

LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS  
UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE LOS COMBATIENTES  
ENEMIGOS\*

Ricardo MÉNDEZ-SILVA\*\*

Un día  
todos sabemos hacer justicia  
lo mismo que la hizo el rey hebreo  
la hizo Sancho el escudero  
y el villano Pedro Crespo

León FELIPE

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Los dos fallos de la Corte Suprema del 28 de junio de 2004*. III. *A manera de conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 desataron severos desafíos al derecho internacional, al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos. En esta ocasión se aborda la noción “combatientes enemigos” o “combatientes ilegales” acuñada por el gobierno

\* Este trabajo se ha elaborado principalmente con base en el texto de los fallos del 28 de junio de 2004 de la Corte Suprema de los Estados Unidos y con material que brinda *Human Rights First* en su boletín semanal, [www.humanrightsfirst.org/index.asp](http://www.humanrightsfirst.org/index.asp). El interés personal se orienta a conocer como internacionalista el texto de los fallos y el alcance de los mismos. Existe una cierta temeridad al incursionar en las dimensiones técnicas del sistema judicial norteamericano, pero la importancia de los mismos a la luz de los conflictos de Afganistán e Iraq y las preocupantes violaciones a los derechos humanos bien justifica el riesgo. Agradezco a la pasante Mónica Cruz Espinosa la ayuda en la recolección del material.

\*\* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

de Bush el Peor<sup>1</sup> para calificar a los individuos detenidos en la “guerra contra el terrorismo”, como un intento conceptual y político-militar para escapar al régimen de los convenios de Ginebra de 1949. El artículo 4o. del Convenio III, relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, señala a las personas que pueden ser consideradas como tales, y en consecuencia sujetas a un régimen de protección definido por el principio de concederles un trato humano en toda circunstancia<sup>2</sup> y de ser beneficiarias de un conjunto de disposiciones sobre las condiciones de alojamiento, higiene y asistencia médica, de libertad para el ejercicio de su religión, de trabajo, etcétera. La condición de prisionero de guerra obedece a la finalidad de que no se reincorpore a las fuerzas enemigas y evitar que prosigan las hostilidades contra la potencia que lo retiene. Prevalece la obligación de las partes enfrentadas de devolver a la brevedad posible a las personas capturadas al Estado de su nacionalidad o a algún otro Estado al concluir las hostilidades. Sólo en el caso de que el prisionero fuera considerado presunto responsable de crímenes de guerra o de otros actos sancionables puede ser mantenido prisionero a efecto de ser juzgado.

En 2001 y de cara a la respuesta militar de los Estados Unidos contra Afganistán a principios de octubre, el gobierno norteamericano se planteó la situación de los talibanes y de los miembros del grupo terrorista *Al Qaeda*. Ciertamente, en el supuesto de estos últimos no era fácil concederles la calificación de prisioneros de guerra porque no pertenecían a las milicias formales de un gobierno. De todas suertes, el artículo 5o. establece que en caso de duda sobre la condición de las personas detenidas, éstas deben beneficiarse de la protección que brinda el instrumento convencional “en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”.<sup>3</sup> Un “tribunal competente” implica que una persona afectada puede hacer valer su verdad, conocer los méritos de una acusación y contar con una clari-

<sup>1</sup> El apelativo se lo impuso el escritor y novelista español Javier Marías: “Bush el Peor, como el padre no era bueno, no hay otra forma de distinguirlos”. Tal vez, digo yo, para el presidencial progenitor podría destinarse el sobrenombre de el Menos Peor. ¿Ya se olvidó la invasión a Panamá en 1989? Véase el artículo de Marías, “Naturales, muerte y vida”, *EPS, El País Semanal*, 25 de septiembre de 2005.

<sup>2</sup> Artículo 13.

<sup>3</sup> “Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4o. de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se beneficiarán de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”. Artículo 5o., párrafo 2.

ficación de su estatus, toda vez que las convulsiones bélicas propician confusiones en la diferenciación de los combatientes y los civiles que pueden ser capturados erróneamente y víctimas de acusaciones infundadas, más todavía en conflictos como los de Afganistán e Iraq, donde han prevalecido oposiciones étnicas, rivalidades políticas, exaltaciones religiosas, avivadas por el neoconservadurismo norteamericano que propaga en su discurso cotidiano una guerra sin cuartel contra el terrorismo.

De conformidad con la regulación de Ginebra, escapa al albedrío del Estado determinar discrecionalmente la condición de una persona detenida. A pesar de ello, con el auxilio “técnico” del entonces asesor jurídico de la Casa Blanca, Alberto González, hoy secretario de Justicia, y de esta dependencia gubernamental en su momento, el gobierno norteamericano concluyó que las convenciones de Ginebra no eran aplicables a la “guerra contra el terrorismo”, lo mismo tratándose de los talibanes que de los miembros de *Al Qaeda*, y con miras a eludir el régimen en vigor fraguó la expresión “combatientes enemigos” o “combatientes ilegales” para los cautivos de la nueva empresa militar. No existe una definición sobre esta categoría en la normativa estadounidense ni en los instrumentos internacionales; es, digámoslo claro, un epíteto trabajado en la línea de un unilateralismo convenenciero. En el caso *Hamdi vs. Rumsfeld*, la magistrada O’Connor escribió que el Ejecutivo no había aportado a los tribunales una definición<sup>4</sup> al respecto, y extrajo dos notas generales distintivas que se desprendían de las argumentaciones gubernamentales en el juicio:<sup>5</sup> a) que la persona acusada era parte o apoyaba a las fuerzas hostiles contra los Estados Unidos o contra los Estados aliados que luchaban en el Afganistán, y b) que se había comprometido en un conflicto armado contra los Estados Unidos.<sup>6</sup> Cabe enfatizar que este perfil fue identificado para el caso específico, y sería posible que en otro se maneja-

<sup>4</sup> “...the government has never provided any court with the full criteria that it uses in classifying individuals as such”.

<sup>5</sup> Fuera del ámbito judicial, el Pentágono para sus propósitos de acción militar ha definido al combatiente enemigo como un individuo que fue parte o apoyaba a las fuerzas talibanes y de *Al Qaeda* o pertenecía a fuerzas que están comprometidas en hostilidades contra los Estados Unidos o la coalición aliada, incluyéndose a cualquier persona involucrada en la comisión de actos de beligerancia o que hubiera apoyado directamente las hostilidades del lado de las fuerzas armadas enemigas. Básicamente son los mismos elementos que atendió la Corte, *Human Rights First*, *Boletín* 40, 31 de marzo, 2005.

<sup>6</sup> “...part of or supporting forces hostile to the United States or coalition forces” and who “engaged in an armed conflict against the United States”. Argumentos del gobierno norteamericano citados por la magistrada O’Connor en su opinión.

ran otros elementos. Con todo, la caracterización ha sido tan ambigua que la juez Joyce Hans Green en 2005, en un caso distinto mencionado hacia el final del presente escrito, calificó la noción de “combatiente enemigo” como peligrosa por su generalidad. Pese a ello y a las críticas de gobiernos extranjeros y de los medios de comunicación, el gobierno norteamericano ha insistido en utilizarla para señalar a las aproximadamente 600 personas detenidas principalmente en Afganistán y a otras capturadas en diversos lugares, como es el caso de seis algerianos detenidos en Bosnia o el de José Padilla, nacional norteamericano, detenido en Chicago. Los distinguidos con el bautizo de fuego de “combatientes enemigos” han estado principalmente reclusos en la prisión de Guantánamo con tres propósitos salientes:

- a) Escapar a las limitaciones de la normativa internacional.
- b) Eludir concretamente la obligación de liberar a los prisioneros de guerra al término de las hostilidades. De haberse aplicado el estatuto del “prisionero de guerra” hubiera sido preciso liberar a los detenidos en algún momento posterior a la caída del gobierno talibán o a la constitución de un nuevo gobierno en Afganistán a partir de diciembre de 2001. En el país asiático prosiguen los brotes de violencia, pero no puede sostenerse razonablemente que prosigan las hostilidades activas. Si se aguarda a liberar a los cautivos hasta que concluya “la guerra global contra el terrorismo”, que puede extenderse a lo largo de varias generaciones según lo han vaticinado los mismos responsables de la política exterior estadounidense, todos vamos a estar muertos, empezando por el comandante en jefe.
- c) Permitir indefinidamente los interrogatorios de personas sospechosas de estar vinculadas con *Al Qaeda* e inmersas en las oleadas terroristas a fin de obtener la mayor información posible. Ligado a este objetivo han tenido lugar las reprobables técnicas de interrogación y de confinamiento en Guantánamo y en Iraq, donde los acontecimientos de *Abu Grahیب* han sido un escandaloso emblema de arbitrariedad. Entre los sitios de retención se cuentan además los de Afganistán y los de otros países a donde ha sido remitido en secreto un número indeterminado de prisioneros, lo que constituye un capítulo siniestro de los tiempos que corren.<sup>7</sup> En estos lugares de destino no rigen pre-

<sup>7</sup> El caso más conocido es el de Maher Arar, un ciudadano sirio-canadiense. De regreso de una estancia vacacional con su familia en Túnez fue detenido en el aeropuerto

cisamente convencionalismos deferentes en lo que a tortura y malos tratos concierne, como Egipto, Jordania, Marruecos, Siria, los más mencionados, pero no los únicos.<sup>8</sup>

En este orden de preocupaciones no se intentan ignorar las atrocidades terroristas ni los crímenes de guerra o de lesa humanidad, pero la respuesta del Ejecutivo norteamericano, inspirada por otra visión fundamentalista, ha desconocido las bases tutelares de la Constitución norteamericana e incluso ha puesto en juego la división de poderes del país, cimientos de una sociedad democrática. Urgen que sean sustanciadas las acusaciones y se instalen los procesos respectivos a través de la observancia de las garantías individuales y de los recursos procesales. En el tiempo en que ha operado la prisión de Guantánamo, desde principios de 2002, han sido liberados o puestos bajo custodia legal de sus gobiernos (situación distinta a la transferencia clandestina a otros países que se mencionó arriba) a más de doscientas personas. Ello significa que un grupo importante de cautivos han permanecido enclaustrados en condiciones infamantes sin que se acreditara una responsabilidad real. Organizaciones humanitarias han denunciado que no existe precedente en la historia legal de los Estados Unidos sobre casos de esta naturaleza en los que se hayan negado sistemáticamente los derechos y recursos judiciales reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal estadounidense, el Código Uniforme de Justicia Militar o la mismísima

John F. Kennedy, donde esperaba para cambiar de avión rumbo a Canadá, bajo sospecha de estar vinculado con *Al Qaeda*. Doce días después fue trasladado encadenado a Jordania, primero, y luego a una prisión en Siria, donde, según su decir, fue golpeado, torturado y obligado a hacer falsas confesiones. *Human Rights First*, Boletín 33, 10 de febrero de 2005. Después de un año de prisión fue liberado por las autoridades sirias sin que hubiera hallado indicio alguno de relaciones con el grupo terrorista. *Human Rights First*, Boletín 40, 31 de marzo de 2005. La remisión y encarcelamiento en terceros países es otro de los puntos a develar. El pasado 2 de noviembre el *Washington Post* dio a conocer que más de cien detenidos están en complejos carcelarios en varios países con el propósito de eludir la jurisdicción de los tribunales norteamericanos. Son sitios secretos llamados “lugares negros”, bajo el control de militares norteamericanos y sin que los reclusos tengan contacto con nadie. Al parecer las mazmorras se encuentran bajo la superficie terrestre.

<sup>8</sup> Hay elementos de convicción de que un número aproximado a ciento cincuenta personas han sido enviadas a aproximadamente cuarenta países en dos jets utilizados por la CIA en unos seiscientos vuelos. *Human Rights First*, Boletín 37, 10 de marzo de 2005.

Constitución norteamericana,<sup>9</sup> y han reclamado una redefinición del comportamiento gubernamental.

En este tenor, deben contemplarse los dos fallos del 28 de junio de 2004 emitidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos, identificados con los siguientes nombres: a) *Hamdi vs Rumsfeld, Secretary of Defense*, y b) *Rasul vs Bush, president of the United States*. El primer caso se refirió al de un joven de doble nacionalidad, estadounidense y saudita, detenido a fines de 2001 en Afganistán, durante el tiempo de las hostilidades activas. El segundo comprendió la situación de dos ciudadanos australianos y doce kuwaitíes capturados igualmente en el extranjero durante la contienda. Entre los dos casos salta una diferencia, aunque ambos convergen en una violación manifiesta de las garantías individuales reconocidas por el sistema jurídico norteamericano y por el trato debido a los prisioneros de guerra con apego a la normativa internacional: Hamdi ostentaba la nacionalidad norteamericana al mismo tiempo que la de Arabia Saudita, mientras los catorce reclamantes en el caso Rasul poseían exclusivamente una nacionalidad extranjera. A grandes rasgos, los fallos dictaminaron que un nacional norteamericano podía impugnar la condición de “combatiente enemigo” ante una autoridad neutral,<sup>10</sup> y en lo tocante los extranjeros detenidos en Guantánamo que tenían el derecho de acudir a los tribunales de los Estados Unidos a fin de que éstos atendieran sus reclamos.<sup>11</sup>

Más allá de las partes directamente involucradas en los dos casos, las personas retenidas y el gobierno, los fallos dieron pie a reacciones diversas:

- a) La ONG *Human Rights First*, institución activa en la defensa de los derechos de los “combatientes enemigos”, saludó a las decisiones jurisprudenciales considerándolas como el referéndum más importante en toda una generación sobre el ejercicio democrático del poder en los Estados Unidos. En la misma línea, con un entono

<sup>9</sup> *Human Rights Watch*, Informe 2005.

<sup>10</sup> “We hold that although Congress authorized the detention of combatants in the narrow circumstances alleged here, due process demands that a citizen held in the United States as an enemy combatant be given a meaningful opportunity to contest the factual basis for that detention before a neutral decisionmaker”.

<sup>11</sup> “The District Court has jurisdiction to hear petitioner’s habeas challenges... to entertain habeas applications by persons claiming to be held «in custody in violation of the... laws... of the United States». Such jurisdiction extends to aliens held in territory over which the United States exercises primary and exclusive jurisdiction, but not «ultimate sovereignty»”.

más sereno, *Human Rights Watch* y Amnistía Internacional han destacado su importancia y trascendencia.<sup>12</sup>

- b) Por el contrario, otras instituciones han criticado la cobertura limitada de las sentencias, ya que la expresión de la Corte Suprema en el caso *Hamdi*, referente a que tenía el derecho de acudir “ante una autoridad neutral”, sin explicitar la competencia de los tribunales del orden común, permitió al gobierno una semana después de los fallos constituir los Tribunales de Revisión de la Condición de Combatientes en el ámbito del Pentágono, lo que le ha favorecido para seguir obstinado en su política.
- c) Una tercera línea de apreciaciones la encarna Ronald Dworkin,<sup>13</sup> cuyo artículo me entregó el doctor Sergio García Ramírez, maestro de siempre. El autor, dueño de una viva experiencia en la materia de derechos humanos, sostuvo que estos fallos propiciarían el advenimiento de nuevas decisiones judiciales en las instancias inferiores, que podrían ir más lejos que los criterios delineados por la Corte Suprema. Coincido con su parecer, aunque hay una diferencia a su favor: mientras Dworkin escribió su artículo nada más conocidos los fallos, yo he dispuesto de noticias sobre decisiones judiciales emitidas luego del parteaguas judicial del 28 de junio de 2004.

A mediados de 2004 campeaba todavía en la sociedad norteamericana un sentimiento de cautela para cuestionar abiertamente al Ejecutivo por su “guerra global contra el terrorismo”. En este entorno de dubitaciones la posición de la Corte rescató los principios torales de la tradición constitucional y dio un banderazo tácito al quehacer jurisdiccional para abrirse a concepciones más avanzadas. Por ahí hubo quien mencionó que la Corte Suprema se había acordado tardíamente de enarbolar los valores que sustentan al debido proceso. Es menester tener presente que estas inconformidades en particular fueron interpuestas en primera instancia a mediados de 2002, posteriormente elevadas a sendas cortes de apelación y en última

<sup>12</sup> Informes anuales de 2005.

<sup>13</sup> “...a más largo plazo, es posible que las decisiones de la Corte Suprema tengan un impacto de mayor profundidad porque los argumentos de los jueces proporcionan la base legal para una conclusión mucho más potente que la que sacó la Corte Suprema”. Dworkin, Ronald, “Lo que la Corte verdaderamente dijo”, *Anuario de Derechos Humanos 2005*, Universidad de Chile, p. 33.

instancia sometidas al conocimiento de la Corte Suprema. Verdad es que los sufrimientos de la injusticia no se concilian con los ritmos de la revisión meticulosa de los tribunales y de las pugnas procesales, pero deviene inadecuado simplificar el mérito de sus actuaciones.

A partir de fines de junio de 2004, se han emitido decisiones de organismos jurisdiccionales en las instancias inferiores a la Corte Suprema que revelan las orientaciones y convicciones distintas de los juzgadores, pero algunas han inaugurado vertientes alentadoras que orillarán a la Corte Suprema a adoptar pronunciamientos más puntuales. Es misión de un estudio distinto comentarlas en por menor pero en calidad de referencia resulta propicio resaltar tres decisiones:

- 1) Salim Ahmed Hamdan V. Donald H. Rumsfeld. Hamdan es acusado de haber sido guardaespaldas y chofer de Osama Bin Laden y de haber realizado en esta calidad actos de conspiración, ataques contra objetivos civiles, asesinatos, destrucción de propiedades y atentados terroristas. Es uno de los casos que el Ejecutivo ha seleccionado para que sea juzgado por una comisión militar.<sup>14</sup> El juez de distrito, James Robertson, del distrito de Columbia, emitió en noviembre de 2004 una sentencia que aporta una elaboración ilustre sobre los instrumentos de derecho internacional aplicables. Concluyó que mientras un tribunal competente no determinara si una persona califica para la condición de prisionero de guerra ésta

<sup>14</sup> Tales comisiones fueron establecidas por una orden militar del presidente Bush el 13 de noviembre de 2001, sobre “Detención, trato y juicio de ciertos no-ciudadanos en la guerra contra el terrorismo”. Las disposiciones de esta orden sólo se aplican a aquellos extranjeros cuando el presidente determine que existen motivos para su procesamiento con base en los supuestos siguientes:

- a) El individuo sea o haya sido miembro de *Al Qaeda*.
- b) Haya participado en actos de terrorismo internacional o conspirado para cometerlos o prepararlos, que “hayan causado, puedan causar o se pretenda que causen daños o efectos adversos para los EU, sus ciudadanos, la seguridad nacional, la política exterior o la economía”; o
- c) Haya brindado auxilio o encubierto a una persona que se encuentre en cualquiera de las anteriores situaciones.

Estas comisiones militares han originado numerosas críticas sobre su constitucionalidad y pertinencia. Véase García Ramírez, Sergio, “Consideraciones sobre terrorismo”, en Olloqui, José Juan de (coord.), *Problemas jurídicos y políticos del terrorismo*, México, IJ-UNAM, 2003, pp. 115 y ss.



sólo puede ser juzgada por una corte marcial. Asimismo, sostuvo que mientras una comisión militar pretenda juzgar al quejoso, excluyéndolo de las audiencias y ocultándole las evidencias de la acusación, el procedimiento será ilegal. De igual manera, estableció que Hamdan debería ser sacado del aislamiento en el que se encuentra dentro del Campo Delta, y que fuera integrado con la población penitenciaria general. La sentencia fue significativa, porque ha impedido hasta el momento que Hamdan sea juzgado por una comisión militar. El gobierno apeló la decisión y la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, en julio de 2005, revirtió la decisión del juez y declaró legales a las comisiones militares.<sup>15</sup> Vale la pena destacar que entre los magistrados de la Corte de Apelación se encontraba John Roberts, quien actualmente es el presidente de la Corte Suprema.<sup>16</sup> Justo en la fecha que el autor entregó este artículo para publicación, el 7 de noviembre de 2005, la Corte Suprema ha aceptado revisar la contradicción surgida entre la decisión del juez Robertson y la de la Corte de Apelaciones.<sup>17</sup>

- 2) El 28 de febrero de 2005 el juez de distrito, Henry Floyd, sostuvo en el caso de José Padilla que el presidente no tenía autoridad para mantener detenido de manera indefinida a un ciudadano norteamericano en calidad de “combatiente enemigo”, y ordenó que el gobierno debería presentar cargos contra él o liberarlo en un plazo de cuarenta y cinco días. Es éste un caso notorio, enredado en una jungla procesal. Padilla es un ciudadano norteamericano de religión islámica quien fue arrestado en mayo de 2002 en el aeropuerto de Chicago, acusado de conspirar con *Al Qaeda* y de intentar detonar una bomba radiactiva en los Estados Unidos. Más tarde, la fiscalía replanteó la acusación y la cambió por la de intentar volar un complejo de edificios residenciales saboteando las tuberías de gas. Con todo, uno de los testigos que lo inculpó se ha retractado y el otro ha sido tachado por una dudosa integridad personal. El fallo del juez Floyd contuvo palabras enérgicas, sin embargo, no se pronunció sobre la validez o invalidez de las imputaciones y afirmó que Padilla

<sup>15</sup> *Human Rights First*, Boletín 56, 21 de julio de 2005.

<sup>16</sup> *Ibidem*, Boletín 71, 4 de noviembre de 2005.

<sup>17</sup> *New York Times*, 7 de noviembre de 2005.

debería ser juzgado en una corte del orden común.<sup>18</sup> El gobierno apeló la decisión del juez de distrito, y el 9 de septiembre de 2005 la Corte de Apelaciones del Cuarto Distrito revocó la decisión del juez y se inclinó por la legalidad de la detención, apoyándose en el argumento de que el Congreso había autorizado al Ejecutivo a realizar detenciones al haberle concedido poderes de guerra en septiembre de 2001. El 27 de octubre de 2005, Padilla, que dicho sea de paso cuenta con el respaldo de importantes personalidades y organizaciones no gubernamentales para que su caso se trate en el orden común, solicitó a la Corte Suprema que revise los términos dictados por la Corte de Apelación y la situación particular que guarda como detenido.<sup>19</sup>

- 3) El 12 de marzo de 2005 la jueza Rosemary M. Collyer prohibió al gobierno federal transferir a trece nacionales yemenitas de Guantánamo a su país. Parecería un contrasentido objetar la salida de la guantanamera casa del horror, pero la decisión se inspiró en la preocupación de los abogados de que los quejosos pudieran ser trasladados a lugares donde pudieran ser víctimas de tortura y malos tratos. La jueza prohibió la transferencia a menos de que se celebrara una audiencia cuando menos treinta días antes de que aconteciera el traslado.<sup>20</sup>

Los tres casos señalados se encuentran en fase de apelación.

## II. LOS DOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DEL 28 DE JUNIO DE 2004

### 1. *Hamdi V. Rumsfeld, Secretary of Defense*

El afectado fue Yaser Esam Hamdi, quien nació en Louisiana en 1980, y se mudó con su familia a Arabia Saudita a temprana edad y detentaba ambas nacionalidades, tanto la norteamericana como la saudita. A mediados de 2001 se encontraba en Afganistán, y a raíz de la campaña Libertad Du-

<sup>18</sup> *Human Rights First*, Boletín 36, 3 de marzo de 2005.

<sup>19</sup> *Ibidem*, Boletín 70, 27 de octubre de 2005.

<sup>20</sup> *Ibidem*, Boletín 38, 17 de marzo de 2005.

radera, iniciada en octubre por el gobierno norteamericano y sus aliados, fue capturado por miembros de la Alianza del Norte, fuerza militar afgana asociada con los Estados Unidos. Hamdi estuvo bajo custodia del ejército norteamericano, el cual lo interrogó, y a principios de 2002 lo remitió a la base naval de Guantánamo, situación que lo convirtió en uno de los primeros reclusos del tropical centro penitenciario. Para abril de 2002, los custodios contaron con evidencia de que Hamdi poseía la nacionalidad norteamericana y fue enviado a Virginia y más tarde a Charleston, Carolina del Sur. El gobierno norteamericano lo calificó como “combatiente enemigo” y quedó sujeto al régimen ya muy conocido de confinación indefinida, sin asesoría legal y sin que se le sometiera a juicio. En junio de 2002, el padre de Hamdi hizo una petición de hábeas corpus señalando que la retención y la incomunicación de que era víctima su hijo atentaban contra la quinta y la decimocuarta enmiendas constitucionales. Sostuvo que su hijo había viajado a Afganistán para realizar servicios de ayuda comunitaria, en donde había permanecido poco menos de dos meses antes del 11 de septiembre de 2001. Alegó que durante ese breve periodo resultaba imposible que Hamdi, de veintiún años entonces, hubiera recibido entrenamiento militar. En palabras del padre, la detención había ocurrido por inexperiencia juvenil.

La Corte de distrito<sup>21</sup> conoció el alegato del gobierno norteamericano a través de un funcionario de nombre Michael Mobbs. No importa demasiado el nombre de este personaje, pero sus manifestaciones en el juicio fueron conocidas como la “Declaración Mobbs” por haber sido el eje de la acusación y acaso también en virtud de su raquítrico sustento. El susodicho funcionario presentó como única evidencia para justificar la detención y el posterior enclaustramiento la versión de que Hamdi, en julio y agosto de 2001, se había sumado a un contingente de los talibanes que le había brindado entrenamiento militar. Luego de un enfrentamiento con milicias de la Alianza del Norte, Hamdi se había rendido y entregado su rifle de asalto marca Kalishnikov. Su asociación con los talibanes y las conclusiones de varios equipos militares que habían analizado su situación habían movido al gobierno a conferirle la condición de “combatiente enemigo”. Sin embargo, las afirmaciones no fueron respaldadas por evidencia y se limitaron al mero decir del funcionario. La Corte de Distrito encontró que la declaración Mobbs estaba lejos de constituir un cimiento sólido para avalar la detención del acusado y criticó la naturaleza genérica de las formulaciones.

<sup>21</sup> *Eastern District of Virginia.*

Así, ordenó al gobierno que entregara copias de todas las declaraciones de Hamdi y las notas de los interrogadores militares, junto con sus nombres y direcciones y que se anexaran igualmente las declaraciones de los miembros de la Alianza del Norte que lo habían apresado originalmente, junto con los datos sobre el lugar de la captura y se suministrara el nombre y los puestos de los militares y/o funcionarios gubernamentales que se habían inclinado a favor de su condición de “combatiente enemigo” y se hicieran explícitas las razones de su transferencia a los Estados Unidos. Todo ello, para que la Corte de Distrito pudiera adentrarse en una revisión judicial seria y determinar si Hamdi había recibido las garantías que la Cláusula sobre el debido proceso reconoce dentro del ordenamiento constitucional. Inconforme, el gobierno acudió a la Corte de Apelaciones del Cuarto Distrito enarbolando nuevamente los términos de la mentada Declaración Mobbs. La instancia revisora siguió un curso decisorio contrario y sostuvo que al haber sido detenido Hamdi en una zona de combate, en un teatro de conflicto extranjero, era innecesario contar con evidencias adicionales como lo solicitaba la Corte de primera instancia. Sazonó sus razonamientos recordando que la finalidad de la detención de los combatientes enemigos era impedir que se reunieran con las fuerzas enemigas, paradójicamente elemento consustancial de la situación de los prisioneros de guerra. Agregó la Corte de Apelaciones que una investigación minuciosa y la relación detallada de los acontecimientos desbordaban los límites aceptables de una revisión judicial. Cuando la Corte Suprema conoció del asunto, puso en la ancestral balanza de su quehacer el interés de la persona protegida por el conjunto de garantías individuales y el interés del gobierno que detenta la responsabilidad de velar por la seguridad nacional, y al tiempo que se pronunció por el respeto de la cláusula del debido proceso recomendó al juez de distrito competente que tomara en cuenta las condiciones del teatro de guerra para determinar la pertinencia de la información requerida.

La Corte Suprema arribó a su conclusión con base en una opinión elaborada por la magistrada O'Connor, en la que participaron el magistrado presidente y los magistrados Kennedy y Breyer. Por su parte, los magistrados Souter y Ginsburg presentaron una opinión individual, donde arguyeron que la detención de Hamdi carecía de sustento legal, pero concurrieron con la decisión de la mayoría. En contra, formularon opinión disidente los magistrados Scalia y Stevens, quienes fueron más lejos y sostuvieron que sólo el Congreso podía suspender la cláusula del hábeas corpus. Por su parte, el magistrado Thomas, acérrimo seguidor del gobierno, emitió una opinión

disidente. La votación denota la pluralidad de visiones en el Poder Judicial y es reflejo de la polivalente sociedad norteamericana. Cabe apreciar, sin embargo, que los seis votos que finalmente concurrieron en la resolución estuvieron a favor de reconocer el derecho del quejoso a ser escuchado, a contar con asesoría legal y a rechazar el derecho del Ejecutivo a retener indefinidamente a los cautivos sin juicio y sin garantías, y dos votos disidentes adicionales pugnaban por una protección de mayor rango.

En la opinión de los cuatro magistrados que tomaron como base la elaboración de la magistrada O'Connor cobran relevancia los siguientes puntos:

- a) El estatuto de “combatiente enemigo” no fue objeto de examen. Sostuvo la opinión de que el gobierno no había suministrado una definición sobre “los combatientes enemigos” a ningún tribunal y que del análisis de la documentación, tal como quedó expresado con antelación, para efectos del caso en cuestión concluía que dos eran las notas distintivas: *a)* haber sido parte de o haber apoyado a las fuerzas hostiles contra los Estados Unidos o contra sus aliados en Afganistán, y *b)* haber estado involucrado en el conflicto armado contra los Estados Unidos. Decepciona al recorrer las elaboraciones del fallo no encontrar un análisis sobre esta noción. Se trata de un órgano colegiado y se entiende que en el contexto político resultaba difícil edificar un consenso, según lo ejemplifica la misma votación. Fue sin embargo un avance notable en medio de la polémica nacional y con mayor razón porque fue ésta la Corte que reconoció el triunfo de Bush en las conflictivas elecciones de 2000. Y todavía un elemento de preocupación a futuro es que con la salida de la magistrada O'Connor, que ha sido un factor de equilibrio, el nombramiento de un sustituto de orientación conservadora y la designación reciente de un nuevo presidente del organismo jurisdiccional nombrado por el presidente Bush, John Roberts, la balanza pueda inclinarse en otra dirección. Por lo pronto, es estimulante la posición que adoptó la juez de distrito, Joyce Hens Green, en enero de 2005, sobre la categoría de los “combatientes enemigos” que se trata al final del presente trabajo.
- b) Sostuvo que el Congreso, cuando aprobó la resolución conjunta el 18 de septiembre de 2001, apenas una semana después de los atentados, autorizó al presidente a usar toda la fuerza necesaria y apro-

piada contra las naciones, organizaciones o personas que él determinara hubieran planeado, autorizado, cometido o ayudado a su realización, y que dentro de esta autorización se incluía la facultad de realizar detenciones, y recordó, como en su momento lo hizo la Corte de Apelaciones, que la retención tenía por fin evitar que los detenidos se sumaran nuevamente a las filas del enemigo. Si bien este objetivo es correcto, la detención ilimitada obedece más bien al propósito de extraer información. Vale la pena aclarar igualmente que en la resolución del Congreso del 18 de septiembre no existe mención expresa de la facultad de hacer prisioneros, pero la mayoría en la Corte entendió que los poderes de guerra concedidos al Ejecutivo mencionaban a “personas” dentro de los probables responsables, lo que conllevaba la posibilidad de detenerlas, lo que en su parecer equivalía a una facultad expresa. Fue éste uno de los puntos de división: el magistrado Thomas, incondicionalmente asumió la posición del presidente Bush, y contra viento y marea sostuvo que los tribunales no deben restringir el derecho del Ejecutivo a combatir el terrorismo, y consecuentemente a realizar detenciones con arreglo a las necesidades de la seguridad nacional. Mientras, de otra parte, los magistrados Scalia y Stevens sostuvieron en sus opiniones individuales que a menos de que existiera una suspensión expresa del hábeas corpus por el Congreso el presidente no tenía derecho a retener a ciudadanos estadounidenses y declararlos “combatientes enemigos” de manera ilimitada, por lo que Hamdi debería ser juzgado por los tribunales, de haber pruebas, por el cargo de traición a la patria. Los magistrados Souter y Ginsburg afirmaron que sólo el Congreso tenía la facultad de determinar y regular la categoría de “combatiente enemigo”, y más todavía argumentaron que la facultad de tomar prisioneros en una contienda bélica debía ser concedida expresamente y no desprenderse de manera implícita; concluyeron que los detenidos deberían gozar de auxilio legal y disponer de un recurso para hacer valer sus posiciones. En este punto fue más avanzada la postura a la defendida por la mayoría y forman la punta opuesta del arco argumental representado por el magistrado Thomas.

- c) En consonancia con su planteamiento, la mayoría opinó que no existía impedimento legal para que los Estados Unidos retuvieran

a uno de sus ciudadanos como “combatiente enemigo”. En esta inteligencia, un ciudadano norteamericano, al igual que un extranjero, había estado en aptitud de militar contra los Estados Unidos o miembros de la coalición aliada. No obstante, rechazó el criterio de la Corte de Apelaciones del Cuarto Distrito, relativo a que la mera residencia de Hamdi en Afganistán era motivo suficiente para fundamentar una culpabilidad y justificar su detención durante la duración del conflicto. Por importante que fuera el interés del gobierno para apresar a quienes constituyen una amenaza a la seguridad nacional durante el curso de un conflicto internacional —agregaron— la historia y el sentido común muestran que un sistema de detenciones sin contrapesos o limitaciones lleva aparejado el riesgo de convertirse en un medio de opresión y abuso hacia otros individuos que no entrañan un peligro semejante. Hablando en primera persona del plural, la mayoría enfatizó: nosotros reafirmamos hoy<sup>22</sup> la naturaleza fundamental del derecho de un ciudadano de estar a salvo de un confinamiento involuntario efectuado por su propio gobierno sin el debido proceso legal. En aras del equilibrio entre los derechos individuales y el interés nacional apuntaron que un ciudadano que pretendiera impugnar su condición de combatiente enemigo debería recibir información sobre las imputaciones referentes a su clasificación y tener una oportunidad legal de impugnarlas ante una autoridad neutral. Con sus argumentaciones cuestionaron la facultad reclamada por el Ejecutivo federal para retener indefinidamente y sin protección judicial a los llamados combatientes, postura festinada en el contorno de prácticas abusivas de los derechos humanos.

- d) Ahora bien, tras los planteamientos sobre el debido proceso, la mayoría reconoció al quejoso el derecho a comparecer ante una autoridad neutral<sup>23</sup> y alegar lo que a su derecho conviniera. Los antecedentes manejados en la opinión descansan en el derecho del detenido a comparecer ante un tribunal neutral, pero optaron por la fórmula “una autoridad neutral” o textualmente en inglés *a neutral decisionmaker*, un giro que abre la posibilidad del conocimiento

<sup>22</sup> En traducción libre.

<sup>23</sup> “...be given a meaningful opportunity to contest the factual basis for that detention before a neutral decisionmaker”.

de estos casos por organismos distintos a los tribunales del orden común. Ello es avalado por la propia opinión al mencionar que los estándares del debido proceso podrían colmarse a través de tribunales militares constituidos de manera apropiada y adecuada.<sup>24</sup> La redacción en este punto alude a “tribunales militares”, expresión que no engloba necesariamente a las comisiones militares creadas por el Ejecutivo para juzgar a los presuntos responsables de los actos de terrorismo, cuya integración y constitucionalidad han sido severamente cuestionadas. A más abundamiento, utiliza la expresión “tribunal” citando a la Convención de Ginebra. Quiero pensar que la Corte no tuvo a la vista las comisiones militares, pero por otra parte algunos de los detractores del fallo indican que la Corte se prestó de antemano a justificar los Tribunales de Revisión sobre el Estatuto de Combatiente Enemigo, engendros seudojudiciales del Pentágono establecidos unos días después. Tal vez la mayoría empleó la frase *...appropriately authorized and properly constituted military tribunal* pensando en los consejos de guerra, que se encuentran regulados por el Código Uniforme de Justicia Militar en los cuales se reproducen en buen grado las garantías del orden común.

- e) En otro capítulo del fallo, la mayoría rechazó el alegato del gobierno, relativo a que la separación de poderes puede relajarse en tiempos de emergencia: “Hemos sostenido largamente —dicen— que un estado de guerra no es un cheque en blanco para el Presidente cuando afecta los derechos de los nacionales”.<sup>25</sup> “Por lo tanto, hemos dejado claro —agregaron— que a menos que el Congreso suspendiera el gran recurso del Habeas Corpus, el Poder Judicial juega un papel necesario en la tarea de mantener el delicado balance de la gobernabilidad, sirviendo como un importante contrapeso frente a la discrecionalidad del Ejecutivo para realizar de-

<sup>24</sup> “There remains the possibility that the standards we have articulated could be met by an appropriately authorized and properly constituted military tribunal. Indeed, it is notable that military regulations already provide for such process in related instances, dictating that tribunals be made available to determine the statues of enemy detainees who assert prisoner of war status under the Geneva Convention”.

<sup>25</sup> “We have long since made clear that a state of war is not a blank chek for the President when it comes to the rights of the nations citizens”.



tenciones”.<sup>26</sup> Cualquier proceso en el cual los alegatos del gobierno se presumieran intocables, sin oportunidad para que el imputado estuviera en condiciones de hacer valer su propio derecho, tendría un endeble rango de constitucionalidad. En una frase de la opinión se sintetiza la preocupación dominante del alto tribunal: Hamdi no ha sido sometido a proceso.<sup>27</sup> Y prosigue sosteniendo que un interrogatorio por sus captores o custodios, no obstante la efectividad que pudiera poseer en el ámbito de la inteligencia, difícilmente constituiría un medio de prueba adecuado frente a una autoridad neutral. En palabras llanas, la Corte concluyó: el “proceso” al que ha sido sometido Hamdi no se ajusta a los términos que definen a la cláusula del debido proceso.<sup>28</sup> La versión textual en inglés de la decisión incluye entrecomillada la palabra “proceso”, signos gramaticales con los cuales pone en duda su pretendida naturaleza. Seguramente *Human Rights First* se inspiraba en estos razonamientos cuando aseveró que los fallos del 28 de junio de 2004 eran el referéndum más importante en toda una generación sobre el ejercicio democrático del poder en los Estados Unidos.

- f) La mayoría decidió que el asunto fuera regresado a una Corte de distrito para que retomara el asunto bajo la óptica de los señalamientos vertidos. Importa subrayar que al hacerlo rescataba la autoridad de los tribunales del orden común, y con sus argumentos reforzaba el derecho de petición del hábeas corpus. En la conclusión aparece un párrafo donde indica que en este caso debería proceder una investigación limitada sobre las circunstancias de su detención bajo los poderes de guerra, en virtud de las situaciones propias de un escenario bélico, y no una revisión exhaustiva de las circunstancias relacionadas con su captura.<sup>29</sup> A este punto se refie-

<sup>26</sup> “Likewise, we have made clear that, unless Congress acts to suspend it, the Great Writ of habeas corpus allows the Judicial Branch to play a necessary role in maintaining this delicate balance of governance, serving as an important judicial check on the Executive discretion in the realm of detentions”.

<sup>27</sup> “Hamdi has received no process”.

<sup>28</sup> “Plainly, the “process” Hamdi has received is not that to which he is entitled under the Due Process Clause”.

<sup>29</sup> “It also concluded that Hamdi is entitled only to limited judicial inquiry into his detention’s legality under the war powers of the political branches, and not to a searching review of the factual determinations underlying his seizure”.

re la opinión cuando destacó que la Corte de primera instancia había puesto demasiado énfasis en los derechos de la persona y la Corte de Apelaciones el acento en los intereses del gobierno, por lo que era indispensable alcanzar un equilibrio, ponderando la situación que viven los militares en el cumplimiento de su deber en el teatro de operaciones.

## 2. *Desenlace*

Yaser Esam Hamdi fue liberado y enviado a Arabia Saudita merced a un acuerdo firmado por su representante legal el 14 de septiembre de 2004. El acuerdo cortó de raíz el proceso legal, y la liberación estuvo sujeta a condiciones y compromisos expresos, pero es indudable que de no haber mediado el litigio resuelto por la máxima instancia Hamdi permanecería a estas fechas padeciendo el severo enclaustramiento. Por otra parte, el gobierno norteamericano jamás lo hubiera liberado si hubiera dispuesto de probanzas sobre su vinculación con los talibanes o los militantes de *Al Qaeda* o si hubiera contado con indicios, así fueran leves, sobre su peligrosidad o si hubiera podido ser una fuente de información. A través del acuerdo las partes asumieron compromisos que el afectado suscribió a cambio de su libertad:

- El gobierno norteamericano acordó enviar a Hamdi a Arabia Saudita el 30 de septiembre inmediato o en una fecha cercana a ésta si se interponían causas de fuerza mayor, proporcionarle documentos de viaje, trasladarlo vestido de civil, y, en lo que se antoja una nota de humor negro, a no hacer escala en Guantánamo durante la travesía. En los considerandos del documento Hamdi reconoció ser súbdito de Arabia Saudita, lo que implicó la renuncia a su nacionalidad norteamericana, condición por lo visto necesaria para obtener su liberación, práctica que se engarza con una política migratoria soterrada del gobierno norteamericano para expulsar de su territorio a las personas bajo sospecha de simpatía con grupos terroristas.
- A su vez, Hamdi se comprometió a no involucrarse en la preparación, apoyo, conspiración, realización de actividades de terrorismo o de combatiente contra los Estados Unidos o sus ciudadanos o

contra sus aliados. De igual modo, asumió la obligación de notificar al gobierno de Arabia Saudita cualquier contacto que llegara a establecer con alguna persona que el gobierno de los Estados Unidos estimara como terrorista. Hizo renuncia expresa a involucrarse en acciones terroristas o relacionadas con la “jihad violenta”.

- Hamdi se obligó a permanecer en el Reino de Arabia Saudita durante un periodo de cinco años a partir de la fecha del acuerdo sin viajar al exterior. Asimismo, renunció para siempre a viajar a Afganistán, Iraq, Israel, Pakistán, Siria, la Franja de Gaza y Cisjordania. También quedó consignada su obligación de no viajar a los Estados Unidos durante un lapso de diez años, y después solicitar una autorización expresa del secretario de la Defensa. Durante quince años Hamdi aceptó informar a la embajada norteamericana en el Reino de Arabia Saudita o ante un funcionario de este país aprobado por los Estados Unidos sobre cualquier viaje que pretendiera realizar a países en los que no hubiera limitación para desplazarse con treinta días de anticipación. Es un acuerdo de voluntades, y la liberación sólo procedió tras la adopción de sus términos. Ninguna culpabilidad sobre su conducta fue determinada; no obstante, el Convenio se tradujo cuando menos en restricciones a su libertad de movimiento. El acuerdo reseñado es el único al que he tenido acceso, pero es dable suponer que en otros casos de repatriación se hayan planteado exigencias semejantes. Traigo a colación de memoria el caso de un anciano afgano que estuvo detenido en Guantánamo, y su manera de protestar fue comiéndose sus propios excrementos. Fue algo demasiado fuerte para “los conservadores compasivos” y finalmente lo dejaron en libertad. Supongo que también tuvo que firmar un acuerdo.

## *2. Rasul V. Bush, president of the United States*

Los peticionarios de hábeas corpus fueron dos australianos y doce kuwaitíes, capturados durante las hostilidades en Afganistán y retenidos en custodia en la base militar de la bahía de Guantánamo. Alegaron la ilegalidad de su detención argumentando que nunca combatieron contra los Estados Unidos ni estuvieron involucrados en actos terroristas, y sostuvieron que nunca se habían presentado cargos contra ellos, no se les había permitido tener un consejero legal ni acceso a algún organismo judicial.

La Corte Suprema falló en el sentido de que los tribunales de los Estados Unidos tienen jurisdicción para considerar las objeciones sobre la legalidad de la detención de extranjeros en Guantánamo. La Corte analizó principalmente tres cuestiones: *a)* el derecho que tienen los extranjeros en un área sujeta a la jurisdicción norteamericana, no necesariamente bajo el poder soberano de los Estados Unidos; *b)* la naturaleza de los derechos que este país ejerce en Guantánamo, y *c)* el derecho de los extranjeros a impugnar su condición de combatientes enemigos ante el sistema judicial norteamericano.

En las dos instancias anteriores, tanto la Corte de distrito como el Tribunal de Apelaciones desecharon la petición de protección judicial de los quejosos con apego a un famoso precedente: el caso *Johnson V. Eisentrager*. En ese caso, veintiún ciudadanos alemanes que habían sido capturados por fuerzas norteamericanas en China en la época de la Segunda Guerra Mundial fueron juzgados por una comisión militar por crímenes de guerra y sentenciados y recluidos en una prisión de Alemania, entonces bajo ocupación. En esa oportunidad la Corte de primera instancia decidió que carecía de autoridad para otorgar un recurso de hábeas corpus por haber sido los querellantes detenidos y juzgados en el extranjero. La Corte de Apelación fue de la opinión contraria, y sostuvo que cualquier persona que hubiera sido privada de su libertad por funcionarios o personal de los Estados Unidos, actuando bajo la autoridad del gobierno, y que alegara que su confinamiento ocurría en violación a la Constitución, tenía derecho a pedir la protección de los tribunales. La Corte Suprema se inclinó a favor del criterio delineado en la primera instancia, o sea, negó en el caso *Eisentrager* el derecho de los extranjeros a buscar la protección del sistema judicial norteamericano. El máximo tribunal subrayó las notas distintivas de ese caso: *a)* se trataba de nacionales enemigos, *b)* nunca habían estado o habían residido en los Estados Unidos, *c)* habían sido capturados fuera del territorio norteamericano y habían estado bajo custodia militar como prisioneros de guerra, *d)* habían sido juzgados y sentenciados por una comisión militar fuera de los Estados Unidos, y *e)* durante todo el tiempo habían estado prisioneros fuera de los Estados Unidos.<sup>30</sup> Es de pensarse que el gobierno nor-

<sup>30</sup> La Corte Suprema desestimó el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones y destacó las notas diferenciales de los quejosos: “a) is an enemy alien; b) has never been or resided in the United States; c) was captured outside of our territory and there held in military custody as a prisoner of war; d) was tried and convicted by a Military Commis-

teamericano al emprender la campaña Libertad Duradera en octubre de 2001, y haber iniciado la detención de personas decidió trasladarlos a Guantánamo como “combatientes enemigos” bajo la inspiración de este precedente, toda vez que sobre la bahía cubana ejerce jurisdicción y no es parte de su territorio soberano.

La decisión de la Corte Suprema en el caso *Rasul* se alcanzó por seis votos contra tres. El voto del magistrado Stevens fue respaldado por los magistrados O'Connor, Souter, Ginsburg y Breyer. El magistrado Kennedy emitió una opinión individual, concurrente con el voto de los anteriores funcionarios. En contra se afiliaron Scalia, con una opinión disidente respaldada por Rehnquist y Thomas. La Corte Suprema, a través de la opinión de la mayoría, perfiló criterios distintos a los asentados durante la segunda posguerra en el antecitado caso *Eisentrager*: *a)* los nacionales detenidos objeto de la queja, australianos y kuwaitíes, no eran nacionales de Estados con los que los Estados Unidos estuvieran en guerra; *b)* los quejosos negaban haber estado comprometidos en alguna conspiración terrorista o en actos de agresión contra los Estados Unidos; *c)* nunca se les había permitido el acceso a un tribunal y mucho menos se habían presentado cargos contra ellos, y *d)* durante más de dos años habían estado prisioneros en un territorio sobre el cual los Estados Unidos ejercían control y jurisdicción exclusiva.

Sobre este último punto el fallo repasó los antecedentes históricos de la posesión norteamericana de la bahía de Guantánamo, particularmente los tratados de 1903 y de 1934 con Cuba, que cedieron a los Estados Unidos el control y la jurisdicción plenas sobre este territorio<sup>31</sup> de manera permanente a menos que las partes decidieran alterar esta servidumbre territorial. Rastreando antecedentes jurisprudenciales sobre el hábeas corpus, incluso en el Reino Unido antes de la independencia norteamericana, hallaron elementos a favor de la protección de las personas con base en la autoridad ju-

sion sitting outside the United States; e) for offenses against laws of war committed outside the United States; f) set of facts, the Court concluded, «no right of habeas corpus appears»”.

<sup>31</sup> “The United States occupies the Base, which comprises 45 square miles of land and water along the southeast coast of Cuba, pursuant to a 1903 Lease Agreement... during that period of the occupation the United States shall exercise complete jurisdiction and control over and within said areas. In 1934 the parties entered into a treaty providing that, absent an agreement to modify or abrogate the lease, the lease would remain in effect so long as the United States of America shall not abandon the naval station of Guantánamo”.

risdiccional sin que la protección judicial estuviera condicionada solamente al ejercicio de la soberanía<sup>32</sup> y sentenció que las Cortes de los Estados Unidos tenían sus puertas abiertas a los extranjeros residentes sin que existiera distinción respecto a los nacionales ni prevaleciera desventaja alguna en razón de que los quejosos se hallaran bajo custodia de autoridades militares. Los extranjeros retenidos en la base de Guantánamo, lo mismo que los nacionales norteamericanos —opinó la mayoría—, tienen derecho a la tutela de las cortes federales.

### 3. *Desarrollos posteriores*

En el presente caso fue meridiana la definición del derecho de los extranjeros a acudir al recurso del hábeas corpus y a solicitar la protección de las cortes y tribunales. Empero, en el caso Hamdi se reconoció el derecho a solicitar una revisión ante una autoridad imparcial, lo que movió al gobierno a través del Pentágono a establecer con premura los Tribunales de Revisión de la Condición de Combatientes.<sup>33</sup> Llevan el nombre de tribunales, pero son procedimientos administrativos en los que una comisión integrada por tres militares revisa la situación de los detenidos, quienes son asistidos por otro militar, que no necesariamente es experto en cuestiones legales. *Human Rights Watch* ha considerado que estos procedimientos no tienen precedente en la legislación estadounidense ni en el derecho internacional. La comisión tripartita o “tribunal militar” analiza la información pública y secreta y se confiere al detenido la oportunidad de ser escuchado y contestar a las interrogantes planteadas. Este singular cuerpo revisor decide si el detenido califica para la condición de “combatiente enemigo” y posteriormente una segunda comisión revisa el grado de peligrosidad que representa el detenido con miras a determinar si procede dejarlo en libertad. Datos del Departamento de la Defensa señalan que al primer trimestre de 2005 se habían realizado 558 revisiones.<sup>34</sup> La mayoría absoluta, 506, fueron etiquetados como “combatientes enemigos”, y sólo 33 habían sido librados

<sup>32</sup> “As Lord Mansfield wrote in 1759, even if a territory was «not a part of the realm», there was «no doubt» as to the court’s power to Boletín writs of habeas corpus if the territory was «under the subjection of the Crown»”.

<sup>33</sup> *Combatant Status Revision Tribunals*.

<sup>34</sup> Leoning, Carol D., “Panel Ignored Evidence on Detainee”, *Washington Post*, 27 de marzo de 2005.

del estigma, pero de éstos únicamente cuatro habían obtenido su libertad. Priva una discrecionalidad extrema al interior de los famosos “tribunales” y se arrumban los principios y garantías propios de un proceso objetivo e imparcial. Ha sido escandalosa la situación de Murat Kurmaz, un nacional alemán de ascendencia turca capturado en Pakistán en 2001 que ha sido considerado como “combatiente enemigo” por una de estas comisiones que ha hecho caso omiso de los informes de inteligencia de Alemania y de los mismos Estados Unidos.<sup>35</sup>

Pero ¿qué dicen los jueces? De nueva cuenta se bifurcan los caminos de la hermenéutica. En enero de 2005 el juez del distrito de Columbia, Richard J. Leon, sostuvo que los detenidos de Guantánamo no gozaban de las protecciones legales de la Constitución, rechazó la petición de hábeas corpus y validó la acción de los tribunales de revisión. Contrariamente, el 31 de enero, la jueza Joyce Hens Green, perteneciente al mismo circuito, dictaminó que los detenidos de Guantánamo tienen derecho a cuestionar su encarcelamiento ante los tribunales estadounidenses y criticó al gobierno por negarles sus derechos básicos. Enfatizó la funcionaria judicial que el procedimiento de los tribunales militares de revisión tenían vicio de parcialidad y desconocían las garantías básicas de contar con la defensa de un abogado y la posibilidad de impugnar las acusaciones en su contra. Insistió en que los mentados tribunales de revisión no cumplieran con los requisitos que manejó la Corte Suprema cuando exploró las nociones del debido proceso en los fallos del 28 de junio. En su valoración sobresale el señalamiento de que el apelativo de “combatientes enemigos” es demasiado amplio y ambiguo para justificar la detención durante años sin que medien pruebas en su contra, y puso el dedo en la llaga al expresar que la detención ilimitada a lo largo de una guerra contra el terrorismo que puede extenderse durante generaciones equivale a la imposición de facto de una cadena perpetua. Sentenció que los tribunales violan principios de larga vigencia en el sistema constitucional de los Estados Unidos. La diferencia de criterios entre las dos Cortes deberá ser resuelta por una corte de apelación.

### III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Toda conclusión es relativa a estas alturas y tiene riesgo de ser fallida. Quedó expresado que los fallos del 28 de junio de 2004 tenían un significado

<sup>35</sup> *Idem.*

notable en el entorno de la discusión nacional estadounidense sobre las facultades del Ejecutivo, pero que eran un punto de aliento para la futura labor judicial. Se consignaron en esta presentación tres casos que han avanzado en la aprobación de criterios para garantizar los principios del debido proceso a los detenidos bajo el epíteto de “combatientes enemigos”.

Los fallos del 28 de junio de 2004 se basan, obviamente, en el derecho norteamericano, pero no dejan de vincularse con la normativa internacional, en particular con los convenios de Ginebra de 1949. Las definiciones de la Corte Suprema abogan por la observancia de los derechos humanos, posición significativa dentro del mosaico de tendencias que afloran en la sociedad norteamericana. Sin embargo, no han tenido un peso determinante para forzar al Ejecutivo a rectificar su posición sobre las detenciones y la tortura y los malos tratos contra los detenidos. Es de esperarse que la batalla se siga dando y que el sistema judicial fortalezca las acciones de ONG'S, las inquietudes y denuncias de los medios de comunicación, las posturas políticas de los demócratas e incluso las de algunos miembros del Partido Republicano, así como las manifestaciones masivas de un segmento importante de la sociedad civil. No es posible conformarse con aquella máxima: “La justicia nunca triunfa pero sus enemigos terminan por morir”. Lejos de minimizar el peligro y las tragedias que provoca el terrorismo, es imperativo conciliar el respeto a los derechos humanos con una lucha efectiva contra este flagelo. Es posible, y cito dos casos en los que sobresale tal objetivo:

- a) A fines de julio de 2005 en los Estados Unidos, el juez de distrito John G. Coughenour condenó a veintidos años de prisión a Ahmed Rissan, quien fue acusado de haber intentado cometer un ataque terrorista contra el Aeropuerto de Los Ángeles en el año 2000. El funcionario judicial hizo hincapié en que la sentencia daba fe de que los tribunales del orden común del país podían afrontar los casos de terrorismo sin necesidad de acudir a tribunales militares secretos, de encarcelar indefinidamente a una persona o desconocer sus garantías individuales.<sup>36</sup> Más claro ni el agua; las palabras des-

<sup>36</sup> “We did not need to use secrete military tribunals, detain the defendant indefinitely or deny the defendant the right to counsel. Our courts have not abandoned the commitment to the ideals that set this nation apart”, *Human Rights First*, Boletín 57, 28 de julio de 2005.



calificaban a las comisiones militares y a los Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatientes.

- b) El 26 de septiembre, el mismo día que se iniciaban estas importantes Jornadas sobre Justicia Penal, auspiciadas por la doctora Olga Islas y el doctor Sergio García Ramírez en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, un tribunal español condenó a Abu Dahdan, jefe de Al Qaeda en España, acusado de haber conspirado con los terroristas del 11 de septiembre. Mientras el fiscal había solicitado la imposición de una pena de 74,337 años de prisión en razón del número de muertos en Nueva York y Washington, el tribunal sólo reconoció como acreditados por el fiscal actos de conspiración con la célula de Hamburgo y la responsabilidad de Dahdan de haber dirigido un grupo terrorista sin que se hubiera suministrado evidencia sobre la participación directa del inculcado en los atentados. El juicio abarcó también a otros diecisiete inculcados que fueron condenados a penas que oscilan entre once y seis años de prisión, y a seis más que fueron absueltos. La sentencia contuvo señalamientos y calificativos enérgicos sobre los culpables, pero aclaró que la labor judicial respetaba el principio de la presunción de inocencia, las garantías judiciales, y subrayó que siendo la española una legislación avanzada en la materia, no existía necesidad de crear nuevos tipos penales, sino de interpretar adecuadamente la normativa y aplicarla en congruencia.<sup>37</sup>

Ambas sentencias, la de los Estados Unidos y la de España, pueden ser objeto todavía de apelación. Lo que importa verdaderamente es que la justicia no se entienda como un acto de fe porque se convierte en venganza. El triunfo del terrorismo sería que las sociedades afectadas cancelaran los valores de su convivencia y regresáramos a esa lógica demencial de los totalitarismos que Kafka avizoró, por la cual un acusado jamás conocía las razones que determinaban su proceso.

<sup>37</sup> *El País*, 26 de septiembre de 2005.