

TERRORISTAS Y DEBIDO PROCESO. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO PARA LOS PRESUNTOS TERRORISTAS DETENIDOS EN LA BAHÍA DE GUANTÁNAMO *

Por

KAI AMBOS ** / ANNIKA MALEEN POSCHADEL

Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional / Asistente de investigación
Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) / Universidades de Göttingen y Freiburg

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Penal 20 (2013)

RESUMEN: En este trabajo se indaga si el derecho al debido proceso puede ser restringido en relación con presuntos terroristas en el marco de la “guerra contra el terror”. Después de identificar brevemente las fuentes relevantes de este derecho y su contenido, se analizan las posibles restricciones. Se analiza, en particular, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) - como la Convención de Ginebra (CG) III y IV - y el Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) - como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) -. Se aborda además el derecho constitucional de los EE.UU.. Concluimos que el derecho al debido proceso se aplica plenamente a presuntos terroristas, independientemente del contexto de su detención (conflicto armado o tiempo de paz) o la calificación de estos terroristas (de facto o combatientes ilegales), por lo que equivale a un principio general del derecho penal transnacional.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debido proceso, “guerra contra el terror”, combatientes ilegales, habeas corpus.

ABSTRACT: This paper inquires whether the right to a fair trial can be restricted with regard to alleged terrorists within the framework of the ‘war on terror’. After briefly identifying the relevant sources of this right and its content, possible restrictions are analysed. The paper elaborates, in particular, on international humanitarian law, such as the Third and Fourth Geneva Convention, and international human rights law, such as the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man. It further deals with US constitutional law. We conclude that the right to a fair trial fully applies to alleged terrorists irrespective of the context of their detention (armed conflict or peace) or the qualification of these terrorists (de facto or unlawful combatants) and thus amounts to a general principle of transnational criminal law.

* Orig.: “Terrorismus und faires Verfahren. Zum Recht auf ein faires Verfahren für mutmaßliche Terroristen in Guantánamo Bay”). Traducido por John E. Zuluaga T., abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); revisión por Kai Ambos. Una versión inglesa de éste artículo fue publicada en *Utrecht Law Review* 2013, pp. 109-126 (<http://www.utrechtlawreview.org>).

** Kai Ambos es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y Juez del Tribunal Provincial (Landgericht). Annika Maleen Poschadel es asistente de investigación en las Universidades de Göttingen y Freiburg.

KEYWORDS: international humanitarian law, international human rights law, fair trial, “war on terror”, unlawful combatants, habeas corpus, effective control.

INTRODUCCIÓN

Algunos presuntos terroristas están detenidos por parte de los EE.UU. en la bahía de Guantánamo, en la base aérea de Bagram en Afganistán y en otros sitios desconocidos¹. Hasta el momento se llegó a juicios en contra de 30 personas², siendo impuesta la primera sentencia en el año 2008³. ¿Estas personas gozan del derecho a un debido proceso? o ¿puede este derecho ser restringido en el marco de la “guerra contra el terror?”. Luego de una resumida presentación del fundamento jurídico y del contenido de dicho derecho, analizaremos algunas posibles restricciones. Se hará una especial consideración del DIH y de las normas de derechos humanos, así como de la misma Constitución de los EE.UU.. Concluimos que el derecho al debido proceso es aplicable también para presuntos terroristas sin limitación, independiente del contexto de su detención (en conflicto armado o en tiempos de paz) o de su clasificación jurídica como combatiente de facto o ilegal.

A. Fuentes relevantes y contenido del derecho a un debido proceso

El derecho a un debido proceso, que es aplicable a la detención y el posterior procesamiento de presuntos terroristas, se desprende de diferentes fuentes. En primer lugar, en el plano internacional, se garantiza en las Convenciones de Ginebra (CG)⁴ y en tratados de derechos humanos⁵. En segundo lugar, se concede el derecho a un debido pro-

¹ F. de Londras, *Detention in the ‘War on Terror’*, 2011, p. 45. Desde su apertura en enero de 2002, 779 hombres han estado detenidos en Guantánamo; a partir de enero de 2013, 166 de ellos aún están presos (American Civil Liberties Union, ‘Guantánamo by the Numbers’, <<http://www.aclu.org/national-security/guantanamo-numbers>> (última visita 14.10.2013). Acerca de las condiciones de detención en Guantánamo véase D. Gartenstein-Ross, “The Future of Preventive Detention Under International Law”, en P. Muller *et al.* (eds.), *The law of the Future and the Future of law: Volume II*, 2012, pp. 257, 259 ss.

² Office of Military Commissions, ‘Military Commissions Cases’, <<http://www.mc.mil/CASES/Military Commissionp.aspx>> (última visita 14.10.2013).

³ M. Englerth, “Quo Vadis Guantanamo? Reflections on the U.P. Supreme Court’s Boumediene Decision”, en *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice* 16 (2008), no. 4, pp. 397, 407.

⁴ Cfr. Especialmente Art. 3 Común, Arts. 84-108 de la CG III y Arts. 64-78 de la CG IV.

⁵ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) o las - no aplicables por competencia territorial - Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), Carta

ceso normalmente en las constituciones nacionales, como la Constitución de los EE.UU. (en particular, la Enmienda V y XIV)⁶. El derecho a un debido proceso representa un término genérico para una serie de derechos procesales concretados de manera diferenciada⁷, en particular:

- El derecho a la igualdad de armas ante un tribunal, que debe ser competente, independiente e imparcial y establecido por la ley;⁸
- El derecho a un juicio público y una declaración pública de la sentencia;⁹
- El derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre la culpabilidad de acuerdo con la ley¹⁰ y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*);¹¹
- El derecho a ser informado de la acusación y a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa, incluido el derecho a tener acceso a las actuaciones y los documentos pertinentes de apoyo a los cargos, así como el derecho a elegir a un abogado (si es necesario, de forma gratuita y por cuenta del Estado) y a comunicarse con él confidencialmente;¹²

Árabe de Derechos Humanos (CArDH) y la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos del Pueblo (CADHDP).

⁶ Sobre la normatividad alemana véase Rzepka, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, 2000, p. 115 ss.

⁷ Cfr. Comité de Derecho Humanos (CDH), Observación General N ° 32 (23.08.2007), doc. CCPR/C/GC/32. Hay una gran cantidad de literatura sobre el significado del principio del debido proceso, véase, por ejemplo, R. Smith, *Textbook on International Human Rights*, 2012, pp. 265-282; W. Kälin/J. Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, 2009, pp. 440-465; L. Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, 2011, pp. 251-372; J.H. Israel/W.R. LaFave, *Criminal procedure: constitutional limitations in a nutshell*, 2006, pp. 457-513; Rzepka (*supra* nota 6), p. 34 ss.; muy detallado E. Hoven, *Rechtsstaatliche Anforderungen an völkerstrafrechtliche Verfahren*, 2012, pp. 184-504; así como Kai Ambos, *Internationales Strafrecht* 3. Ed., 2011, § 12 nm. 19 ss.

⁸ Cfr. Art. 14 (1) del PIDCP, art. 8 (1) del CEDH, art. 6 (1) CEDH, Art. XXVI DADDH, Sexta Enmienda Constitución de los EE.UU., el art. 84 (2) CG III, Art. 3 Común (1) (d) GC; Art. 47 II Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE).

⁹ Cfr. Art. 14 I PIDCP, el Art. 8 (5) CEDH, (1) Art. 6 (1) CEDH; Art. 47 (2) CDFUE.

¹⁰ Cfr. Art. 14 (2) del PIDCP, Art. 8 (2) CADH, Art. 7 (1) (b) CArDH, Art. 16 CArDH, Art. 6 (2) del CEDH, Art. XXVI DADDH; Art. 48 I CDFUE.

¹¹ Cfr. 14 (3) (g) del PIDCP, Art. 8 (2) (g) CADH, Art. 16 (6) CArDH, Quinta Enmienda a la Constitución de los EE.UU., Art. 99 (2) CG III.

¹² Cfr. Art. 14 (3) (a), (b), (d), (e) PIDCP, art. 7 (4) y 8 (2) (c) - (e) CAIS, Art. 16 (1), (3), (4) y art. 13 (2) CArDH, art. 6 (3) (a) - (c) CEDH, 17 (1) (c) CArDH, Sexta enmienda a la Constitución de los EE.UU., Art. 99 (3), 105 CG III, Art. 71, 72 CG IV, Art. 47 (3) CDFUE). Véase también en el marco de la UE la Directiva 2012/13/EU (DO 2012 L 142, 1) y la propuesta de Directiva sobre el derecho a un abogado en los procesos penales y el derecho a la comunicación en el momento de detención (Ratsdok. 10190/13 ANNEX).

- El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas en un plazo razonable;¹³

El derecho a ser asistido por un traductor o un intérprete, si es necesario;¹⁴

- El derecho a tener una revisión de la sentencia condenatoria por parte de una instancia superior¹⁵ y exigir una indemnización en caso de errores de la justicia;¹⁶

- El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (*ne bis in idem*) y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley (*nulla poena sine lege praevia*).¹⁷

Muy relacionado con el derecho al debido proceso es el derecho a la protección contra detenciones arbitrarias y a impugnar la legalidad de la detención, así como el derecho a ser llevado sin demora ante un juez.¹⁸

B. Las restricciones a las garantías judiciales durante los juicios contra presuntos terroristas

I. Las comisiones militares (Military Commissions)

En contraste con otras personas detenidas durante un conflicto armado, los detenidos en Guantánamo no son juzgados ante tribunales militares americanos siguiendo el procedimiento del Código Unico de Justicia Militar (*Uniform Code of Military Justice* -UCMJ-), sino que tienen que enfrentarse a comisiones militares¹⁹. La historia de estas comisiones se remonta a una orden militar del presidente Roosevelt emitida durante la Segunda Guerra Mundial²⁰. Su base legal actual es la Ley de Comisiones Militares (LCM) de 2009,

¹³ Cfr. Art. 14 (3) (c) del PIDCP, Art. 8 (1) del CEDH, Art. 7 (1) (c) CADHDP, Art. 6 (1) CEDH, Sexta Enmienda a la Constitución de los EE.UU., Art. 47 (2) CDFUE.

¹⁴ Cfr. Art. 14 (3) (f) del PIDCP, Art. 8 (1) (a) CADH, Art. 16 (4) CArDH, Art. 6 (3) (e) del CEDH, Art. 105 (1) GC III. Véase en el marco de la UE también Directiva 2010/64/EU (DOC. 2010 L 280, 1).

¹⁵ Cfr. Art. 14 (5) del PIDCP, Art. 8 (2) (h) CADH, Art. 16 (7) CArDH, Art. 7 Prot. 7 CEDH, Art. 106 CG III, Art. 73 CG IV.

¹⁶ Cfr. Art. 14 (6) del PIDCP, Art. 10 CADH, Art. 19 (2) CArDH, Art. 3 Prot 7 CEDH.

¹⁷ Cfr. Art. 14 (7) del PIDCP, Art. 8 (4) CADH, Art. 19 (1) AChHR, Art. 4 Prot. 7 CEDH, Art. XXVI DADDH, Quinta Enmienda a la Constitución de los EE.UU., Art. 67 CG IV; Art. 49 I, 50 CDFUE.

¹⁸ Cfr. Art. 9 PIDCP, Art. 7 CADH, Art. 14 CArDH, Art. 6 CADHDP, Art. 5 CEDH.

¹⁹ Para un panorama cfr. H.W. Elliott, "Military Commissions: An Overview", en D.K. Linnan (ed.), *Enemy Combatants, Terrorism, and Armed Conflict law*, 2008, pp. 121, 126 sp.

²⁰ F.D. Roosevelt, "Order Establishing a Military Commission to Try Eight Captured German Saboteurs", en G. Peters/J.T. Woolley, *The American Presidency Project*, <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=16280>> (última visita 14.10.2013); cfr. K. Kögler, *Rechtlos in Guantanamo?*, 2007, p. 16. Sobre la historia de las comisiones militares véase

la que sustituyó la LCM de 2006, que había sido modificada varias veces debido a una serie de decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU.²¹. Estas comisiones militares constan de un juez militar y al menos cinco oficiales militares²².

II. Restricciones al debido proceso

Aunque históricamente la principal diferencia entre tribunales militares y comisiones militares consistía en la jurisdicción exclusiva de este último sobre los extranjeros enemigos (*enemy aliens*)²³, los procesos ante comisiones militares conllevan actualmente serias restricciones jurídicas²⁴. Como ejemplos se advierte que los detenidos en Guantánamo tienen sólo un derecho limitado a la *asistencia jurídica*²⁵, la detención de la mayoría de los presos nunca ha sido sometida a una *revisión sustantiva*²⁶, la comisión puede

J.P. Lutz, *Die Behandlung von 'illegalen Kämpfern' im US -Amerikanischen Recht und Völkerrecht*, 2011, pp. 226-234.

²¹ *Rasul v Bush*, 542 US 466 (2004), *Hamdi v Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006). Sobre la influencia de estas decisiones sobre la ley y acerca de su cronología véase L.A. Malone, "The Legal Dilemma of Guantánamo Detainees from Bush to Obama", en *Criminal Law Forum* 23 (2012), no. 4, pp. 347-362.

²² Cfr. *Military Commissions Act* (MCA -Ley de Comisiones Militares-) 2009, §948j(a) y §948m(a) I.

²³ *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 53. En la jurisdicción de los antiguos *tribunales militares / comisiones militares* véase F.D. Roosevelt, "Proclamation 2561 - Denying Certain Enemies Access to the Courts", en G. Peters/J.T. Woolley, *The American Presidency Project*, <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16281>> (última visita 14.10.2013): "all persons who are subjects, citizens, or residents of any Nation at war with the United States or who give obedience to or act under the direction of any such Nation and who during time of war enter or attempt to enter the United States or any territory or possession thereof, [...], and are charged with committing or attempting or preparing to commit sabotage, espionage, hostile or warlike acts, or violations of the law or war, shall be subject to the law of war and to the jurisdiction of military tribunals; and that such persons shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding, directly or indirectly, or to have any such remedy or proceeding sought on their behalf, in the courts of the United States, or of its States, territories, and possessions." ["todas las personas que sean sujetos, ciudadanos o residentes de cualquier país en guerra con los Estados Unidos o que obedezcan o actúen bajo la dirección de cualquier nación, y quienes en tiempo de guerra entren o intenten entrar a los Estados Unidos o en cualquier territorio o posesión del mismo, (...) y estén acusados de cometer o intentar cometer o preparar sabotaje, espionaje, actos hostiles o bélicos, o violaciones de la ley o de la guerra, estarán sujetos a la ley de la guerra y a la jurisdicción de los tribunales militares; y que esas personas no tendrán el privilegio de acudir a los recursos o sostener cualquier procedimiento, directa o indirectamente, o tener algún recurso o procedimiento en su propio beneficio, en las Cortes de los Estados Unidos, ni de sus Estados, territorios y posesiones". Traducción de John E. Zuluaga T.].

²⁴ Para un análisis criminológico del tratamiento de los detenidos en Guantánamo véase H.E. Müller, "Staatsführungen als Tätergemeinschaften am Beispiel der Gefangenenmisshandlungen und Folter in Guantanamo und Abu Ghraib", en H.E. Müller et al., *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 83-117.

²⁵ Un defensor civil (no militar) llegará a ser admitido cuando él alcanza el nivel de confidencialidad ("secret") o un nivel más alto (MCA 2009, § 949c(b) III lit. D; Cfr. también el ordenamiento de las antiguas comisiones militares (MCO) No. 1 2005, §§ 4(C) II-III).

²⁶ M.C. Bassiouni, *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration*, 2010, p. 273 citando L.B. Wilkerson.

cambiar las reglas relativas a la *admisión de las pruebas* que se aplican ante los tribunales militares²⁷ y los testigos de oídas son admitidos sin objeción²⁸. Existe una presunción a favor de la autenticidad y exactitud de los medios probatorios del Gobierno²⁹. El descubrimiento probatorio (*disclosure*) - totalmente consuetudinario del proceso penal americano³⁰ - puede ser notablemente restringido, mientras que, por ejemplo, informaciones que poseen cierto grado de reserva pueden ser excluidas del descubrimiento probatorio³¹; sin embargo, esto también es posible ante cortes federales civiles³². El juez militar puede *excluir al acusado* de cualquier parte del procedimiento cuando se determine que el acusado persiste en una conducta que justifica la exclusión de la sala con el fin de garantizar la seguridad física de las personas o para evitar cualquier interrupción del proceso por el acusado³³. También hay dudas sobre la imparcialidad, la independencia y competencia de los miembros de la comisión ya que son designados por el Secretario de Defensa (u otro funcionario designado por él a tal efecto) y, a menudo, carecen de experiencia judicial³⁴. En conclusión, se trata de serias limitaciones al debido proceso³⁵, aunque numero-

²⁷ Por ejemplo no fueron excluidos ni los medios probatorios, por considerar que fuera de EE.UU. las pruebas no se consiguieron en virtud de una orden de registro o autorización (MCA 2009, § 949a(b) III (A)), ni - bajo determinadas condiciones - las declaraciones de los acusados, que fueron obtenidas por coacción o autoinculpación inducida (MCA 2009, § 949a(b) III lit. B; respecto a los métodos de interrogación utilizados véase *Bassiouni* (*supra* nota a pie 26), p. 51 sp. con el estudio de algunos casos).

²⁸ MCA 2009, § 949a(b) III lit. D; Cfr. J.K. Elsea, "The Military Commissions Act of 2009: Overview and Legal Issues", en *CRS Report for Congress*, 13.05.2013 <<http://www.fap.org/sqp/crs/natsec/R41163.pdf>> (última visita 14.10.2013), p. 27.

²⁹ Cfr. <http://www.defense.gov/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedurep.pdf> (última visita 14.10.2013) p. 6; Cfr. también Elsea (*supra* nota a pie 28), p. 23 ss.

³⁰ Cfr. Swoboda, *Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad-hoc-Tribunalen*, 2013, p. 181 ss.

³¹ MCA 2009, § 949p-1 ss.

³² D. Eviatar, "Obama Legacy: A Parallel Justice System?", en *The Washington Independent*, 29.10.2009, <http://washingtonindependent.com/65579/parallell-justice-system-could-become-obama-legacy> (última visita 14.10.2013).

³³ MCA 2009, § 949d(d); Cfr. la antigua MCO No. 1 2005, § 6(B) III y MCO No. 1 2005, § 5(K).

³⁴ MCA 2009, §§ 948h, 948i(b); *AI*, "Guantánamo schließen, die Wahrheit offenlegen", Enero 2007, (<http://www.konfliktbearbeitung.net/downloads/file705.pdf> última visita 14.10.2013), p. 2; Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 215; G. Robertson, "Fair Trials for Terrorists?", en R.A. Wilson (ed.), *Human rights in the War on Terror*, 2005, p. 169, 174 s. (dando el ejemplo de que algunos miembros del jurado habían estado a cargo de llevar a los detenidos de Afganistán a Guantánamo o eran *altos oficiales de inteligencia* en Afganistán); Cfr. también la ley anterior: Comisión Militar No. 3 3.A. (todas las reglas de la Comisión Militar están disponibles en <<http://biotech.law.lsu.edu/blaw/dodd/corres/mco.htm>> [última visita 14.10.2013]).

³⁵ Cfr. Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 219, 223, 386; Robertson (*supra* nota a pie 34) p. 169, Cfr. también las tempranas modificaciones por medio de la *National Defense Authorization Act 2012* (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s1867es/pdf/BILLS-112s1867ep.pdf> última visita 14.10.2013); Cfr. también *McGreal*, *Military given go-ahead to detain US terrorist suspects without*

sas restricciones fueron ya levantadas con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU.³⁶.

C. Enfoques para la justificación de las restricciones al debido proceso

Tal como lo expusimos en la sección A, el derecho al debido proceso se debe proteger íntegramente tanto en tiempos de guerra (DIH)³⁷ como en tiempos de paz (DIDH). En ambas situaciones, la pregunta que surge es si - y en caso afirmativo en qué medida - el derecho a un debido proceso puede ser restringido. Partiendo de que la CG sólo es aplicable durante un conflicto armado³⁸, se tiene que aclarar en primer lugar la naturaleza jurídica de la "guerra contra el terror".

I. ¿Es la "guerra contra el terror" un conflicto armado (internacional)?

Un conflicto armado exige hostilidades armadas entre diferentes actores (no) estatales³⁹. En caso de un conflicto armado no internacional, se requiere una cierta intensidad

trial, *The Guardian v.* 15.11.2011 (<http://www.guardian.co.uk/world/2011/dec/15/americans-face-guantanamo-detention-obama> última visita 14.10.2013).

³⁶ En un reglamento anterior todas las pruebas que 'tendrían valor probatorio para una persona razonable' [„would have probative value to a reasonable person”] eran admisibles, incluso "testimonios de oídas y las pruebas obtenidas mediante coacción [„testimonial hearsay and evidence obtained through coercion”]; declaraciones directas y escritas de testigos no necesitaron juramento. (MCO N° 1 de 2005, § 6 (D) (1), *Hamdan v Rumsfeld*, 548 EE.UU. 557 (2006), p. 51). Por otra parte, el acceso del acusado y el abogado civil a las pruebas calificadas como "información protegida" [„protected information”] (por ejemplo, información clasificada, "la información protegida por la ley de descubrimiento no autorizado" [„information protected by law or rule from unauthorized disclosure”] e "información sobre otros intereses de seguridad nacional" [„information concerning other national security interests”]) fue negado mientras el oficial presidente de la *comisión militar* haya decidido que la evidencia tiene 'valor probatorio' [„probative value”] y que su admisión sin el conocimiento del acusado no daría lugar a la negación de un "juicio completo y debido" [„full and fair trial”] (*Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 51; MCO No. 1 2005, §§ 6(B) III, 6(D) I, V lit. a(v), b). Es más, la sentencia "debería (...) basarse en el reconocimiento de la relevancia de las *comisiones militares* para la conducción de la guerra (...) y del amplio impacto disuasivo asociado con el efecto de una sentencia en la adhesión a las leyes y costumbres de la guerra en general" (Military Commission Instruction No. 7 3.A., véase nota a pie 34). Tal importancia para las consideraciones de seguridad nacional es inusualmente desconocida en el proceso penal ordinario en los EE.UU.; Esto ha sido también criticado por la posible afectación de la imparcialidad del juez (Lutz [*supra* nota a pie 20], p. 217).

³⁷ Una introducción general al DIH en lengua castellana puede verse en Ambos, Kai, *Conceptos básicos del Derecho Internacional Humanitario y el nuevo crimen de agresión*, Valencia (Tiran) 2012.

³⁸ Art. Común 2 a las CG; Shaw, *International Law*, 6. Ed. 2008, p. 1170 s.

³⁹ E. Crawford, "Armed Conflict, International", en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law (MPEPIL)*, 2012, nota marginal (nm.) 1; véase también K. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 236.

y duración⁴⁰. En cuanto a la llamada “guerra contra el terror”, la posición oficial de EE.UU. es que se encuentran en un conflicto armado de alcance mundial contra Al-Qaeda⁴¹. Como se ha demostrado en otro lugar⁴², esto no es una hipótesis convincente dado que, primero, Al-Qaeda no cumple los requisitos de un “grupo armado organizado” en el sentido del DIH y, segundo, que los EE.UU. no está en guerra con los Estados que supuestamente albergan miembros de Al-Qaeda. Al contrario, es indiscutible que los EE.UU., poco después del 11 de septiembre de 2001, entró en un conflicto armado internacional con Afganistán, que en ese momento era todavía gobernado por los Talibanes⁴³. Este conflicto, sin embargo, no se inició por los ataques del 11 de septiembre 2001 al World Trade Center y el Pentágono, ya que los pilotos de Al-Qaeda actuaron

⁴⁰ *Prosecutor v Tadic*, Opinion and Judgment, Case No. IT-94-1-T, T.Ch., 7.5.1997, nm. 562; Marauhn/Ntoubandi en: *MPEPIL*, Armed Conflict, Non-International nm. 3; K. Schöberl, “Konfliktpartei und Krisengebiet in bewaffneten Auseinandersetzungen - zur Debatte um den Anwendungsbereich des Rechts internationaler und nicht-internationaler bewaffneter Konflikt”, *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict* 3 (2012), p. 136; McCoubrey, *International Humanitarian Law*, 2. Ed. 1998, p. 254; G.D., Solis, *The Law of Armed Conflict*, 2010, p. 153; Bianchi/Naqvi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, 2011, p. 132; véase también K. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 235.

⁴¹ Cfr. Holder, “Speech at Northwestern University School of Law v. 5.3.2012”, en *US Department of Justice*, (<http://www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html>) (última visita 28.08. 2013): “We are at war with a stateless enemy, prone to shifting operations from country to country. Over the last three years alone, al Qaeda and its associates have directed several attacks - fortunately, unsuccessful - against us from countries other than Afghanistan.” (“Estamos en guerra con un enemigo sin estado, con tendencia a cambiar operaciones de un país a otro. Durante los últimos tres años, Al Qaeda y sus socios han dirigido varios ataques - por fortuna, sin éxito - en contra de nosotros desde países distintos de Afganistán”, Traducción de John E. Zuluaga T.).

⁴² K. Ambos/J. Alkatout, “Has “Justice Been Done”? The Legality of Bin Laden’s Killing Under International Law”, en *Israel Law Review* 45 (2012), no. 2, pp. 346-347 (sobre un conflicto armado), 347-350 (Al-Qaeda como un grupo armado organizado?), 350-353 (sobre un posible *spill over effect*) con más referencias y una discusión de los puntos de vista que comparten la posición oficial de EE.UU. de una “guerra” contra Al Qaeda (vers. española mas corta en *Cuadernos de Política Criminal* (Madrid, España) Número 104, II, Época II, octubre 2011, pp. 5-26). De la misma opinión asimismo Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 139; A. Walen/I. Venzke, ‘Unconstitutional Detention of Nonresident Aliens: Revisiting the Supreme Court’s Treatment of the Law of War in Hamdi v. Rumsfeld’, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), pp. 843, 851 s.; Englerth (*supra* nota a pie 3) pp. 397, 427 s.; Gill/van Sliedregt, “Guantánamo Bay: A Reflection On The Legal Status And Rights Of ‘Unlawful Enemy Combatants”, en *Utrecht Law Review* [Utr. L. Rev.] 2005, pp. 28, 30; Cfr. *Prosecutor v Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1, A.Ch., 2.10.1995, nm. 70; Griesbaum/Wallenta, “Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge - Eine Bestandsaufnahme”, en *NStZ* 2013, p. 369.

⁴³ Y. Arai-Takahashi, “Disentangling legal quagmires: the legal characterisation of the armed conflicts in Afghanistan since 6/7 October 2001 and the question of prisoner of war status”, en *Yearbook of International Humanitarian Law* 5 (2002), p. 64; G.H. Aldrich, “The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants”, en *American Journal of International Law* 96 (2002), no. 4, p. 893; J. Toman, “The Status of Al Qaeda/Taliban Detainees Under the Geneva Conventions”, en *Israel Yearbook on Human Rights* 32 (2002), p. 272. Para una cronología véase M.C. Bassiouni, (*supra* nota a pie 26) pp. xxxiii ss.

como autores individuales (terroristas)⁴⁴. Al contrario, el conflicto Afgano se puede dividir en dos fases centrales⁴⁵:

- La intervención de EE.UU. en octubre de 2001 internacionalizó el conflicto no internacional que tenía curso entre Talibanes y fuerzas afganas disidentes del régimen, convirtiendolo en un conflicto internacional entre la coalición encabezada por Estados Unidos contra el Gobierno *de facto* de Afganistán⁴⁶.

- Después de la caída de los Talibanes, el conflicto armado se convirtió en un conflicto no internacional (Talibanes contra el nuevo Gobierno)⁴⁷. Esta caracterización como conflicto no internacional no cambia con el apoyo dado al Gobierno de Karzai por la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad liderada por Estados Unidos en su lucha contra los Talibanes, ya que actuaban en nombre del Gobierno Afgano⁴⁸.

II. Derecho aplicable: Derecho Internacional Humanitario

Para las personas detenidas durante o en relación con el conflicto armado contra los Talibanes y / o en Afganistán, el DIH es aplicable⁴⁹: concretamente los CG y sus Protoco-

⁴⁴ J. Toman (*supra* nota a pie 43), p. 273; Lutz, (*supra* nota 20), pp. 139, 365; J. Fitzpatrick, "Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism", en *American Journal of International Law* 96 (2002), no. 2, p. 348; R. Wolfrum/C.E. Philipp, "The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002), p. 588; Cfr. A. Walen/I. Venzke (*supra* nota a pie 42) p. 843, 853.

⁴⁵ Cfr. Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 364 ss., quien divide en tres fases. Arai-Takahashi (*supra* nota a pie 43) p. 61, 64, quien subdivide en cinco etapas diferentes, pero no llega a una conclusión diferente.

⁴⁶ Elsea, "Treatment of 'Battlefield Detainees' in the War on Terrorism", en *CRS Report for Congress*, 15.11.2005 (<http://fpc.state.gov/documents/organization/58279.pdf>, última visita 14.10.2013), p. 14; J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 271, 272; Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 364 ss.; K. Schöberl (*supra* nota a pie 40) p. 128, 131, subrayando, sin embargo, que la definición de un gobierno *de facto* es poco claro hasta ahora; véase también K. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 241.

⁴⁷ Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 366.

⁴⁸ Milanovic, "What Exactly Internationalizes an Internal Armed Conflict?", en *EJIL:Talk!* v. 7.5.2010 (<http://www.ejiltalk.org/what-exactly-internationalizes-an-internal-armed-conflict/>, última visita 14.10.2013); Schöberl (*supra* nota a pie 40) p. 128, 135; Solis (*supra* nota a pie 40), p. 154; Cfr. Schmitt *et al.* *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict* (<http://www.iihl.org/iihl/Documents/The%20Manual%20on%20the%20Law%20of%20NIAC>, última visita 14.10.2013), p. 2: "Los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados ocurridos en el territorio de un solo Estado y en el que las fuerzas armadas de ningún otro Estado se comprometen *contra* el gobierno central" (traducción de John E. Zuluaga T, énfasis del autor); véase también Ambos, "Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht", en *NJW* 2010, p. 1725, 1726.

⁴⁹ Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 139. En cuanto a la aplicación territorial del DIH en los conflictos armados internacionales y no internacionales véase en detalle Schöberl (*supra* nota a pie 40) p. 128, 132 ss.

los Adicionales (PA), aunque sólo el primero ha sido ratificado tanto por los EE.UU. como por Afganistán⁵⁰ y sólo se consideran, indiscutiblemente, como derecho internacional consuetudinario⁵¹. Sin embargo, la CG, en particular las CG III y IV, aparte de su artículo 3 común, se aplican solamente en un conflicto armado internacional, es decir, en este caso particular, hasta la caída de los Talibanes. Después, sólo se aplica el artículo 3 común a las CG I-IV, el cual contiene al menos algunas garantías mínimas.

1. ¿Estatus de prisioneros de guerra para presuntos terroristas (CG III) o protección como civiles (CG IV)?

Para responder la pregunta de si los prisioneros en Guantánamo gozán del estatus de prisioneros, se tiene que diferenciar primero entre prisioneros integrantes de Al-Qaeda y Talibanes⁵². Los Talibanes no fueron reconocidos por el Gobierno de Bush originalmente como prisioneros de guerra en el sentido de la CG III, porque Afganistán era visto como “estado fallido” y los Talibanes no fueron considerados como Gobierno sino como un “grupo militante que opera de manera similar a los terroristas” (“*militant, terrorist-like group*”)⁵³. Del artículo 4A (3) GC III⁵⁴ y el artículo 43 (1) del PA I (“no reconocido”) se

⁵⁰ <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P> (última visita 14.10.2013); <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> (última visita 14.10.2013) o <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=475&ps=P> (última visita 14.10.2013). La Administración Obama insiste en que su práctica militar de todos modos ya cumple con el Protocolo II y el art. 75 PA (http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/Fact_Sheet_-_Guantanamo_and_Detainee_Policy.pdf, última visita 14.10.2013) p. 3; Cfr. C.J. Dunlap, “Do We Need New Regulations in International Humanitarian Law? One American’s perspective”, en *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict* 3 (2012), pp. 120, 123, 124 s.).

⁵¹ G.C. Kamens, “International Legal Limits on the Government’s Power to Detain “Enemy Combatants”, en D.K. Linnan (ed.), *Enemy Combatants, Terrorism, and Armed Conflict law*, 2008, p. 108; *Hamdan v rumsfeld*, 548 US 557 (2006), pp. 64-65.

⁵² La palabra Taliban viene ‘*talib*’, que significa algo como aquel que está buscando algo para sí mismo y se refiere a los estudiantes de instituciones religiosas (Matinuddin, *The Taliban phenomenon*, 2001, p. 12). Los Talibanes vinieron en el año 1994 de aldeas en Kandahar y campos de refugiados en Pakistán (Nojumi, *The rise if the Taliban in Afghanistan*, 2002, p. xi). Después de la retirada de los soviéticos, se apoderaron de varias ciudades afganas, incluida Kabul, en septiembre de 1996, ganando el control de 80 a 90% del país (ebd.; Philipp en: *MPEPIL*, Taliban nm. 3).

⁵³ Gonzales, *Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban* (<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf>, última visita 14.10.2013), p. 1.

⁵⁴ Luego de esto gozán de estatus de prisioneros de guerra y los respectivos derechos: “Miembros de fuerzas armadas de una parte del conflicto, asimismo miembros de milicias y cuerpos voluntarios que pertenezcan a una fuerza armada”, bajo determinadas condiciones “miembros de otras milicias y cuerpos voluntarios, [...] que pertenezcan a una parte involucrada en el conflicto”, miembros de fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora”, las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas [...], así como 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

deduce, sin embargo, que la condición de prisionero de guerra no depende del reconocimiento de la parte contraria, sino de la interpretación razonable de estas regulaciones. Si se considera a los Talibanes como las fuerzas armadas del (antiguo) Gobierno *de facto* de Afganistán⁵⁵, serán concebidos por el artículo 4A CG III ya sea como “miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto” (numeral 1) o “miembros de fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora” (numeral 3)⁵⁶. El estatus de prisionero de guerra será asegurado independiente de la nacionalidad⁵⁷. De hecho, el gobierno de Bush cambió su posición original y reconoció estatus de prisioneros de guerra a los Talibanes a principios de 2002⁵⁸.

Como organización terrorista internacional⁵⁹, Al-Qaeda no puede ser parte de la CG debido a que no es un Estado (“Alta Parte Contratante”)⁶⁰. Sin embargo, esto no significa

lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra”. Protección integral ofrece el Art. 43 I PA I, el cual no fue ratificado por USA.

⁵⁵ J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 271, 284; R. Otto, *Targeted Killings and International law*, 2012, pp. 223-224; Y. Arai-Takahashi (*supra* nota a pie 43) pp. 61, 95-97; Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 315; Philipp, “Taliban”, en: *MPEPIL*, nm. 9 ss.

⁵⁶ Otto (*supra* nota a pie 55), p. 22 ss.; L. Azubuike, “Status of Taliban and al Qaeda Soldiers: Another Viewpoint”,

en *Connecticut Journal of International law* 19 (2003-2004), pp. 127, 147 (ambos aplicando el Art. 4A Nr. 1 CG III); Wolfrum/Philipp (*supra* nota a pie 44) pp. 598-599; J. Toman (*supra* nota a pie 43) pp. 285-286 (ambos aplicando Nr. 3). Disintiendo Y. Dinstein, “Unlawful Combatancy”, en *Israel Yearbook on Human rights* 32 (2002), p. 267, aplicando los requisitos del nr. 2 y nr. 3 y argumentando que los Talibanes no cumplen con los requisitos de los lits. (a) a (d), ya que no llevan ningún uniforme; en contra Wolfrum/Philipp (*supra* nota a pie 44) pp. 559, 599, haciendo hincapié en que los Talibanes se “distinguan de la población civil, ya que llevaban turbantes negros y tenían pañuelos que indicaba a qué fuerza pertenecían”.

⁵⁷ Art. 16 CGIII: Habida cuenta de las disposiciones del presente Convenio relativas a la graduación así como al sexo [...], todos los prisioneros deberán ser tratados de la misma manera por la Potencia detenedora, sin distinción alguna de índole desfavorable de raza, de *nacionalidad*, de religión, de opiniones políticas u otras, fundadas en criterios análogos” (Cursiva por el autor).

⁵⁸ K.E. Dahlstrom, “The Executive Policy Toward Detention and Trial of Foreign Citizens at Guantanamo Bay”, en *Berkeley Journal of International Law* 21 (2003) , no. 3, p. 662; B. Kemper/N. Bendavid, “U.P. grants POW status to Taliban, not Al Qaeda”, en *Chicago Tribune*, 8.02.2002, http://articlep.chicagotribune.com/2002-02-08/news/0202080309_1_geneva-convention-human-rights-al-qaeda (última visita 14.10.2013).

⁵⁹ Al-Qaeda es una organización terrorista internacional que fue fundada a finales de 1980, su nombre significa “la base”. Evolucionaron a partir de los movimientos muyahidines que lucharon contra la ocupación soviética de Afganistán. Sus miembros fueron combatientes viajeros en conflictos en los que estaban involucrados combatientes musulmanes, como los conflictos en Somalia y Bosnia. Ellos colaboran con los Talibanes desde mediados de los años 1990. Sus miembros están conectados por una red transnacional entre sí, lo que les facilitó la comunicación transnacional, intercambio de información y transferencia de dinero. Después de la intervención de EE.UU. en la Guerra del Golfo en 1990 y Somalia en 1992 atacaron varias instituciones estadounidenses, como el World Trade Center en 1993, las embajadas de EE.UU. en África Oriental y el *ISS Cole* en un puerto yemení. Los ataques del 11 de septiembre de 2001 representan la cúspide de la escalada de violencia. Véase Riedel, *The Search for Al Qaeda*, 2008, p. ix; Migaux en: Chaliand/Blin (ed.), *The history of terrorism*, 2007, p. 314; *Margulies* Al Qaeda, 2003, p. 10, 15 ss.; Schneckener,

necesariamente que sus miembros no puedan disfrutar el estatus de prisioneros de guerra en el sentido de la CG III⁶¹ en tanto exista una vinculación de hecho entre Al-Qaeda y una parte del conflicto al momento de la captura⁶². A pesar de algunas dependencias recíprocas⁶³, no se pudo confirmar un suficiente vínculo entre Al-Qaeda y los Talibanes⁶⁴, ni combatir a Al-Qaeda en nombre y bajo el mando del Estado Afgano o sus fuerzas armadas; Además, los integrantes no portaban consigo un símbolo que se pudiera reconocer desde la distancia⁶⁵. Por esta razón no es aplicable la CG III, por regla general, a los miembros de Al-Qaeda⁶⁶.

El Art. 4 (1) de la CG IV determina que como *civiles* “protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas.” En el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) aparece el término “en el poder de” (“in the hands of”) como sinónimo para “en el territorio de”⁶⁷. Es

Netzwerke des Terrors (http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/S42_02_gesch_tzt.pdf, última visita 14.10.2013), p. 20 ss. Desde el punto de vista alemán sobre la influencia de Al-Qaeda en individuos terroristas véase el informe de la Comisión Delegada del Gobierno para revisar los detalles de la legislación de seguridad en Alemania (*Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland* [Sicherheitsbericht], 28.8.2013), p. 7.

⁶⁰ Véase Ambos/Alkatout (*supra* nota a pie 42) pp. 341, 347.

⁶¹ A.A. Yoo/Delahunt, “Memorandum: Application of Treaties and Laws to Al-Qaeda and Taliban Detainees”, en *US Department of Justice*, 9 January 2002, (http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB_127/02.01.09.pdf, última visita 14.10.2013), p. 1; G.W. Bush, “Status of Detainees at Guantanamo”, en G.W. Bush, en *The White House*, (www.aclu.org/files/assets/2002_02_07_Factsheet_Status_of_Detainees_at_Guantanamo_0.pdf, última visita 14.10.2013); R.A. Porrata-Doria, “The Geneva Conventions and Their Applicability to the “War on Terror””, en *Temple Political & Civil rights law review* 14 (2004-2005), pp. 599, 607-608.

⁶² Cfr. International Committee of the Red Cross [ICRC], *Commentary III Geneva Convention* [CG III], 2006, p. 57.

⁶³ Schneckener (*supra* nota a pie 59), p. 35

⁶⁴ J. Toman (*supra* nota a pie 43) pp. 271, 292; G.H. Aldrich (*supra* nota a pie 43) p. 893, con nota a pie 11; M. Sassòli, “Guantánamo, Detainees”, en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012, nm. 14; disintiendo Y. Dinstein (*supra* nota a pie 56) p. 268; L. Azubuike (*supra* nota a pie 56) pp. 153-154.

⁶⁵ J. Toman (*supra* nota a pie 43) p. 271, 293; Cfr. Art. 43 I CG PA I, Art. 1 Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya de 1907 IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; Cfr. J.-M. Henckaerts, ‘Armed Forces’, en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012.

⁶⁶ Cfr. J. Toman (*supra* nota a pie 43) pp. 271, 294; Otto (*supra* nota a pie 55), p. 232 s.

⁶⁷ ICRC, *Commentary IV Geneva Convention* [CG IV], 1958, p. 51: „Nevertheless, disregarding points of detail, it will be seen that there are two main classes of protected person: (1) ,enemy nationals’ within the national territory of each of the Parties to the conflict and (2) ,the whole population’ of occupied territories (excluding nationals of the Occupying Power).” (“Sin embargo, sin tener en cuenta cuestiones de detalle, se verá que hay dos clases principales de persona protegida: (1), ciudadanos de países enemigos” dentro del territorio nacional de cada una de las partes en conflicto, y (2), el conjunto de la población “de los territorios ocupados (excluyendo los nacionales de la Potencia ocupante). Traducción de John E. Zuluaga T.)

por esta razón por la que algunos autores afirman que las personas tienen que ser capturadas, ya sea en territorio ocupado o en el territorio de una parte en el conflicto⁶⁸. Esta restricción, sin embargo, no tiene ninguna base en el texto de la CG IV. El término “in the hands of” (en poder de) sugiere mucho más una medida de facto en lugar de una medida legal. A partir de la variedad de lugares de control durante un conflicto armado, el estatus de prisionero no puede depender del sitio de su captura.

Del Art. 4 inc. 3 CG IV y las excepciones de protección allí definidas para las personas protegidas por las CG I-IV, se puede llegar a la conclusión inversa de que no hay vacíos de protección entre las convenciones⁶⁹. Esto se respalda también en el Art. 5 CG IV, que prevé tales personas como “protegidas por el presente convenio” y que, por lo menos, son fundadamente sospechosas de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad de una parte en el conflicto o de la potencia ocupante. Asimismo, si se parte de que esto implica a los miembros de Al-Qaeda en casos concretos, no se restringe el derecho al debido proceso según el Art. 5 inc. 3 CG IV⁷⁰.

Sin embargo, mientras que la nacionalidad es irrelevante para la aplicación de la GC III⁷¹, en el Art. 4 (2) CG IV se establece una “*excepción de nacionalidad*”, a partir de la cual los miembros de Estados “neutrales” no llegan a ser contemplados como personas protegidas, si el Estado en cuya esfera de influencia se encuentran, tiene relaciones

⁶⁸ J. Callen, “Unlawful Combatants and the Geneva Conventions”, en *Virginia Journal of International Law* 44 (2004) pp.1025, 1065 y1032: “... be captured either in occupied territory or in the home territory of [a] belligerent country” (ser capturado, ya sea en territorio ocupado o en el territorio de origen de [un] país beligerante”, Traducción de John E. Zuluaga T.).

⁶⁹ *Prosecutor v Delalic*, Judgement, Case No. IT-96-21-T, T.Ch., 16.11.1998, para. 271; K. Dörmann, “The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants””, en *International Review of the Red Cross* 85 (2003), no. 849

pp. 45, 47; Cassese, ‘Expert Opinion On Whether Israel’s Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law’ (<http://www.stoptorture.org.il/files/cassese.pdf>, última visita 14.10.2013), p. 14; M. Sassóli, “Use and Abuse of the Laws of War in the “War on Terrorism””, en *Law and Inequality* 22 (2004), no. 2, pp. 195, 207; ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 51: “In short, all the particular cases we have just been considering confirm a general principle which is embodied in all four Geneva Conventions of 1949. Every person in enemy hands must have some status under international law: he is either a prisoner of war and, as such, covered by the Third Convention, a civilian covered by the Fourth Convention, or again, a member of the medical personnel of the armed forces who is covered by the First Convention. There is no ‘intermediate status’; nobody in enemy hands can be outside the law.” (“En resumen, todos los casos particulares que acabamos de considerar confirman un principio general que se materializa en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Todas las personas en poder del enemigo deben tener un estatus en el derecho internacional: o bien es un prisionero de guerra y, como tal, está cubierta por el Convenio III, o un civil cubierto por el Convenio IV, o de nuevo, un miembro del personal médico de la fuerzas armadas que está cubierto por el Convenio I. No hay ‘estado intermedio’, nadie en poder del enemigo puede estar fuera de la ley”. Traducción de John E. Zuluaga T.)

⁷⁰ Art. 5 III 1 CG IV: “...en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el presente Convenio”.

⁷¹ Véase *supra* nota a pie 57.

diplomáticas normales con su Estado de origen, es decir, mientras que el Estado del que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén⁷². Esta excepción de nacionalidad se aplica a la mayoría de los detenidos en Guantánamo⁷³, ya que son ciudadanos de “Estados neutrales” como Yemen, Kuwait o Arabia Saudita, con los que los EE.UU. tiene relaciones diplomáticas⁷⁴. La excepción de nacionalidad no tiene que ser forzosamente interpretada en el sentido de una excepción al ámbito de protección. Mucho mejor se puede entender a partir de la posible protección consular y jurídica de los respectivos nacionales afectados por medio de su Estado de origen⁷⁵. Esta protección no funciona con eficacia, sin embargo, si estos nacionales son detenidos por otro poder y los Estados de origen ni siquiera saben de su detención. Además, la excepción de nacionalidad no puede aplicarse razonablemente en tiempos de ocupación⁷⁶ - *in casu* por lo menos en el tiempo entre la intervención de los EE.UU. y la caída del gobierno Taliban⁷⁷ -, ya que en esta situación los representantes diplomáticos no están acreditados ante la potencia ocupante y, por lo tanto, la ayuda consular no puede concederse⁷⁸. Pero incluso si se utiliza plenamente la excepción de nacionalidad, siguen siendo aplicables las garantías básicas “que son reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados” (artículo 3 común GC). En efecto, si se acepta que estas garantías jurídicas se aplican en tales conflictos, que están excluidos *per se* del ámbito de protección de la CG, se deben aplicar las mismas *a maiore ad minus* también en tales situaciones en las cuales el derecho de Ginebra es válido.

En un conflicto armado *no internacional*, el artículo 3 común CG que acabamos de citar se aplica y ofrece un nivel mínimo de protección. No resulta convincente la postura contraria tomada por la administración Bush, con la que se argumentaba que el artículo 3

⁷² Art. 4 II CG IV: “...Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén.”

⁷³ Respecto a una lista de detenidos véase <http://www.guardian.co.uk/world/datablog/2011/apr/25/guantanamo-bay-detainees-full-list#data> (última visita 14.10.2013) y la lista oficial del Departamento de Defensa (<http://www.defense.gov/news/May2006/d20060515%20List.pdf> (última visita 14.10.2013).

⁷⁴ J. Callen (*supra* nota a pie 68) pp. 1025, 1070; J.B. Bellinger/V.M. Padmanabhan, “Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law”, en *American Journal of International Law* 105 (2011), no. 2, pp. 201, 216.

⁷⁵ ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 49.

⁷⁶ ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 48.

⁷⁷ Véase *supra* sección C.I. Para el supuesto de una ocupación M. Sassóli, ‘Use and Abuse of the Laws of War in the “War on Terrorism”’, en *law and Inequality* 22 (2004), no. 2, p. 195, 207; en contra J. Callen (*supra* nota a pie 68) p. 1025, 1069.

⁷⁸ ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 49.

común se aplica únicamente a los escenarios que se asemejan a una guerra civil y que una ampliación a los conflictos armados (no internacionales) con participación internacional necesitaría de la aprobación de los Estados parte⁷⁹, de tal manera que la CG no tendría aplicación para los integrantes de Al-Qaeda detenidos, privados de la libertad durante el conflicto en Afganistan⁸⁰. En los trabajos preparatorios de las CG se hace referencia a “casos de guerra civil, conflictos coloniales, o guerras religiosas” como casos especiales (pero no concluyentes) de un conflicto armado no internacional⁸¹. De esto no se puede desprender que los redactores del proyecto se propusieron una aplicación directa sólo a conflictos similares a guerras civiles. Su voluntad representa de todos modos sólo un medio de interpretación complementario⁸² y el texto literal (“conflicto armado que no sea de índole internacional”), decisivo según el Art. 33 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no contiene ninguna restricción. Como resultado, esto significa que tanto los Talibanes y miembros de Al-Qaeda gozan de protección en virtud del DIH. Los primeros tienen derecho a la condición de prisioneros de guerra en el sentido de la CG III, los segundos gozan de los derechos del artículo 3 común a la CG o de la CG IV⁸³.

2. ¿Negación de derechos por medio de una tercera categoría: *combatientes enemigos ilegales*?

La Administración Bush trató de privar a los detenidos en Guantánamo de los aludidos derechos y calificó a los mismos como “combatientes enemigos ilegales” (“*unlawful enemy combatants*”) o “enemigos beligerantes no privilegiados” (“*unprivileged enemy belligerents*”)⁸⁴. Si bien este concepto no se puede encontrar en el DIH codificado⁸⁵, el

⁷⁹ Yoo/Delahunty (*supra* nota a pie 61), p. 7 ss.

⁸⁰ Yoo/Delahunty (*supra* nota a pie 61), p. 2: “... neither the Geneva Conventions nor the WCA [=War Crimes Act] regulate the detention of al Qaeda prisoners captured during the Afghanistan conflict.” (ni los Convenios de Ginebra ni el WCA [= Ley de Crímenes de Guerra] regulan la detención de presos de Al Qaeda capturados durante el conflicto de Afganistán”, Traducción de John E. Zuluaga T.).

⁸¹ Art. 2 IV Proyectos de Convención (XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja de Estocolmo), Draft Conventions (XVIIth International Red Cross Conference Stockholm), impreso en ICRC, *Commentary III Geneva Convention*, 1960, p. 31. Cfr. también Bellinger/Padmanabhan (*supra* nota a pie 74) pp. 201, 206

⁸² Art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Cfr. también K. Schöberl (*supra* nota a pie 40) pp. 128, 137.

⁸³ *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 65 ss.

⁸⁴ Sobre el concepto véase *infra* nota a pie 89 y texto central.

⁸⁵ Wiczeorek, *Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht*, 2005, p. 27; T. Gill/E. van Sliedregt, “Guantánamo Bay: A Reflection On The Legal Status And Rights Of “Unlawful

mismo se remonta a la decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. “*ex parte Quirin*” de 1942. En dicha sentencia la Corte Suprema de Justicia definió *combatientes ilegales* como los combatientes que pueden ser perseguidos penalmente a causa de los hechos violatorios de las reglas de la conducción de la guerra (como espionaje)⁸⁶.

La Ley de Comisiones Militares (*Military Commissions Act -MCA-*) de 2006 define a un *enemigo combatiente ilegal*, como “una persona que ha participado en las hostilidades o que ha apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus cobeligerantes y que no es un combatiente legal (lo que incluye integrantes de los Talibanes, Al-Qaeda o fuerzas asociadas) o una persona que, antes, en, o después de la fecha de la promulgación de la Ley de Comisiones Militares (LCM) de 2006, se ha determinado que es un *enemigo combatiente ilegal* por el Tribunal para la Revisión del Estatus de Combatiente (*Combatant Status Review Tribunal, -CSRT*⁸⁷-) u otro tribunal competente⁸⁸. Las decisiones del CSRT pueden ser recurridas ante la Corte del Distrito

Enemy Combatants”, en *Utrecht law review* 1 (2005), no. 1, pp. 28, 32; ; A. Walen/I. Venzke (*supra* nota a pie 42) pp. 843, 856 s., quienes critican el concepto completo.

⁸⁶ *Ex parte Quirin*, 317 US 1, 31 (1942): “Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military force. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals.” (“Combatientes legales están sujetos a capturas y detenciones como prisioneros de guerra por parte de fuerzas militares opositoras. Combatientes ilegales son también objeto de la captura y detención, pero además están sujetos a juicio y castigo por tribunales militares por actos que hacen ilegal su beligerancia. El espía que secretamente y sin uniforme pasa las líneas militares de un beligerante en tiempo de guerra, tratando de recopilar información militar y la comunicará a los enemigos, o un combatiente enemigo que sin uniforme viene en secreto a través de las líneas con el fin de hacer la guerra con destrucción de la vida o la propiedad, son ejemplos familiares de los beligerantes que en general se considera que no tienen derecho al estatus de prisioneros de guerra, pero al ser infractores de la ley de guerra se sujetan a juicio y castigo por los tribunales militares”, Traducción de John E. Zuluaga T.).

⁸⁷ El CSRT se ha creado después de que la Corte Suprema de EE.UU. había pedido un examen del estatus como un “*enemigo ilegal combatiente*”. Véase más información en: http://www.defense.gov/news/combatant_Tribunalp.html (última visita 14.10.2013). Critico Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 209.

⁸⁸ MCA 2006, § 948a: “a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces) [...] or a person who, [...] has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense”. (una persona que ha participado en las hostilidades o que ha apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus cobeligerantes, que no es un combatiente enemigo legal (incluyendo una persona que es parte de los Talibanes, Al Qaeda o fuerzas asociadas) [...] o una persona que, [...] se ha determinado que es un enemigo combatiente ilegal por un Tribunal de Revisión del Estatuto de Combatiente u otro tribunal competente establecido bajo la autoridad del Presidente o del Secretario de Defensa”, Traducción de John E. Zuluaga T.)

de Columbia⁸⁹. Desde 2009, la LCM distingue entre “*beligerantes privilegiados*” - individuos que pertenecen a una de las ocho categorías enumeradas en el artículo 4 CG III⁹⁰ - y “*enemigos beligerantes no privilegiados*” - personas que, sin ser *beligerantes privilegiados*, han “participado en hostilidades contra los Estados Unidos o sus socios de la coalición”, o han “apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de la coalición” o eran “una parte de Al-Qaeda en el momento de la supuesta infracción”⁹¹. *Beligerantes enemigos sin privilegios* no pueden invocar los Convenios de Ginebra⁹². Aunque la LCM de 2006 y 2009 utilizan una terminología diferente - combatientes enemigos ilegales frente a los beligerantes enemigos sin privilegios - la única diferencia notable se observa en el hecho de que la pertenencia a los Talibanes ya no forma parte de la definición más reciente⁹³.

Dado que la “decisión *Quirin*” fue tomada antes de la promulgación de la CG y el concepto de combatiente ilegal no se ha adoptado en las codificaciones posteriores, es dudoso si el concepto puede ser aplicado en el DIH actual⁹⁴. En cualquier caso, el supuesto de la “decisión *Quirin*” no encaja para los casos de los integrantes de Al-Qaeda o Talibanes, ya que no son acusados de espionaje⁹⁵. En esencia, el concepto sanciona una violación del deber de un combatiente de hacer público su estatus de combatiente haciéndose pasar por un civil: si engaña sobre esto, pierde su condición de prisionero de guerra⁹⁶. En la literatura se entiende el concepto más ampliamente, incluyendo en el mismo a los que participan en las hostilidades, sin tener derecho a hacerlo, es decir, sin ser

⁸⁹ F. Meyer, “Habeas Corpus und Suspension Clause”, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 69 (2009), p. 1, 2.

⁹⁰ Véase MCA 2009, § 948a VI.

⁹¹ MCA 2009, § 948a VII: “an individual (other than a privileged belligerent) who [...] has engaged in hostilities against the United States or its coalition partners; [...] has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its coalition partners; or [...] was a part of al Qaeda at the time of the alleged offense under this chapter”. (“una persona (que no sea un beligerante privilegiado) quien [...] ha participado en las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición; [...] ha apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición; o [...] era una parte de Al Qaeda en el momento del presunto delito bajo este capítulo”, Traducción de John E. Zuluaga Taborda).

⁹² MCA 2009, § 948b(e).

⁹³ Respecto a las diferencias véase J. Mariner, “A First Look at the Military Commissions Act of 2009, Part One”, en *Find Law*, 4 November 2009, <<http://writ.news.findlaw.com/mariner/20091104.html>> (última visita 14.10.2013): ‘cosmetic change, not a real improvement’; críticamente M.C. Bassiouni (*supra* nota a pie 26) p. 255.

⁹⁴ Walen/Venzke (*supra* nota a pie 42) pp. 843, 856 ss.

⁹⁵ Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 145; H. Keller/M. Forowicz, “A New Era for the Supreme Court After Hamdan v. Rumsfeld?”, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), p. 1, 39; Cfr. también J. Fitzpatrick (*supra* nota a pie 44) p. 345, 349: “analogy to the Second World War [...] is quite weak”.

⁹⁶ Y. Dinstein (*supra* nota a pie 56) p. 249; J. Callen (*supra* nota a pie 68) p. 1026.

combatientes⁹⁷. En cualquier caso, el concepto sólo podrá limitar los derechos de los combatientes; sobre civiles no se puede encontrar terminológicamente ninguna aplicación - estos no son “combatientes” ni “belligerentes” -⁹⁸. De ello se desprende que el concepto en un conflicto armado no internacional, a falta de una distinción legal entre combatientes y civiles, no tiene ningún ámbito de aplicación⁹⁹.

En la aplicación de esta definición amplia del concepto a Al-Qaeda y los Talibanes, primero, se podría decir que estos habrían actuado ilegalmente mientras participaron de manera activa en las hostilidades sin tener un estatus formal de combatiente y, por lo tanto, sin derecho a hacerlo. Por el contrario, los Talibanes pertenecían a las fuerzas armadas de Afganistán y, por lo tanto, eran *combatientes legales*¹⁰⁰. Pero incluso, con respecto a Al-Qaeda, la exclusión de una persona del estatus de prisionero de guerra o cualquier otro tipo de protección internacional humanitaria sobre la base de la mera pertenencia a Al-Qaeda, sin tener en cuenta la participación real, por ejemplo, en las hostilidades, es demasiado formalista y arbitraria. Además, no es convincente que todos los que resuelta y materialmente apoyaron las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de la coalición, alteraron o lesionaron forzosamente los fines del DIH. Finalmente, la sanción proporcional en los casos de lesiones al derecho de Ginebra no es la pérdida de la protección del DIH, sino un proceso penal a causa de posibles crímenes de guerra¹⁰¹.

En cualquier caso, la protección del DIH no se puede perder totalmente. Incluso si, a efectos de argumentación, se considera que Al-Qaeda y los Talibanes son combatientes ilegales o no privilegiados, su detención tiene que terminar tan pronto hayan terminado las hostilidades¹⁰². Incluso si uno niega la aplicación de las CG III y IV, siguen teniendo vigencia derechos básicos, por ejemplo, como están consagrados en el Artículo 3 común

⁹⁷ Cfr. G.H. Aldrich (*supra* nota a pie 43) p. 893; J.P. Bialke, “Al-Qaeda & Taliban: Unlawful Combatant Detainees, Unlawful Belligerency, and the International Laws of Armed Conflict”, en *Air Force Law Review* 55 (2004), pp. 4-5.

⁹⁸ Walen/Venzke (*supra* nota a pie 42) pp. 843, 858.

⁹⁹ Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 246 con nota a pie 115; K. Dörmann (*supra* nota a pie 69) pp. 45, 47; K. Dörmann, “Combatants, Unlawful”, en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012, nm. 36; J. Wieczorek (*supra* nota a pie 85) pp. 44 ss.

¹⁰⁰ Véase nota a pie 55 con texto central.

¹⁰¹ Cfr. Art. 82 ss. CG III, especialmente Art. 85 CG III; Wolfrum/Philipp (*supra* nota a pie 44) pp. 559, 598; C.E. Philipp, ‘Taliban’, en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, nm. 11; En contra respecto a lo que se refiere a los „battlefield unlawful combatants” J. Callen (*supra* nota a pie 68) pp. 1025, 1028 ss.

¹⁰² Y. Dinstein (*supra* nota a pie 56) p. 269; Lutz (*supra* nota a pie 20) p. 369. De acuerdo con O. D. Gartenstein-Ross (*supra* nota a pie 1) p. 262, hay 48 detenidos en Guantánamo que no serán perseguidos, pero son detenidos por razones preventivas. Cfr. sobre una detención preventiva desde el punto de vista alemán el *Sicherheitsbericht* (*supra* nota a pie 59), p. 47.

a las CG y las “leyes fundamentales de la humanidad” en el sentido de la Cláusula Martens¹⁰³, los cuales siguen siendo aplicables a la situación de los detenidos¹⁰⁴.

Sin embargo, la Corte Suprema de EE.UU. acepta algunas restricciones al debido proceso durante un conflicto armado, por ejemplo, la admisión de pruebas de oídas o la presunción a favor de la rectitud y autenticidad de las pruebas del Gobierno¹⁰⁵. Es de anotar que el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH) acentúa que de conformidad con el artículo 14 del PIDCP, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, incluso en un conflicto armado, son derechos que no pueden suspenderse¹⁰⁶. En cuanto a las *comisiones militares*, la Corte Suprema de los EE.UU. ha exigido que tiene que aducirse necesidades prácticas para desviarse de la práctica de los Tribunales militares¹⁰⁷. La Corte confirmó además que el derecho del acusado a estar presente en el juicio pertenece a las garantías jurídicas reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados¹⁰⁸.

¹⁰³ La cláusula de Martens se encuentra en el preámbulo de la Conferencia de la Haya de 1899 y determinó que, a pesar de la falta de normas específicas, en cualquier caso, “las poblaciones y los beligerantes siguen estando bajo la protección y los principios vigentes del derecho internacional, tal como se desprende de las costumbres validas entre los Estados civilizados, de las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública”. Esta cláusula se encuentra en lo sustancial de la misma forma en el preámbulo de la Conferencia de la Haya de 1907: “...las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.” Respecto a la controvertida interpretación de la clausula Martens véase R. Ticehurst, ‘The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict’, en *International review of the red Cross* 37 (1997), no. 317, pp. 125 ss.

¹⁰⁴ Zechmeister, *Die Erosion des humanitären Völkerrechts in den bewaffneten Konflikten der Gegenwart*, 2007, p. 116 ss.; K. Dörmann (*supra* nota a pie 69) pp. 45, 66 ss. aunque los EE.UU. no son un Estado Parte del Protocolo adicional I (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P>, última visita 14.10.2013), se debe tener en cuenta el Art. 44 II PA I (“Aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, la violación de tales normas no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal o, si cae en poder de una Parte adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra, salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4.”). Cfr. asimismo *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 65 ss.; La Corte del Distrito de Columbia ha determinado: „Thus at some level - whether as a prisoner-of-war entitled to the full panoply of Convention protections or only under the more limited protections afforded by Common Article 3 [...] the Third Geneva Convention applies to all persons detained in Afghanistan during the hostilities there.” (District Court of Columbia, *Hamdan v Rumsfeld*, Civil Action No. 04-1519, 8.11.2004 ([http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/8a0164a7babe0c94c12576f100321475/\\$FILE/45357856.pdf/US%20-%20Hamdan%20v%20Rumsfeld%20District%20Court%202004.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/8a0164a7babe0c94c12576f100321475/$FILE/45357856.pdf/US%20-%20Hamdan%20v%20Rumsfeld%20District%20Court%202004.pdf), p. 16, última visita 14.10.2013); asimismo Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 325 ss., especialmente p. 347 s. En cuanto al carácter consuetudinario de estas garantías véase *ibíd.*, p. 351 p. 356; sobre la aplicación a los terroristas en relación con un conflicto armado *ibíd.*, p. 357 s., 376.

¹⁰⁵ *Hamdi v Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), p. 26 f.

¹⁰⁶ United Nations Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 29 (31.8.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, nm. 6; véase también Kälin/Künzli (*supra* nota a pie 7) p. 461.

¹⁰⁷ *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 70.

¹⁰⁸ *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 70 ss.

Un “interés convincente” del Gobierno para restringir el descubrimiento probatorio (*disclosure*), no puede ser considerado sin fundamento legal expreso¹⁰⁹.

III. Protección en el derecho internacional de los derechos humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) no sólo es aplicable en tiempos de paz, sino también durante los conflictos armados. Mientras el DIH podría ser visto como una *lex specialis* y, por lo mismo, como derecho aplicable de manera exclusiva¹¹⁰, esto no implica la suspensión total de los derechos humanos, sino que, más bien, ellos cumplen una función llenando los vacíos de aquel ámbito en los respectivos casos; ellos son aplicables complementariamente¹¹¹. Para la CIJ existe una complementariedad de los dos regímenes en forma de círculos que se superponen¹¹². Por lo tanto, los derechos humanos pueden ser consultados para interpretar ciertas garantías previstas en el DIH¹¹³. Incluso si uno llevara la *lex specialis* del DIH al punto de derogar o sustituir los derechos humanos, seguiría siendo aplicable el derecho a un debido proceso en el ámbi-

¹⁰⁹ *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 70 ss.: “That the Government has a compelling interest in denying Hamdan access to certain sensitive information is not doubted. [...] But, at least absent express statutory provision to the contrary, information used to convict a person of a crime must be disclosed to him.” (Que el Gobierno tiene un interés apremiante en negar acceso a Hamdan a cierta información sensible no está en duda. [...] Sin embargo, en ausencia de disposición legal expresa en contrario, por lo menos, la información utilizada para condenar a una persona por un delito debe ser enseñada a él”, traducción de John E. Zuluaga T.).

¹¹⁰ Cfr. J.B. Bellinger, “Opening Remarks, U.S. Meeting with U.N. Committee Against Torture”, en *US Department of State*, May 5, 2006, (<http://www.state.gov/j/drl/rls/68557.htm>, última visita 14.10.2013) relativa a la aplicabilidad de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

¹¹¹ Cfr. Schäfer, *Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht*, 2006, p. 17; Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2011, p. 232 ss.; C. Johann, *Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt*, 2012, p. 174 s.; también Ambos, *Treatise of International Criminal Law. Volume 2: Crimes and Sentencing*, 2014, p. 139.

¹¹² *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Wall Opinion)*, [2004] ICJ Reports, p. 136, nm. 106: „More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rightp. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law.” (En términos más generales, la Corte considera que la protección ofrecida por las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que se encuentran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y de derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, mientras que otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional”, Traducción de John E. Zuluaga T); Cfr. también J. Toman (*supra* nota a pie 43) pp. 271, 276; Dennis/Surena, *European Human Rights Law Review*, 2008, p. 714.

¹¹³ Kälin/Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Ed.. 2008, p. 196.

to del DIH (artículo 3 común a los CG I-IV, artículos 84 a 108 GC III y en los artículos 64 a 78 CG IV)¹¹⁴.

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Mientras Guantánamo Bay pertenece oficialmente a Cuba, los EE.UU. tiene plena jurisdicción y el control de la misma sobre la base de un acuerdo del año 1903¹¹⁵. Si bien este acuerdo es válido desde el punto de vista del derecho internacional y todavía está en vigor¹¹⁶, no cambia la soberanía territorial formal de Cuba sobre Guantánamo, de tal manera que el PIDCP - que sólo fue firmado por Cuba pero no ratificado¹¹⁷ - no es aplicable a este territorio. Esto nos lleva a la cuestión de una posible aplicación extraterritorial del Pacto. El Art. 2 (1) del PIDCP considera:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren *en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción* los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹¹⁸.

Aunque el texto parece sugerir una comprensión acumulativa de las condiciones relevantes - “que se encuentran en su territorio” y “estén sujetos a su jurisdicción” - por lo

¹¹⁴ Véase también Buergenthal/Thürer, *Menschenrechte*, 2010, p. 116 s.

¹¹⁵ Cfr. El convenio entre los EE.UU. y Cuba para “for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations v. 23.11.1903”, el texto puede verse en http://avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp (última visita 14.10.2013). El Art. III relevante dice:

“Mientras que por un lado los Estados Unidos reconocen la continuación de la *soberanía definitiva de la República de Cuba* sobre las áreas antes descritas de tierra y agua, por otro lado, la República de Cuba consiente que durante el período de la ocupación por los Estados Unidos de dichas áreas, en los términos de este acuerdo *los Estados Unidos ejercerán completa jurisdicción y control* sobre y dentro de dichas áreas con derecho a adquirir (en las condiciones que se acuerden en adelante por los dos Gobiernos) a los fines públicos de los Estados Unidos cualquier tierra u otra propiedad allí por compra o por el ejercicio del dominio eminente con el pago a los propietarios de los mismos” (Traducción de John E. Zuluaga T., énfasis del autor).

¹¹⁶ Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 59 ss. Posteriormente ha habido otros acuerdos, especialmente el “*Relations with Cuba Treaty*”, el cual prevé que el contrato de arrendamiento continuará hasta tanto ambas partes acuerden una abrogación o modificación (Art. III).

¹¹⁷ La firma se dio en el 2008, los EE.UU. han ratificado el paquete en 1992. Cfr. http://treatiep.un.org/Pages/ViewDetailp.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (última visita 14.10.2013).

¹¹⁸ Énfasis del autor.

tanto ambas condiciones tienen que darse¹¹⁹, el Comité de Derechos Humanos afirmó la aplicabilidad extraterritorial en varios casos¹²⁰. Especialmente en el caso de Israel, el Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en “el ejercicio de la jurisdicción efectiva de las fuerzas de seguridad de Israel”¹²¹ y por lo tanto se basó en el principio de un *control efectivo*¹²². Sobre esta base, el Comité de Derechos Humanos emitió la siguiente observación general en 2004:

"Los Estados Partes están comprometidos (...) a respetar y garantizar los derechos consagrados en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y para todas las personas sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte. (...) [E]l ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no se limita a los ciudadanos de los Estados Partes (...). Este principio también se aplica a los sometidos al poder o al control efectivo de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo (...)”¹²³.

Los criterios de jurisdicción y de control (efectivo) de los Estados responsables de violaciones extraterritoriales de derechos humanos también se han confirmado en otros regímenes de derechos humanos, entre otros, por el Tribunal Europeo de Derechos

¹¹⁹ Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 222; M.J. Dennis, “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Time of Armed Conflict and Military Occupation”, en *American Journal of International Law* 99 (2005), no. 1, pp. 119, 122 con ejemplos en nota a pie 24.

¹²⁰ Por ejemplo en relación con una Captura por parte de Uruguay sobre territorio argentino (*Delia Saldías de Lopez v. Uruguay*, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1(1984), p. 88, nm. 12.1), en relación con las obligaciones de derechos humanos de Irak como una potencia ocupante en Kuwait (HRC, Reports by States Parties submitted under Art. 40 of the Covenant, Consideration of Reports, Iraq (1991), UN Doc. A/46/40, p. 158); sobre la responsabilidad de la República Federal de Yugoslavia por crímenes cometidos por los nacionalistas serbios en suelo Croata y Bosnio-herzegovino (HRC, Concluding observations: Yugoslavia (28.12.1992), UN Doc. CCPR/C/79/Add.16, p. 2 s.), y finalmente respecto de la responsabilidad de Israel por lesiones a los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados (HRC, Concluding Observations: Israel (18.8.1998), UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, p. 3).

¹²¹ HRC, Concluding Observations: Israel (18.8.1998), UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, p. 3.

¹²² Lorenz, *Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte*, 2005, p. 43; véase también Ambos/Alkatout (*supra* nota a pie 42) pp. 341, 345.

¹²³ HRC, General Comment No. 31 (80) (29.3.2004), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, nm. 10 (énfasis del autor; disponible en castellano en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgcom31.html> última visita 14.10.2013). Las observaciones generales (*General Comments*) representan los instrumentos de interpretación de la DIDCP (Lorenz [*supra* nota a pie 122], p. 35).

Humanos¹²⁴ (TEDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹²⁵ (CIDH) y la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva en 2004¹²⁶.

¹²⁴ *Bankovic and Others v Belgium and Others*, App. no. 52207/99, 12.12.2001, nm 71: "In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the *effective control* of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, *exercises* all or some of the *public powers* normally to be exercised by that Government." ("En suma, la jurisprudencia de la Corte demuestra que el reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado contratante es excepcional: se ha hecho cuando el Estado demandado, a través del *control efectivo* del territorio en cuestión y de sus habitantes en el extranjero como consecuencia de la ocupación militar o por el consentimiento, la invitación o la aquiescencia del Gobierno de ese territorio, *ejerce* la totalidad o parte de *los poderes públicos* que normalmente suelen ser ejercidos por el Gobierno". Traducción de John E. Zuluaga T., énfasis del autor). Véase también *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, App. no. 27765/09, 23.2.2012, nm. 70 ss. Y en relación a las cárceles británicas y las operaciones en Irak *Al-Saadoon and Mufdhi v United Kingdom*, App. no. 61498/08, 2.3.2010; *Al-Skeini and Others v United Kingdom*, App. no. 55721/07, 7.7.2011, nm. 131 ss. Para otros casos véase Besson, "The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to", en *Leiden Journal of International Law* [LJIL] 25 (2012), no. 4, pp. 857, 858 (872 ss.), identificando los tres elementos constitutivos de jurisdicción (*effective power, overall control y normative guidance*). Cfr. también Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 384 s.

¹²⁵ *Armando Alejandro Jr et al. v Cuba*, Caso 11.589, Informe No 86/99, 19.9.1999, nm. 23: "Dado que los derechos individuales son inherentes a la persona humana, todos los Estados americanos están obligados a respetar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un *locus* extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al *control* de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su *autoridad y control*" (énfasis del autor, disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Cuba11.589.htm> última visita 14.10.2013); *Coard and Others v United States*, Caso 10.951, Informe No 109/99, 29.9.1999, nm. 37 (casi literalmente).

¹²⁶ *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Wall Opinion)*, [2004] ICJ Reports, nm. 109 ss.: "The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisionp. The constant practice of the Human Rights Committee is consistent with thip. [...] The *travaux préparatoires* of the Covenant confirm the Committee's interpretation of Article 2 of that instrument. These show that, in adopting the wording chosen, the drafters of the Covenant did not intend to al

vis their State of origin, rights that do not fall within the competence of that State, but of that of the State of residence. [...] In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory." ["La Corte observa que, si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, a veces puede ser ejercida fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parecería natural que, aun cuando tal es el caso, los Estados Partes en el Pacto deben ser obligados a dar cumplimiento a su disposición. La práctica constante de la Comisión de Derechos Humanos es consistente con esto. ... Los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) del Pacto confirman la interpretación del Comité del artículo 2 de dicho instrumento. Estos muestran que, al adoptar la formulación elegida, los redactores del Pacto no tenían la intención de permitir a los Estados escapar de sus obligaciones en el ejercicio de jurisdicción fuera de su territorio nacional. Sólo pretende evitar que las personas

A la luz de estos antecedentes, la posible oposición de los Estados Partes es irrelevante¹²⁷ y la comprensión acumulativa de los dos elementos “en su territorio” y “sujetos a su jurisdicción” debe ser rechazada¹²⁸. De hecho, no tendría mucho sentido para la protección efectiva de los derechos humanos si los Estados con control efectivo sobre violaciones de derechos humanos extraterritoriales estuvieren exentos de responsabilidad por el mero hecho de que no se producen estas violaciones en su propio territorio. El control efectivo sobre el territorio implica la responsabilidad del Estado, ya que sólo el Estado es el que tiene el control efectivo para poder prevenir violaciones¹²⁹. La única pregunta que queda es en qué medida la aplicación necesaria de Tratados de derechos humanos por medio de la soberanía efectiva depende del alcance de su control. Esto, por supuesto, depende de si el Estado tiene instituciones para dicha aplicación¹³⁰. En cualquier caso, por lo que se refiere al control de EE.UU. en Guantánamo, no puede haber duda de que es eficaz y completo como así lo muestra el funcionamiento del centro de detención y los juicios de las comisiones militares, con lo cual se fundamenta una responsabilidad extraterritorial de los EE.UU..

De acuerdo con la redacción del artículo 4 del PIDCP el derecho a un debido proceso puede, sin embargo, ser derogado en un “estado de emergencia pública”. Esto requiere, en primer lugar, una extraordinaria amenaza que ponga en riesgo la integridad estatal, como una guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación¹³¹. Aunque se acepta que una amenaza terrorista también puede constituir una amenaza¹³², este requisito tiene que ser interpretado de manera restrictiva. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos destacó que, incluso durante un conflicto armado, una amenaza a la vida de la nación no se deriva automáticamente. En su lugar, la amenaza debe representar cierta gravedad¹³³. Con respecto a la detención de sospechosos de terrorismo, por lo tanto, es necesario que la amenaza terrorista sea “real o inminente”, lo que afecta al Estado en su

residentes en el extranjero, - -vis en su Estado de origen, puedan hacer valer los derechos que no caen dentro de la competencia de ese Estado, sino de la del Estado de residencia. ... En conclusión, la Corte considera que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable respecto de los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio”, traducción de John E. Zuluaga T.]

¹²⁷ Respecto de los *travaux* en detalle: Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 224 ss.

¹²⁸ Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 226.

¹²⁹ Cfr. Besson (*supra* nota a pie 124) pp. 857, 865; Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 53.

¹³⁰ Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 2. Ed., 2008, p. 131.

¹³¹ Macken, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists*, 2011, p. 80.

¹³² Macken (*supra* nota a pie 131), p. 81 con otras referencias.

¹³³ Oraá, *Human rights in states of emergency in international law*, 1996, p. 20; HRC, General Comment No. 29 (31.8.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, Rn 3; Cfr. auch *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Wall Opinion)*, [2004] ICJ Reports, p. 136, nm.106.

conjunto y pone en peligro la “continuación de la vida organizada de la comunidad” para lo cual las contramedidas comunes (permitidas por los tratados de derechos humanos) serían insuficientes¹³⁴. Incluso si una parte de que estos requisitos se han cumplido inmediatamente después del 9/11, es dudoso que esto todavía deba considerarse cierto once años después¹³⁵. Además de estas dudas, los EE.UU. nunca han notificado al Secretario general de la ONU, como lo exige el artículo 4 (3) PIDCP, de cualquier estado de emergencia¹³⁶. Por lo tanto puede concluirse que no existe tal estado de emergencia, lo que permitiría una negación del derecho a un debido proceso.

Si se supone que existía una emergencia o todavía existe, no se pueden suspender por completo todas las garantías procesales, incluso si el artículo 4 del PIDCP pareciera llegar a ese efecto. También en tiempos de paz debe existir un nivel mínimo de derechos, pues de otra manera serían derogados derechos inderogables (como la prohibición de la tortura¹³⁷, la presunción de inocencia¹³⁸ o el derecho a impugnar la legalidad de la detención de uno a través del hábeas corpus¹³⁹). Además, los procesos que pueden desencadenar en una pena de muerte deben cumplir con las normas de un debido proceso en todas las circunstancias¹⁴⁰. Es más, la lista de derechos que no pueden derogarse mencionados en el artículo 4 (2) del PIDCP no es congruente con las normas del *ius cogens* de derecho internacional, normas que dado su carácter imperativo nunca pueden ser suspendidas o derogadas¹⁴¹. Derechos procesales básicos tales como la presunción de inocencia o el derecho a la defensa también se pueden contar entre estas normas imperativas o de *ius cogens*¹⁴².

¹³⁴ Macken ((*supra* nota a pie 131), p. 82.

¹³⁵ Tomuschat ((*supra* nota a pie 130), p. 131.

¹³⁶ K.E. Dahlstrom (*supra* nota a pie 58) pp. 662, 670.

¹³⁷ E. Schmid, “The Right to a Fair Trial in Times of Terrorism: A Method to Identify the Non-Derogable Aspects of Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, en *Goettingen Journal of International Law* 1 (2009), no. 1, pp. 29, 43 s.

¹³⁸ HRC, General Comment No. 32 (23.8.2007), UN Doc. CCPR/C/GK/32, nm. 6.

¹³⁹ de Londras (*supra* nota a pie 1), p. 65; Comisión de Derechos Humanos, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 11/2000 (Peru), UN Doc. E/CN.4/2001/14/Add.1, p. 75 ss.

¹⁴⁰ HRC, General Comment No. 32 (23.8.2007), UN Doc. CCPR/C/GK/32, nm. 6.

¹⁴¹ HRC, General Comment No. 29 (31.8.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, nm. 11: “The enumeration of non-derogable provisions in article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law.” (“La enumeración de las disposiciones no derogables en el artículo 4 se relaciona, pero no se identifican, con la cuestión de si ciertas obligaciones de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional”, traducción de John E. Zuluaga T.)

¹⁴² HRC, General Comment No. 29 (31.8. 2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, nm. 11.

2. Nivel regional: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Aunque ni los EE.UU. ni Cuba son partes en la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH)¹⁴³, se prevé el derecho a un debido proceso en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la que Cuba y los EE.UU. son partes como miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹⁴⁴.

Aunque el carácter y el estatus de la Declaración son controvertidos - ya que sólo se adoptó como una "declaración" en la Novena Conferencia Internacional Americana, junto con la Carta de la OEA¹⁴⁵ y, por lo tanto, no tenía originalmente ningún efecto jurídicamente vinculante¹⁴⁶ -, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dado un carácter vinculante al reconocer la misma como "una fuente de obligaciones internacionales en relación con la Carta de la Organización"¹⁴⁷. A pesar de esto, los EE.UU. niegan su carácter vinculante e insiste en que no le implica ningún compromiso¹⁴⁸. A pesar de la contradicción persistente de los EE.UU. (como „*persistent objector*”)¹⁴⁹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha encontrado varias

¹⁴³ http://www.oap.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm (última visita 14.10.2013). Crítico Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2003, p. 340 s.

¹⁴⁴ Véase http://www.oap.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States_sign.htm (última visita 14.10.2013); Cfr. Buergenthal/Thürer (*supra* nota a pie 114) p. 298 ss.

¹⁴⁵ C.M. Grossman, "American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948)", en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012, nm. 2.

¹⁴⁶ Buergenthal/Thürer (*supra* nota a pie 114) p. 299 s.; en detalle C. Medina Quiroga, "The inter-American system for the protection of human rights", en C. Krause (ed.), *International protection of human rights*, 2009, p. 475, 477 s.

¹⁴⁷ IAGMR, *Advisory Opinion OC-10/89 July 14, 1989*, nm. 45. Esta interpretación evolutiva es bastante común en la jurisprudencia internacional, véase en detalle M. Dawidowicz, "The effect of the passage of time on the interpretation of treaties: some reflections on Costa Rica v Nicaragua", en *Leiden Journal of International law* 24 (2011), no. 1, pp. 201 ss.

¹⁴⁸ K.E. Dahlstrom (*supra* nota a pie 58) p. 662, 671; Respuesta del Gobierno de los EE.UU. ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Report 85/00 of October 23, 2000 respecto a Mariel Cubans (Caso 9903) (<http://www.cidh.org/Respuestas/USA.9903.htm>, última visita 14.10.2013): "With regard to each implication or direct assertion in the Commission's report that the American Declaration of the Rights and Duties of Man itself accords rights or imposes duties, some of which the United States has supposedly violated, the United States reminds the Commission that the Declaration is no more than a recommendation to the American State. Accordingly, the Declaration does **not** create legally binding obligations and therefore **cannot** be 'violated'" (Con respecto a cada implicación o afirmación directa en el informe de la Comisión de que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sí concede derechos o impone deberes, algunos de los cuales los Estados Unidos supuestamente ha violado, los Estados Unidos recuerda a la Comisión que la Declaración no es más que una recomendación para los Estados americanos. En consecuencia, la Declaración **no** crea obligaciones jurídicamente vinculantes y por lo tanto **no puede** ser violada." (Traducción de John E. Zuluaga, énfasis original)).

¹⁴⁹ Véase Dumberry, *International & Comparative Law Quarterly*, 2010, pp. 779, 787.

violaciones de la Declaración por parte de los EE.UU.¹⁵⁰. Si uno está de acuerdo con la posición de la CIDH y de la CortelDH, la Declaración también vincularía a los EE.UU. y por lo tanto obliga a cumplir con las garantías mínimas del debido proceso, incluso en un estado de emergencia¹⁵¹.

IV. Constitución de los EE.UU

Sobre la base, entre otras cosas, de la *cláusula del debido proceso* de la Enmienda Quinta y Decimocuarta de la Constitución de EE.UU.¹⁵², una persona puede impugnar su detención por medio de un recurso de *habeas corpus*¹⁵³, una acción jurídica extraordinaria para ser conducido ante un juez o tribunal¹⁵⁴. Una Condena puede ser desvirtuada por el hecho de que se base en una violación de la Constitución¹⁵⁵. Una suspensión de la orden judicial sólo se permite cuando hay una “rebelión o invasión” que asciende a un peligro para la «seguridad pública» (la llamada *cláusula de suspensión*)¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Véase por ejemplo *Roach and Pinkerton v United States*, Rep. No 3/87, Case 9647; *Michael Domingues v United States*, Report No 62/02, Merits, Case 12.285.

¹⁵¹ En particular, el umbral de gravedad con respecto a un estado de emergencia se puede comparar con lo requerido por el art. 4 PIDCP (véase *Oraá* [*supra* nota a pie 133], p. 22 ss. y texto central con nota a pie 117 ss.). Aparte de eso, el derecho al debido proceso puede ser visto como un derecho inderogable (Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, 1998, p. 462). Respectivamente, la CIDH declaró admisible una petición de un detenido en Guantánamo en relación con las presuntas violaciones de, entre otros, el art XXVI DADDH (“derecho al debido proceso legal”); “fundamentalmente sobre la base de la falta de determinación adecuada de su estatus legal; su detención arbitraria durante una década sin acusación formal ni revisión judicial; los actos de tortura física y psicológica y trato cruel, inhumano y degradante, los cuales se alega ocurrieron mientras estuvo en Kandahar y Guantánamo; la privación de desarrollar su vida privada y familiar; y la falta de recursos judiciales efectivos para remediar las violaciones que alegan ha sufrido.” (*Djamel Ameziane v United States*, Petición 900-08, Informe No. 17/12, 20.3.2012, [www.oas.org/es/cidh/decisiones/2012/USAD900-08ES.doc (última visita 14.10.2013)], nm. 48).

¹⁵² Dimitrakopoulos, *Individual Rights and Liberties Under the U.P. Constitution*, p. 151 s. con más referencias. Mientras que el primero vincula al gobierno federal, este último es aplicable en términos de los Estados y los gobiernos locales.

¹⁵³ El procedimiento de *habeas corpus* permite lograr, como un recurso extraordinario, la revisión de la legalidad de la detención a los efectos de la liberación mediante la emisión de un *writ of habeas corpus*. (F. Meyer (*supra* nota a pie 89) pp. 1, 8 s.). Como *writ* se entiende acá las instrucciones u ordenes de un Tribunal superior a otro tribunal subordinado a éste (Dietl/Lorenz, *Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik*, Teil I, 6. ed. 2000, p. 912).

¹⁵⁴ A.U. Davenport, *Basic Criminal Law*, 2012, p. 20; Ingram, *Criminal Procedure*, 2008, p. 69; C.-F. Stuckenberg, ‘Habeas corpus ad subjiciendum: Zugang zu ordentlichen Gerichten für die Gefangenen von Guantánamo Bay’, en *Juristenzeitung* 64 (2009), pp. 85, 87. Respecto al desarrollo del *writ of habeas corpus* y su recepción en los EE.UU. Cfr. F. Meyer (*supra* nota a pie 89) pp. 1, 10 ss.; R.H. Fallon/D.J. Meltzer, ‘Habeas corpus jurisdiction, substantive rights, and the war on terror’, en *Harvard Law Review* 120 (2007), no. 8, pp. 2029, 2037.

¹⁵⁵ Ingram (*supra* nota a pie 154), p. 467.

¹⁵⁶ Art. I § 9 cl. 2 Constitución de los EE.UU.: “The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.”

La Administración Bush propuso, basándose en la decisión de la Corte Suprema *Johnson v Eisentrager*, que el recurso de *hábeas corpus* no es aplicable a los extranjeros detenidos fuera del territorio de EE.UU.¹⁵⁷. En el caso *Johnson*, los querellantes fueron 21 prisioneros de guerra alemanes, que fueron capturados por el Ejército de EE.UU. y juzgados y condenados por una comisión militar estadounidense en China por violaciones de las leyes de la guerra cometidas allí. Posteriormente fueron encarcelados en la prisión militar estadounidense en Landsberg, situada en una zona de Alemania ocupada por los EE.UU. Si bien nunca estuvieron en la jurisdicción territorial de EE.UU., presentaron ante la Corte del Distrito de Columbia un recurso de *hábeas corpus* a causa de una violación, entre otras cosas, de la Quinta Enmienda y la CG de 1929, en particular, sus artículos 60 y 63¹⁵⁸. La mayoría de la Corte en el caso *Johnson* negó la posibilidad de un recurso de *hábeas corpus* considerando que los prisioneros nunca estuvieron dentro de un territorio sobre el que los Estados Unidos fuera soberano y los momentos del delito, captura, juicio y castigo se dieron todos más allá de la jurisdicción territorial de un Tribunal de los EE.UU.¹⁵⁹ En ese sentido argumentó también el Gobierno de Bush, aduciendo que los prisioneros de Guantánamo se encontraban en un territorio en el cual Cuba ejercía la soberanía formalmente¹⁶⁰.

A pesar del efecto precedente de la decisión *Johnson*¹⁶¹, se debe tener en cuenta las siguientes diferencias¹⁶²: en primer lugar, en *Johnson* no había duda de que los 21 detenidos alemanes eran combatientes enemigos y, por lo tanto, prisioneros de guerra. En el caso de Guantánamo *Boumediene*, sin embargo, los querellantes impugnaron su estatus

(“El privilegio del *habeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando en casos de rebelión o invasión, la seguridad pública lo exija.” Traducción de John E. Zuluaga T.)

¹⁵⁷ Cfr. Philbin/Yoo, *Memorandum: Possible Habeas Jurisdiction over Aliens Held in Guantanamo Bay, Cuba* (<http://texscience.org/reform/torture/philbin-yoo-habeas-28dec01.pdf>, última visita 14.10.2013), p. 6 s.

¹⁵⁸ Cfr. *Johnson v Eisentrager*, 399 US 763 (1950); C.-F. Stuckenberg (*supra* nota a pie 154) pp. 85, 89. El texto de la CG de 1929 puede verse en <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/305> (última visita 14.10.2013).

¹⁵⁹ *Johnson v Eisentrager*, 399 US 763, 777 s. (1950): “... at no relevant time were within any territory over which the United States is sovereign, and the scenes of their offense, their capture, their trial and their punishment were all beyond the territorial jurisdiction of any court of the United States [...] the privilege of litigation has been extended to aliens, whether friendly or enemy, only because permitting their presence in the country implied protection.”

(“...en ningún momento se encontraban dentro de un territorio sobre el que los Estados Unidos es soberano, y las escenas de su delito, su captura, su juicio y su castigo se dieron todas más allá de la jurisdicción territorial de una Corte de los Estados Unidos [...] el privilegio de litigios se ha ampliado a los extranjeros, ya sea amigo o enemigo, sólo porque su presencia en el país permite protección implícita.” Traducción de John E. Zuluaga T.)

¹⁶⁰ Cfr. Philbin/Yoo (*supra* nota a pie 157), p. 6 s.

¹⁶¹ *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 36 ss.

¹⁶² *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 36 ss.

de combatientes enemigos. A pesar de ello, esta condición sólo se verificó mediante un procedimiento ante el CSRT. En el proceso ante el CSRT se provocó realmente una revisión por medio del *habeas corpus*¹⁶³. En segundo lugar, la Corte Suprema no pudo ver ninguna razón por la cual la misión militar en Guantánamo se viera comprometida por la revisión de la detención por parte de un tribunal independiente. Los esfuerzos aliados de reconstrucción y ayuda en la ocupación en Alemania pudieron ser puestos en riesgo, al contrario, por un control judicial de los tribunales de EE.UU., no confiables por la realidad de la ocupación¹⁶⁴. En tercer lugar, tal vez la diferencia más importante radica en los controles soberanos de las respectivas prisiones: Mientras que la prisión de Landsberg en Alemania estaba bajo el control conjunto de las cuatro fuerzas aliadas, Guantánamo se encuentra dentro de la “competencia continua” y no transitoria de los EE.UU.¹⁶⁵

Asimismo, el argumento de la administración Bush de otorgar el derecho de *hábeas corpus* sólo a los ciudadanos estadounidenses¹⁶⁶ es igualmente erróneo, pues ya desde su punto de partida el Art. 28 USC § 2241 también se aplica a los ciudadanos extranjeros¹⁶⁷. Desde la concepción histórica como *recurso prerrogativo*¹⁶⁸, que se refiere a aquellos quienes serán detenidos y no a los que están detenidos¹⁶⁹, se deduce que el recurso de *habeas corpus* se aplica también en los casos de los extranjeros detenidos si están bajo la soberanía real de los Estados Unidos. Por lo tanto, como consecuencia, el derecho a un recurso de *hábeas corpus* tiene “pleno efecto en la Bahía de Guantánamo”¹⁷⁰.

¹⁶³ *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 37.

¹⁶⁴ *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 39 ss.

¹⁶⁵ *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 38 s.; Cfr. *Rasul v Bush*, 542 US 466 (2004), p. 12; Crítico Stuckenberg (*supra* nota a pie 154), pp. 85, 93; Desai, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, pp. 1579, 1598 ss. Aunque esto recuerda el criterio de control efectivo (Cfr. *supra* nota a pie 111 s. con texto principal), el Concepto de la Corte Suprema de la soberanía *de facto* y el principio del derecho internacional de un control efectivo no deben confundirse, véase en detalle F. de Londras, “What Human Rights Law Could Do: Lamenting the Absence of an International Human Rights Approach in *Boumediene & Al Odah*”, en *Israel Law Review* 41 (2008), no. 3, pp. 562 ss.; Besson (*supra* nota a pie 124) pp. 857, nota a pie 35 y texto principal.

¹⁶⁶ Cfr. La posición del gobierno en *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 35; Cfr. B.J. Priester, “Return of the Great Writ: Judicial Review, Due Process, and the Detention of Alleged Terrorists as Enemy Combatants”, en *Rutgers Law Journal* 37 (2005-2006), no. 1, pp. 39, 90; Fallon/Meltzer (*supra* nota a pie 154), pp. 2029, 2053. Ahora no hay ciudadanos de los EE.UU. detenidos en Guantánamo, ya que todos fueron llevados a cárceles en el territorio de los Estados Unidos (Lutz [*supra* nota a pie 20], p. 35; Cfr. También la lista de detenidos [*supra* nota a pie 73]).

¹⁶⁷ Stuckenberg (*supra* nota a pie 154), pp. 85, 88; *Rasul v Bush*, 542 US 466 (2004), p. 12 f.

¹⁶⁸ de Londras (*supra* nota a pie 1), p. 39 s.

¹⁶⁹ P.D. Halliday/G.E. White, “The Suspension Clause: English Text, Imperial Contexts, and American Implications”, en *Virginia Law Review* 94 (2008), 94, pp. 575, 714; *Braden v 30th Judicial Circuit Court of Ky.*, 410 US 484, 494 s. (1973); *Rumsfeld v Padilla*, 542 US 426 (2004), p. 5 s.

¹⁷⁰ *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 41. Crítico respecto de la duración de los procedimientos de *hábeas corpus* D. Gartenstein-Ross (*supra* nota a pie 1) pp. 257, 262 s.

Este derecho no se ha suspendido. Mientras que el 28 USC § 2241 (5) (e) y la Ley sobre el Trato a los Detenidos de 2005 (DTA) excluye a “combatientes enemigos” del recurso, el Gobierno no pretendía ni una suspensión formal del recurso prerrogativo, ni argumento que ello se suspendiera de manera automática¹⁷¹. Por supuesto, el ejercicio de un recurso de hábeas corpus es sólo un medio de procedimiento para el ejercicio de los derechos constitucionales fundamentales que deben existir en primer lugar¹⁷². La Corte Suprema dejó la pregunta sin respuesta de si los derechos constitucionales en última instancia, podrían ser invocados por los detenidos¹⁷³. A fin de preservar la eficacia del recurso, sin embargo, el solicitante debe tener la posibilidad de invocar al menos los derechos fundamentales constitucionales¹⁷⁴, por ejemplo, la cláusula del debido proceso de la Quinta y Decimocuarta Enmienda¹⁷⁵.

D. Conclusión

El derecho a un debido proceso es plenamente aplicable en relación con presuntos terroristas en el marco de la “guerra contra el terror”. Constituye un derecho humano fundamental consagrado en varios regímenes que crean un ámbito de protección a las garantías judiciales básicas.

En el plano *internacional*, se garantiza por la CG durante un conflicto armado, independientemente de su carácter internacional o no internacional, tanto para las fuerzas armadas y la población civil. Para la situación de los detenidos en Guantánamo, se consideran aplicables como garantías mínimas las fundamentales “leyes de la humanidad”

¹⁷¹ *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 41 s. - La Corte Suprema examinó si la acción legal ante el CSRT y el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia es un sustituto suficiente. Criticó el hecho de que el Tribunal de Apelaciones no tenía jurisdicción para examinar la legalidad de la detención, pero sólo si los procedimientos ante el CSRT coinciden con el procedimiento establecido por el Secretario de Defensa y si este procedimiento es legal. Por otra parte, sostuvo que la Corte de Apelaciones sólo tiene un papel limitado en comparación con otros procedimientos de *habeas corpus*. Teniendo en cuenta la falta de asistencia por un abogado y la admisión de testimonios de oídas, como ejemplos de medios limitados de protección de los detenidos, así como el “considerable riesgo de error en las conclusiones del Tribunal sobre los hechos” (p. 56), la Corte Suprema rechazó la existencia de un procedimiento sustituto suficiente (*ibid.*, pp 48-64). En 2011, el presidente Obama emitió una orden que establecía un proceso de revisión periódica que “*the executive branch’s continued, discretionary exercise of existing detention authority in individual cases*” cada tres años debe ser revisado. (Executive Order No. 13567, §1(b); La regulación esta disponible en <http://www.fap.org/irp/offdocs/eo/eo-13567.htm>, última visita 14.10.2013); en detalle L.A. Malone (*supra* nota a pie 21), pp. 347, 356 ss.

¹⁷² F. Meyer (*supra* nota a pie 89) pp. 1, 36.

¹⁷³ Crítico F. Meyer (*supra* nota a pie 89) pp. 36, 38; cf. also R.H. Fallon/D.J. Meltzer (*supra* nota a pie 154) p. 2048; L.A. Malone, (*supra* nota a pie 21) pp. 347, 350 s.

¹⁷⁴ Cfr. también R.H. Fallon/D.J. Meltzer (*supra* nota a pie 154) pp. 2029, 2064.

¹⁷⁵ A. Walen/I. Venzke (*supra* nota a pie 42) pp. 843, 876 ss.; Cfr. también *Hamdi v Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), p. 26.

en el sentido de la cláusula de Martens y el artículo 3 común a las CG. Esto incluye “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados” (Artículo 3 (1) (d) CG). Incluso si se acepta el concepto de combatientes ilegales, la protección de las garantías judiciales de las CG no puede ser suspendida. En *tiempos de paz*, el derecho a un debido proceso está garantizado por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si bien pueden ser suspendidos en tiempos de emergencia, ciertos derechos procesales mínimos y necesarios para proteger los derechos humanos inderogables siguen existiendo en todas las circunstancias. Los derechos humanos básicos también se aplican a los conflictos armados de manera complementaria al DIH como *lex specialis*.

A nivel nacional, la Constitución de los EE.UU. y su Quinta Enmienda se aplican incluso a ciudadanos extranjeros detenidos en Guantánamo.

En suma, como uno de los principios fundamentales de la ley, el derecho a un debido proceso nunca puede ser derogado y debe ser respetado tanto en tiempos de paz como en tiempos de conflicto armado.