 - d) *dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;*

Así definido, es importante insistir en la obligación de que la clasificación de los combatientes sea realizada de acuerdo con lo recogido en este artículo 4 y que en ningún caso dependa de una decisión unilateral tomada por el Estado.

A pesar de la obligación que tienen los Estados de clasificar a sus detenidos siguiendo los criterios establecidos por los Convenios de Ginebra, en el caso que estamos analizando, el de los presos de Guantánamo, los Estados Unidos decidieron no aplicar los Convenios de Ginebra a algunos de ellos. En concreto, la decisión de la administración norteamericana fue la siguiente: en primer lugar, se aplicarían los Convenios de Ginebra a los detenidos talibanes, pero no así a los miembros de Al Qaeda; en segundo lugar, a ninguno de los detenidos, ni los talibanes ni los de Al Qaeda, se les concedería el estatuto de prisionero de guerra; y por último, tanto los detenidos talibanes como los de Al Qaeda serían tratados acorde con los principios de humanidad⁹.

Para tratar de resolver esta situación, los Estados Unidos decidieron establecer una nueva categoría en las que incluir a los detenidos, tanto talibanes como miembros de Al Qaeda, a los que no querían otorgarle la condición de prisioneros de guerra. Esta decisión es claramente contraria al DIH, ya que ésta establece que no hay lugar para la creación de nuevas categorías. Es decir, no existe estatuto intermedio, ningún vacío entre la Tercera y la Cuarta Convención de Ginebra. Si un individuo no tiene derecho a la protección de la Tercera Convención como prisionero de guerra o a la de la Primera o Segunda Convención, necesariamente entrará dentro del ámbito de la Cuarta Convención.

La nueva categoría creada por la administración norteamericana fue la que consideraba a muchos de los detenidos de Guantánamo como combatientes enemigos. Bajo este concepto se incluía a todo individuo que formaba parte o que apoyaba a las fuerzas talibanes o de Al Qaeda, o con fuerzas asociadas que participaban en hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición. Esto incluye cualquier persona que haya cometido un acto “beligerante” o que haya apoyado directamente las hostilidades en ayuda de fuerzas armadas enemigas.

La creación de un nuevo estatuto no fijado previamente en el ordenamiento internacional tiene una doble consecuencia: por un lado, los detenidos en Guantánamo quedan al margen del ordenamiento y, por lo tanto, en una especie de

3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora;

4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto;

5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional;

6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra.

Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Art. 4(A), de 12 de agosto de 1949. Disponible en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDKX2>. Revisado el 1 de enero de 2014.

⁹ El problema que se planteó a este respecto es que, como afirma Manuel Pérez González (2002: 15) citando a fuentes del ejército norteamericano, “esa diferenciación entre talibanes y al Qaeda viene a tropezar con el hecho, reconocido en círculos oficiales estadounidenses, de que las autoridades bajo cuya custodia están los detenidos no saben con seguridad cuántos de ellos son soldados talibanes y cuántos miembros de al Qaeda, cabiendo la posibilidad de que muchos no sean ni lo uno ni lo otro.”



limbo legal que les excluye de las protecciones derivadas del DIH. Por otro, la nulidad de pleno derecho de todo lo que se derive de dicha categoría.

4. Estándar mínimo y derecho a un trato humanitario

Debido a que, como ya hemos explicado con anterioridad, Estados Unidos decidió no otorgarle el estatuto de prisionero de guerra a un elevado número de los presos de Guantánamo, la cuestión del estándar mínimo y del derecho a un trato humanitario adquiere una mayor relevancia.

Así, y recordando la ya citada previamente Cláusula Martens, durante cualquier conflicto armado toda persona, sin importar su estatuto concreto, debe ser tratada con humanidad. Para ello se establece un estándar mínimo exigible por toda persona que se encuentre en manos de una de las partes en conflicto con el fin de que ésta sea tratada humanamente y sin discriminación: se prohíbe que se dicten sentencias y se impongan penas sin un juicio justo ante un tribunal imparcial y correctamente constituido.

De igual modo, debe ser respetado el estándar derivado de los derechos humanos fundamentales. Si bien en el caso del derecho humanitario las obligaciones de los Estados varían de acuerdo con la clasificación que del conflicto armado y de los individuos que participan en ella se haga, estas distinciones no son relevantes cuando nos referimos al derecho de los derechos humanos. De hecho, la protección de los derechos humanos resulta incluso aun más importante cuando se produce un cambio en la naturaleza del conflicto o cuando éste está acercándose a su fin. Por lo tanto, este conjunto de normas no derogables procedentes del DIH y del derecho de los derechos humanos constituye el estándar mínimo aplicable en caso de conflicto armado que debe regir sin distinción alguna en el tratamiento de todos los detenidos, en cualquier conflicto armado sea cual fuere su status concreto¹⁰.

En los casos en los que no se considera de aplicación el estatus de prisionero de guerra, el estándar mínimo se convierte en el punto de referencia a la hora de definir el trato que los prisioneros deben recibir. Tres son los aspectos en los que nos debemos centrar y que resultan claves para asegurar un trato humanitario para todos los detenidos no considerados prisioneros de guerra: duración de las detenciones, acceso a un abogado y condiciones de las detenciones.

En relación con la duración de las detenciones hay que resaltar que, según expresa el Comité de derechos humanos, la privación arbitraria de libertad no está justificada en ninguno de los casos, ni siquiera bajo un estado de emergencia¹¹. La privación de libertad durante un conflicto armado se encuentra determinada por el DIH, el cual permite que dicha detención se prolongue hasta la finalización del

¹⁰ “Uno de los grandes avances producidos en el desarrollo [del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos] es el reconocimiento generalizado de su recíproca influencia, traducida en unas interacciones que son reflejo de la existencia de un continuum de reglas entrelazadas de uno y otro sector. Desde la óptica del CICR, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales tiene idéntica finalidad que los instrumentos internacionales de derechos humanos, si bien el derecho internacional humanitario se aplica en las situaciones de conflicto armado, sin perjuicio de lo cual los derechos humanos –y ésta es una observación crucial– siguen siendo aplicables en esas situaciones de una manera concurrente” Pérez González y Rodríguez Villasante y Prieto (2003: 19).

¹¹ Comentario General Nº 29 del Comité de derecho humanos de Naciones Unidas de 31 de agosto de 2001, párrafo 11. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

conflicto¹² exceptuando los casos en los que los detenidos estén esperando el comienzo de un proceso judicial o que un tribunal dicte sentencia¹³.

Así, si aplicáramos lo recogido en el artículo 133 del Cuarto Convenio de Ginebra en el caso de los detenidos en Guantánamo, parece claro que Estados Unidos está traspasando los límites que al ejercicio de los poderes establece el DIH en un doble sentido: por un lado, al mantener a los detenidos bajo su jurisdicción una vez finalizado el conflicto armado y, por otro lado, al no otorgarles la posibilidad de revisar su situación ante los órganos judiciales competentes norteamericanos.

Con respecto al segundo de los aspectos, el derecho a la asistencia letrada tal y como se recoge en el DIH está condicionado a la imputación de cargos concretos a los detenidos. De acuerdo con el artículo 72 del Cuarto Convenio de Ginebra,

[t]odo acusado [...] tendrá derecho a ser asistido por un defensor cualificado de su elección, que podrá visitarlo libremente y que recibirá las facilidades necesarias para preparar su defensa. Si el acusado no elige defensor, la Potencia protectora le proporcionará uno [...]¹⁴.

Aunque de manera menos explícita que en el Cuarto Convenio de Ginebra, la cuestión de la obligación de satisfacer todos los derechos y medios de defensa necesarios de los acusados está presente también en el artículo 75(4) del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra. En este artículo se precisa que todo acusado en manos de una potencia enemiga deberá ser informado sin dilación de los cargos que se le imputan y, a su vez, deberá contar con toda la ayuda necesaria para poder estructurar su defensa.

181

Si trasladamos estos principios generales al caso de los detenidos acusados de terrorismo y que se encuentran reclusos en Guantánamo, encontramos ciertas prácticas que contradicen los principios expuestos anteriormente. Han sido las propias fuentes de la Administración Bush las que han reconocido que no comenzaron los interrogatorios para determinar los cargos de los detenidos hasta que no finalizaron con aquellos destinados a extraer información relevante para la seguridad que los detenidos pudieran poseer. Así, durante todo ese período los detenidos no contaron con la asistencia de un abogado. Una asistencia legal rápida es crucial para asegurar que los detenidos sean conscientes de su derecho de no proporcionar información que les incrimine, como parte del principio fundamental de la presunción de inocencia. Es esencial romper la posible asociación negativa que la preocupación por la seguridad establece entre acceso a un abogado y la posibilidad de castigar a quienes han violado la ley.

Finalmente, el tercero de los aspectos, las condiciones durante la detención, tanto el DIH como el derecho de los derechos humanos recogen de manera concisa y clara referencias a las condiciones que deben acompañar a los detenidos durante un conflicto armado¹⁵. Es lo que se conoce como trato humanitario a los detenidos. Por citar algunos ejemplos, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el

¹² Este es precisamente uno de los argumentos expuestos por el gobierno norteamericano a la hora de justificar el que muchos de los detenidos durante las operaciones militares en Afganistán aún sigan bajo su jurisdicción y no hayan sido juzgados. De acuerdo con el punto de vista de la Administración Bush, el conflicto de Afganistán debe englobarse dentro de la 'guerra' que están librando contra el terrorismo y, hasta que este no finalice, consideran que tiene derecho a mantener detenidos a todos aquellos que hayan tratado de atentar contra la seguridad de Estados Unidos.

¹³ *Cuarto Convenio de Ginebra*, Art. 133, de 12 de agosto de 1949.

¹⁴ *Cuarto Convenio de Ginebra*, Art. 72.

¹⁵ Sobre esta cuestión destaca la obra: Rodley y Pollard (2009).

artículo 75(1) del Primer Protocolo Adicional, el artículo 13 del Tercer Convenio de Ginebra, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra, o el Comentario General N° 21 del Comité de derechos humanos al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tanto la tortura como cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante están absolutamente prohibidos incluso cuando nos encontremos en situaciones de conflicto armado. Así, la violación de este principio fundamental es considerada por el derecho internacional de tal gravedad que puede conllevar responsabilidades tanto a nivel individual como estatal. Por este motivo, y para reducir al mínimo la práctica de tratos inhumanos y degradantes, los Estados tienen la obligación de asegurar unos estándares de arresto y encarcelamiento para sus detenidos. Por tanto, y relacionado con este estándar, el Comité de derechos humanos ha considerado que tanto la detención incomunicada como el confinamiento aislado constituyen prácticas contrarias a dicho estándar y puede considerarse como tratos inhumanos o degradantes. Por su parte, el Comité contra la tortura, en su Observación General N° 2 a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes reafirma la prohibición absoluta de la tortura y excluye la posibilidad de alegar circunstancias excepcionales¹⁶.

5. Las comisiones militares

Antes de entrar a analizar distintos aspectos relacionados con la instauración de las comisiones militares para juzgar a los prisioneros de Guantánamo, es necesario aclarar que, si bien es cierto que la utilización de estos tribunales para juzgar a civiles no está prohibida por el derecho internacional, sí que se plantean ciertas cuestiones sobre si cumplen con los requisitos para ser considerados un juicio justo. En ocasiones son utilizados para facilitar el empleo de procedimientos especiales que no cumplen con los estándares normales de justicia¹⁷.

En el caso concreto que analizamos en este artículo, tres aspectos destacan negativamente al valorar la posible legalidad de estas comisiones militares creadas por la citada Orden Militar. En primer lugar, contradice lo expuesto por el artículo 102 del Tercer Convenio de Ginebra en relación con la obligación de la potencia detenedora de juzgar a los prisioneros de guerra con los mismos tribunales y de acuerdo con los mismos procedimientos que a sus propias fuerzas armadas. En segundo lugar, el establecimiento de distinciones a la hora de ser juzgados entre ciudadanos estadounidenses y extranjeros constituye una violación del derecho a un trato igualitario y del principio de no discriminación. Un derecho considerado norma consuetudinaria de derecho internacional. Finalmente, de acuerdo con el artículo 75(4) del Primer Protocolo Adicional, las sentencias sólo pueden ser aceptadas si han sido pronunciadas por un tribunal constituido regularmente, entendiendo éste como aquel que administra justicia de manera imparcial y de acuerdo con las garantías de un juicio justo recogidas en dicho artículo.

Más allá de estos tres aspectos que parecen no respetar las comisiones creadas por la Administración estadounidense para juzgar a determinados presos de Guantánamo, es importante profundizar en si en los procesos llevados a cabo por

¹⁶ *Observación General N° 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 24 de enero de 2008, Comité Contra la Tortura. CAT/C/GC/2.

¹⁷ A este respecto, el Comité de Derechos Humanos ha alertado del posible abuso en el empleo de este tipo de prácticas y recuerda además de la obligación que tiene este tipo de tribunales de adaptarse a las condiciones de un juicio justo recogidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

dichas comisiones se cumple con las garantías de un juicio justo, exigencia que, como ya hemos comentado anteriormente, sí que establece el derecho internacional. En este sentido, cinco son los derechos que les deben ser satisfechos a los detenidos a la hora de ser juzgados:

- Derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por ley.

El primero de estos derechos es considerado absoluto y, por tanto, no hay posibles excepciones al mismo. Incluso en el caso de conflicto armado, como ha quedado anteriormente recogido en el artículo 75(4), los tribunales destinados a juzgar a los prisioneros de guerra deben cumplir estos mismos requisitos.

Sin embargo, en el caso de las comisiones militares creadas para juzgar a los presos de Guantánamo, tanto el Presidente como el Secretario de Defensa poseen la libertad para crear y dar forma a estas comisiones, pudiendo decidir quiénes componen el tribunal, quién es su presidente, así como aceptar o no una posible apelación a la sentencia dictada por la Comisión.

De este modo se está violando el principio según el cual estos tribunales militares deben encontrarse estrictamente definidos por ley; y esto es especialmente grave si tenemos en cuenta que tales Comisiones tienen la competencia para dictar condenas a muerte, con lo que la vigilancia acerca del cumplimiento de los principios de un juicio justo debe ser, si cabe, más rigurosa.

- Derecho a una vista pública

A este respecto, el poder presidencial otorgado al Secretario de Defensa le permite declarar las vistas cerradas al público. La justificación dada es el peligro que implicaría que se hicieran públicos datos relacionados con la seguridad nacional.

Es innegable la necesidad de proteger cierta información que puede exponerse durante el proceso judicial y, por tanto, no es ahí donde radica el problema. Éste debemos buscarlo en que la decisión sobre el carácter abierto o cerrado de la vista esté en manos del poder ejecutivo y no del poder judicial.

Estrechamente vinculado con este derecho a una vista pública es relevante mencionar cómo afecta éste a la labor desarrollada por la defensa. Por el mismo motivo por el que se puede decretar el carácter cerrado de la vista se puede solicitar la exclusión del abogado defensor durante determinados momentos del proceso, es decir, para proteger la seguridad nacional.

- Derecho a defenderse uno mismo o a través de un abogado

Al igual que en relación con otros derechos mencionados anteriormente, la existencia de un conflicto armado no limita los derechos de defensa reconocidos a los detenidos. Además del ya citado artículo 75(4) del Primer Protocolo Adicional, el artículo 105 del Tercer Convenio de Ginebra y el artículo 72 del Cuarto Convenio de Ginebra se refieren a este derecho.

El problema surge cuando la elección del representante no la realiza directamente el acusado, sino que ésta viene impuesta por la propia potencia demandante. En el caso de las comisiones militares estadounidenses es el abogado jefe de la defensa el que determina quién defenderá a cada uno de los acusados. Según se recoge en la Orden Militar, los acusados podrán ser defendidos por un

abogado civil, pero éste no tendrá acceso a determinada información por motivos de seguridad nacional, algo que, en nuestra interpretación, es contrario al derecho a una defensa.

- Derecho a la presunción de inocencia

De acuerdo con la opinión del Comité de Derechos Humanos la presunción de inocencia es un elemento fundamental para que podamos hablar de la existencia de un juicio justo y, por tanto, no puede derogarse bajo ninguna circunstancia. Esto incluye, por supuesto, la existencia de un conflicto armado, situación en la cual, como recoge el artículo 75(4) *“toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*. Es éste un derecho tan esencial que incluso en los casos de acusados por genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad debe ser igualmente respetado.

- Derecho a apelar

Tanto los Convenios de Ginebra como el Comité de Derechos Humanos consideran el derecho a apelar la decisión judicial como un derecho esencial de un juicio justo. El artículo 73 del Cuarto Convenio de Ginebra afirma que

Todo condenado tendrá derecho a recurrir a los procedimientos de apelación previstos en la legislación aplicada por el tribunal. Se le informará plenamente acerca de sus derechos de apelación, así como de los plazos señalados para ejercerlos¹⁸.

Este derecho es especialmente relevante cuando la sentencia puede implicar la condena del acusado a la pena de muerte, como es el caso aquí analizado. Así, se establece claramente que los acusados no podrán acudir, tras ser sentenciados por las comisiones militares, a ningún otro tribunal con la intención de revisar la sentencia¹⁹. La única opción posible que se les ofrece es la de exponer su caso para una posible revisión ante un jurado compuesto por tres militares nombrados por el Secretario de Defensa.

Por lo tanto, encontramos que los desafíos son muchos y que, si bien contamos con valiosos instrumentos, las amenazas al DIH y al derecho de los derechos humanos son frecuentes y preocupantes.

6. Conclusiones

En fechas recientes el presidente Obama, en relación con un caso de espionaje masivo a ciudadanos bajo la justificación de evitar ataques contra la seguridad del Estado, afirmó que no era posible aspirar a un 100% de seguridad con un 100% de libertad.

Esta afirmación refleja de manera precisa la manera en que los Estados Unidos han afrontado tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 la difícil cuestión de la lucha contra el terrorismo.

La decisión de crear la prisión de Guantánamo, las condiciones de los presos allí retenidos, el establecimiento de comisiones militares para juzgarles e incluso la imposibilidad hasta la fecha de cerrar dicha prisión son un ejemplo más del desacierto con que algunos Estados democráticos han enfocado la lucha contra el

¹⁸ Cuarto Convenio de Ginebra, Art. 73.

¹⁹ En este caso se especifica que no podrán acudir a ningún tribunal estadounidense, ni a un tribunal de un país extranjero, ni a un tribunal internacional.

terrorismo. El hecho de considerar los derechos y libertades como obstáculos más que como cimientos sobre los que sustentar una respuesta firme y decidida ante estas amenazas ha sido desgraciadamente una constante.

El DIH es claro a la hora de definir el modo en que deben ser tratadas las personas que participan o que se ven afectadas por un conflicto armado. Sin embargo, parece ser que los Estados, y en particular Estados Unidos en el caso aquí analizado, no han respetado dichas normas y han apostado por redefinir dichas normas con el objetivo de evitar posibles limitaciones a su acción en la lucha contra el terrorismo.

La decisión de crear el centro de detención de Guantánamo ha permitido a las distintas Administraciones estadounidenses contar con un limbo legal en donde los estándares constitucionales de los Estados Unidos y, como aquí hemos analizado, el DIH han sufrido una clara vulneración. Once años después, las autoridades estadounidenses siguen siendo incapaces de poner fin a esta situación. La innegable connivencia de poderes e instituciones parece encaminada a que, pese a las esperanzas puestas a su llegada al poder, Barack Obama tampoco sea capaz de poner fin a Guantánamo.

Bibliografía

- AMBOS, K. y POSCHADEL, A. (2013), "Terrorists and Fair Trial: The Right to a Fair Trial for Alleged Terrorists Detained in Guantanamo Bay", *Utrecht Law Review*, Vol. 9, pp. 109-126.
- ENGLERTH, M. (2008), "Quo Vadis Guantanamo? Reflections on the U.S Supreme Court's Boumediene Decision", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Núm 4, pp. 397-432.
- GARTENSTEIN-ROSS, L. (2012), "The Future of Preventive Detention Under International Law", en MULLER, S. (ed.), *The Law of the Future and the Future of Law: Volume II*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Londres.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2002), "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 54, pp. 12-39.
- PICTET, J. (1986), *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, Instituto Henry Dunant, Ginebra.
- RODLEY, N., y POLLARD, M. (2009), *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, Nueva York.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2002), *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SALMÓN, E. (2004), *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- TICEHURST, R. (1997), "La Cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados", *Revista internacional de la Cruz Roja*, Núm. 140, pp. 131-141.