

# Cuando se infringen los principios básicos del derecho: la respuesta jurídica de Estados Unidos ante los casos de tortura después del 11 de septiembre de 2001

**James Ross\***

James Ross es director jurídico y de políticas de la organización Human Rights Watch, en Nueva York

## Resumen

*El uso de la tortura por las fuerzas armadas estadounidenses y por la CIA no se limitó a “unas pocas manzanas podridas” en Abu Ghraib, sino que formó parte de un conjunto más amplio de prácticas, como la entrega de detenidos a terceros países y los “lugares negros” (black holes), que el Gobierno de Estados Unidos consideró admisibles conforme al derecho interno y al derecho internacional. En este artículo, se analizan las diferentes vías jurídicas adoptadas por ese Gobierno para justificar y mantener su programa de métodos de interrogatorio coercitivos, así como la respuesta del Congreso y los tribunales. La definición y la redefinición de la tortura y de los tratos inhumanos, crueles y degradantes han sido objeto de debate público. Aunque la legislación estadounidense que define la tortura se ha acercado a las normas internacionales, en la práctica no admite que las personas que solicitan reparación por malos tratos interpongan recursos ante los tribunales y proteja contra los enjuiciamientos a los responsables de esos actos.*

\* El autor desea agradecer a Nicolette Boehland, de Human Rights Watch, su ayuda en la preparación de este artículo.

## I. Introducción: revelaciones sobre torturas

Las denuncias sobre las torturas cometidas por miembros del personal estadounidense en la “guerra mundial contra el terrorismo” habían pasado casi inadvertidas hasta que la televisión estadounidense no difundió las fotografías tomadas en la prisión de Abu Ghraib (Irak), en abril de 2004. Antes de la difusión masiva de estas perturbadoras imágenes, los informes dados a conocer por los medios de comunicación y las organizaciones de derechos humanos acerca de casos de tortura y otros malos tratos no habían llamado la atención del público y, evidentemente, tampoco habían encendido luces de alarma en el Pentágono (Departamento de Defensa). Las palabras no translucían la realidad de las imágenes. Sin embargo, las fotografías de los soldados estadounidenses levantando el pulgar en señal de triunfo detrás de una pila de iraquíes desnudos o junto a un cuerpo lacerado, o de los perros del ejército mostrando los dientes a un detenido desnudo e indefenso, o la estremecedora imagen del hombre encapuchado, parado sobre una caja con los brazos extendidos y colgados de cables, tampoco podían captar toda la realidad de Abu Ghraib.

Y no se trataba sólo de Abu Ghraib, como sugiere la equívoca frase “el escándalo de Abu Ghraib”. Ni se trataba únicamente de unas pocas “manzanas podridas”. Los miembros de las fuerzas armadas y de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de Estados Unidos practicaron la tortura y otros métodos de interrogatorio coercitivos en los centros de detención de la base aérea de Bagram, (Afganistán), en varios centros de detención y bases operativas avanzadas de Irak, y en Guantánamo (Cuba). Los prisioneros eran sometidos a la privación de sueño por largos períodos, a temperaturas extremas, a dolorosas posturas en tensión, a palizas, a desnudez forzada y a otros tratos degradantes, al confinamiento solitario por tiempo indefinido, y a otros métodos de interrogatorio abusivos. José Padilla, ciudadano estadounidense, fue mantenido en aislamiento completo por 43 meses en un centro de detención de la Marina en Charleston (Carolina del Sur) para obligarlo a confesar todo lo que sabía sobre Al Qaeda<sup>1</sup>.

Y éstos eran sólo los métodos utilizados en los centros de detención conocidos. Es muy poco lo que sabe de las torturas practicadas por la CIA en las prisiones secretas (ubicadas fuera de Estados Unidos, denominadas “lugares negros” (*black holes*)<sup>2</sup>. Por último, tampoco hay que olvidar la tortura infligida a las personas ilegalmente entregadas por Estados Unidos a otros países, como Siria o Egipto.

1 Según escribía el periódico *Christian Science Monitor*, “Aunque la cuestión del trato recibido por Padilla en el centro de detención se mencionó brevemente en el caso de Miami, ningún juez se ha pronunciado sobre su legalidad. Según presentaciones de la defensa que figuran en el expediente, la celda de Padilla medía 2 x 3 metros. Las ventanas estaban tapadas. Había un lavamanos y un inodoro. La cama de hierro no tenía colchón. Padilla no tenía almohada, ni sábanas, ni reloj, ni calendario, ni radio, ni televisión, ni llamadas telefónicas, ni visitantes. Durante casi dos años, ni siquiera su abogado pudo visitarlo.” Warren Richey, “US gov’t broke Padilla through intense isolation, say experts”, *Christian Science Monitor*, 14 de agosto de 2007.

2 V. Human Rights Watch, “Off the record: US responsibility for enforced disappearances in the ‘war on terror’”, junio de 2007.

Las fotografías de Abu Ghraib eran tan chocantes que desencadenaron la ira del público, provocaron una reacción oficial del Gobierno del presidente George W. Bush –que hasta entonces se había mostrado muy poco dispuesto a hablar del asunto– y pusieron en marcha una serie de investigaciones en el ámbito militar. Las nuevas revelaciones hechas por los medios de comunicación y la información derivada de peticiones presentadas al amparo de la Ley de libertad de información mantuvieron el tema en las primeras planas de los periódicos. Se dieron a conocer memorandos internos del Gobierno en los que se exponían argumentos jurídicos que justificaban la tortura. Hubo militares retirados que se presentaron en público para censurar prácticas indignas de las fuerzas armadas.

Más de tres años después de las revelaciones de Abu Ghraib, el tema del maltrato infligido a los detenidos ha quedado subsumido en cuestiones más amplias relacionadas con Guantánamo y con las medidas que habría que adoptar en relación con los prisioneros de ese centro de detención. Según el Gobierno de Estados Unidos, se ha prohibido la tortura y han cesado los malos tratos. Los militares de baja graduación que aparecen en las fotos de Abu Ghraib han sido enjuiciados y sancionados. Los memorandos jurídicos del Departamento de Justicia sobre la tortura han sido repudiados. Las personas retenidas por la CIA en establecimientos secretos han sido enviadas a Guantánamo, donde pueden recibir la visita del Comité Internacional de la Cruz Roja. Tanto el manual militar de campo sobre técnicas de interrogatorio como las reglas que la CIA debe observar durante los interrogatorios han sido revisados y se los considera compatibles con las obligaciones jurídicas de Estados Unidos.

Sin embargo, ésta es sólo una parte de la historia. Las fuerzas armadas estadounidenses han enjuiciado a muy pocos miembros de su personal implicados en abusos cometidos contra prisioneros. Aunque hubo algunas excepciones. Se condenó a algunos soldados y oficiales de baja graduación, pero a ningún oficial superior. Las investigaciones de otros casos más graves de abusos contra los detenidos, en especial aquellos en que se produjo la muerte de varios detenidos mientras eran interrogados en Afganistán e Irak, prácticamente se estancaron o concluyeron con la adopción de medidas disciplinarias o penas privativas de libertad de corta duración. Salvo la destitución del brigadier general a cargo de los centros de detención de la coalición en Irak, que pertenecía a la reserva, no se han adoptado medidas severas contra el personal militar de alta graduación por su participación en el establecimiento de métodos coercitivos para interrogar a los prisioneros.

Estados Unidos sigue reteniendo a varios centenares de hombres en Guantánamo sin consideración alguna por el derecho internacional de los derechos humanos o por el derecho internacional humanitario. Miles de personas más se encuentran detenidas en circunstancias y condiciones discutibles, en Afganistán y en Irak. Las diferentes investigaciones militares realizadas en respuesta a las denuncias de tortura no encontraron nada que fuese muy reprehensible, al menos no desde el punto de vista penal, en los niveles superiores, y el Congreso jamás realizó investigaciones propiamente dichas: ni un solo miembro del Gobierno perdió su empleo a causa de las torturas sufridas por los detenidos. Aunque Estados Unidos haya puesto realmente fin a las torturas y a otros malos tratos en esos centros de detención,

los detenidos siguen padeciendo el abuso psicológico que supone el aislamiento prolongado e indefinido.

A pesar de que el Gobierno procuró exonerarse de toda responsabilidad en relación con el maltrato sufrido por los detenidos en Abu Ghraib, las técnicas de interrogatorio coercitivas utilizadas por la CIA –algunas de las cuales equivalen a tortura en cualquier sistema de derecho– contra detenidos de “alto valor”, han sido objeto de elogios oficiales<sup>3</sup>. Desde finales de 2006, más de una docena de “desaparecidos” –los detenidos en prisiones secretas de la CIA– han sido transferidos a Guantánamo, pero sigue sin conocerse el paradero de casi cuarenta personas cuyas identidades fueron dadas a conocer por organizaciones de derechos humanos. Es probable que muchas hayan sido devueltas a sus países sin que se supiera la suerte que podían correr. En resumen, al tiempo que el Gobierno condenaba los abusos fotografiados en Abu Ghraib, dirigía un programa de técnicas de interrogatorio coercitivas en centros de detención de la CIA ubicados fuera del territorio nacional.

En el presente artículo, se examinarán los problemas que plantean, en el derecho interno estadounidense, la tortura y otros malos tratos infligidos a prisioneros en poder de Estados Unidos como consecuencia de la “guerra mundial contra el terrorismo” y de los conflictos armados en Afganistán e Irak. Se analizará la respuesta inicial del poder ejecutivo a las denuncias de malos tratos, los esfuerzos del poder legislativo por abordar estos asuntos, y el papel que desempeñaron los tribunales. Lo que sucedió es comparable a un partido de ping pong con tres jugadores, en el cual el tema del maltrato de los detenidos fue rebotando entre el Gobierno, el Congreso y la Corte Suprema.

Este partido de ping pong jurídico dista de haber terminado, pero es posible discernir ciertas tendencias que han ido apareciendo con el paso de los años, después de las revelaciones de Abu Ghraib. El Gobierno fracasó en sus esfuerzos por restringir la definición de la tortura de modo que ésta excluyera incluso hasta el trato más terrible. Por medio de la legislación, el Congreso ha procurado promover definiciones de la tortura y otros malos tratos que, al menos, se aproximen a las normas del derecho internacional, aunque no coincidan por completo. Al mismo tiempo, debido a las iniciativas presentadas por el Gobierno al Congreso, es cada vez más difícil para los denominados “combatientes enemigos” detenidos por Estados Unidos –que puedan haber sido maltratados durante su detención– interponer recursos ante los tribunales. En otras palabras, tres años después de lo ocurrido en Abu Ghraib, se han fortalecido las medidas sustantivas de protección contra la tortura con respecto a la injerencia presidencial, pero los medios efectivos de que se dispone para hacerlas cumplir, en cambio, se han debilitado sustancialmente. Mientras no se eche luz sobre la práctica estadounidense de la tortura, nunca sabremos con seguridad lo que ha pasado en la oscuridad de esos “lugares”.

3 V. The White House, “The Military Commissions Act of 2006”, ficha técnica, 17 de octubre de 2006; v., en general, Jane Mayer, “The black sites”, New Yorker, 13 de agosto de 2007.

## El fracaso de los mecanismos de rendición de cuentas

El Gobierno de Estados Unidos reaccionó de dos maneras distintas a las denuncias de tortura y otros malos tratos en los centros de detención de Abu Ghraib, Guantánamo y Afganistán. Por una parte, inició más de una docena de procedimientos de investigación, básicamente militares, destinados a investigar las denuncias y los posibles desaciertos en materia de política. Por otra parte, las personas directamente implicadas en los abusos fueron enjuiciadas o sometidas a medidas disciplinarias. En última instancia, las investigaciones y los enjuiciamientos atribuyeron los abusos a deficiencias normativas dentro de la estructura militar y a conductas criminales del personal reclutado y de los oficiales de baja graduación. Los oficiales superiores y altos cargos civiles fueron protegidos contra la censura oficial, las medidas disciplinarias y los enjuiciamientos. Un efecto de este enfoque fue desplazar las cuestiones jurídicas relacionadas con los malos tratos de la esfera de competencia del poder ejecutivo para situarlas en el ámbito del Congreso y de los tribunales, con lo cual el Gobierno no tuvo que dar cuenta de esas cuestiones.

### Investigaciones oficiales

El Pentágono inició una docena de investigaciones destinadas a determinar los diferentes aspectos de los malos tratos infligidos a los detenidos, pero no todas ellas tuvieron la misma calidad. El primer procedimiento, conducido por el general de división Antonio M. Taguba, se inició en enero de 2004 en respuesta a los abusos cometidos en Abu Ghraib, pero antes de que se publicasen las fotografías, y se limitó a investigar las denuncias de abusos cometidos por la 800ª Brigada de la Policía Militar, que prestaba servicios de seguridad en la prisión. Presentado en marzo de 2004, el informe Taguba demostró ser el análisis más franco y crítico de las prácticas empleadas por Estados Unidos en relación con los detenidos. Taguba determinó lo siguiente:

Entre octubre y diciembre de 2003, en el centro de detención de Abu Ghraib se cometieron numerosos delitos de abuso, que consistieron en tratos sádicos, flagrantes e intencionados contra varios detenidos. Estos abusos sistemáticos e ilegales contra los detenidos fueron cometidos de forma intencional por varios miembros de la fuerza de seguridad de la policía militar... Las denuncias de abuso fueron acreditadas por detalladas declaraciones de testigos y por la proposición de pruebas fotográficas extremadamente explícitas<sup>4</sup>.

En las audiencias celebradas en el Congreso tras la publicación de las fotografías de Abu Ghraib se examinaron las denuncias contenidas en el informe Taguba. Sin embargo, el Congreso no realizó un seguimiento serio de este informe y el Pentágono realizó sólo investigaciones adicionales.

4 Departamento de Defensa de Estados Unidos, "Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade" (informe Taguba), marzo de 2004, reproducido en Karen J. Greenberg y Joshua L. Dratel, *The Torture Papers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 405.

Las investigaciones posteriores parecen no haber sido más que ejercicios en beneficio de la cúpula de la jerarquía militar. En agosto de 2004, el informe de más alto nivel, es decir, el Informe Final del grupo independiente creado para examinar las detenciones efectuadas por el Departamento de Defensa, encabezado por el ex secretario de Defensa, James R. Schlesinger, estableció la existencia de “responsabilidad institucional y personal de los niveles superiores”, pero absolvió al secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, de toda responsabilidad directa<sup>5</sup>. Aunque oficiales de alta graduación en Irak ya habían denunciado, por medio de mensajes de correo electrónico enviados al Pentágono en enero de 2004, los abusos y la existencia de las fotografías, en el informe Schlesinger se sostuvo la afirmación de Rumsfeld de que la razón principal por la cual el Departamento de Defensa no había reaccionado ante los malos tratos en Abu Ghraib hasta que la historia tomó estado público, en abril de 2004, fue “la resistencia a enviar malas noticias a los niveles superiores de la cadena de mando”<sup>6</sup>. Otras investigaciones del Departamento de Defensa aportaron información importante y útil acerca de los abusos cometidos contra prisioneros en los centros de detención estadounidenses, sobre todo cuando esos datos fueron examinados en forma conjunta. Sin embargo, ninguna de esas investigaciones llegó a conclusiones convincentes sobre el papel de los militares superiores y de altos funcionarios civiles en la perpetración de los malos tratos.

Las investigaciones tenían tres fallos importantes. En primer lugar, la mayoría de los informes contenían extensas secciones reservadas. Es verdad que, en documentos de esta índole, es necesario proteger cierta información relacionada con individuos o fuentes de información. Pero, en muchos de los informes, la longitud de las secciones reservadas indica que el criterio de la reserva se usó para ocultar información a la que el público debiera haber accedido. En efecto, si se divulgara esa información probablemente algunos de esos informes tendrían mayor valor. Sin embargo, la imposibilidad de divulgar toda la información posible permitió al Gobierno y a los militares evitar proporcionar respuestas completas a todas las preguntas que se formularon.

En segundo lugar, el gran número de investigaciones tuvo el efecto de mitigar las conclusiones alcanzadas en cuanto a la existencia de abusos, y de desalentar la realización de una investigación más exhaustiva e independiente. A pesar de que la Comisión para la investigación de los atentados del 11 de septiembre de 2001, autorizada por el Congreso y que para ese entonces ya había completado su labor, hizo una descripción amplia y convincente acerca de los desaciertos cometidos por el Gobierno antes de la fecha de los atentados, ninguno de los informes individuales acerca de las investigaciones sobre los malos tratos infligidos por personal estadounidense tuvo las mismas repercusiones, ni hubiese podido tenerlas.

5 Departamento de Defensa de Estados Unidos, “Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations” (informe Schlesinger), agosto de 2004, reproducido en Greenberg y Dratel, nota 4 *supra*, p. 908. En la conferencia de prensa en la que se dio a conocer el informe, Schlesinger rechazó los llamamientos a la renuncia de Rumsfeld, diciendo que “sería un premio para todos los enemigos de América; por lo tanto, pienso que sería lamentable que lo hiciera”. Bradley Graham y Josh White, “Top Pentagon leaders faulted in prison abuse”, *Washington Post*, 25 de agosto de 2004.

6 Seymour Hersh, “The general’s report”, *New Yorker*, 25 de junio de 2007, pp. 65–6.

En tercer lugar, está el elemento más importante: las investigaciones de la comisión no llegaban a un nivel lo suficientemente alto como para realizar una investigación de los abusos desde la base hasta la cúspide de la jerarquía. El personal militar sólo puede investigar a soldados de graduación igual o menor. Esto significa que ninguna de las investigaciones podía realmente examinar el papel que los oficiales superiores y los altos funcionarios civiles habían desempeñado en los abusos. El general de División Taguba reconoció que sólo se le permitió investigar a los policías militares en Abu Ghraib, pero no a sus superiores en la cadena de mando militar. Aunque se enteró de que alguien estaba “orientando” a los policías militares en Abu Ghraib, como dijo Taguba a un periodista varios años después, “No estaba autorizado legalmente a investigar a autoridades superiores. Mi ámbito de acción estaba severamente limitado”<sup>7</sup>.

Como resultado de ello, las numerosas comisiones de investigación descubrieron datos importantes acerca de los abusos cometidos contra los detenidos, pero estuvieron muy lejos de atribuir responsabilidad alguna al Gobierno. Este enfoque segmentado hizo que la investigación se concentrase en el personal reclutado y en un puñado de oficiales. Consecuentemente, no hubo ni un informe en el que se estableciesen conexiones entre los abusos perpetrados en diferentes lugares. Otra consecuencia de este enfoque fue que los funcionarios de más alto nivel, en especial el secretario de Defensa, Donald Rumsfeld y sus más altos funcionarios y oficiales, no fueron investigados a pesar de que, tanto antes como después de los hechos, se documentó su papel en la sanción y el apoyo de políticas que tuvieron como resultado la perpetración de torturas y otros abusos contra los detenidos en Irak, Afganistán y Guantánamo<sup>8</sup>.

## Acciones penales

Dos años después de Abu Ghraib, Human Rights Watch y varias otras organizaciones no gubernamentales de derechos humanos informaron que más de 600 miembros del personal militar y civil estadounidense estaban implicados en los abusos cometidos contra más de 460 prisioneros<sup>9</sup>. Pocas de las personas investigadas por abusos contra los detenidos eran oficiales, y ningún oficial fue considerado culpable como cuestión de su responsabilidad del mando<sup>10</sup>. Los grupos encontraron más de 330 casos en los que, según denuncias fidedignas, militares y funcio-

7 Ibid., p. 61.

8 V., en general, Human Rights Watch, “Getting away with torture? – command responsibility for the US abuse of detainees”, abril de 2005, disponible en [www.hrw.org/reports/2005/us0405/](http://www.hrw.org/reports/2005/us0405/) (consultado el 27 de octubre de 2008).

9 V., en general, Human Rights Watch y otros, “By the numbers: findings of the detainee abuse and accountability project”, abril de 2006, disponible en <http://hrw.org/reports/2006/ct0406/> (consultado el 27 de octubre de 2008).

10 Conforme a la doctrina de la responsabilidad del mando, los comandantes y otros superiores pueden ser penalmente responsables por los actos criminales de sus subordinados si conocían o debían haber conocido la existencia de los crímenes y no adoptaron todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para impedir los crímenes o castigar a los responsables. V., por ejemplo, *Yamashita v. Styer*, 317 US 1; 66 S. 340, 4 de febrero de 1946.

narios civiles estadounidenses habían maltratado, torturado o, en unos 30 casos, matado a personas detenidas. Sólo parece haberse investigado adecuadamente la mitad de esos casos. A menudo, las investigaciones realizadas finalizaban en forma abrupta o llegaban a un punto muerto sin resolución alguna<sup>11</sup>.

En los casos en que los investigadores militares encontraron pruebas importantes de los abusos e identificaron a los perpetradores, los altos mandos militares a menudo aplicaron sanciones basadas en medidas disciplinarias poco severas y sin carácter judicial, en lugar de convocar cortes marciales para resolver esos casos penales. Cuando hubo cortes marciales, la mayoría dictó penas de prisión de menos de un año, o sanciones que no conllevaban pena de reclusión, como la destitución o la reducción de grado. Sólo 40 de los más de 600 funcionarios y militares estadounidenses implicados en estos casos fueron sentenciados a pena de reclusión. En abril de 2006, sólo diez de esas personas habían sido sentenciadas a un año o más de reclusión. Sólo tres oficiales fueron condenados por una corte marcial por abusos contra detenidos<sup>12</sup>. El 28 de agosto de 2007, una corte marcial absolvió al teniente coronel Steven L. Jordan, acusado de no haber supervisado adecuadamente a los soldados culpables de los malos tratos infligidos a los detenidos en Abu Ghraib. Fue el único oficial sometido a juicio por los abusos en Abu Ghraib y su absolución significó que ni un solo oficial fue considerado penalmente responsable por lo que sucedió en ese centro de detención<sup>13</sup>.

Un ejemplo que ilustra claramente la inacción de los mecanismos de responsabilización del Gobierno en lo que respecta a encarar la participación del Estado en los malos tratos es el caso de la denuncia por torturas presentada por Mohammad al Qahtani, un ciudadano saudí acusado de haber actuado el 11 de septiembre como el “secuestrador número 20”. En una copia no expurgada del interrogatorio de al Qahtani, en la que se detallan los interrogatorios realizados en Guantánamo durante seis semanas, desde noviembre de 2002 hasta enero de 2003, se indica que el personal estadounidense sometió a al Qahtani a un programa de abusos físicos y mentales, entre otros privación de sueño, posturas en tensión dolorosas, plantones (forzar al prisionero a estar de pie), y humillaciones sexuales y de otro tipo. El expediente de la investigación del ejército, realizada en diciembre de 2005, contiene una declaración jurada según la cual el entonces secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, estaba “personalmente involucrado” en el interrogatorio de al Qahtani y que “todas las semanas” hablaba con el general Geoffrey Miller, el comandante a cargo de Guantánamo, sobre el interrogatorio de al Qahtani. El jefe del Comando Sur de Estados Unidos, general Bantz J. Craddock, rechazó las conclusiones del informe, diciendo que el método utilizado para interrogar a al Qahtani no vulneraba las leyes ni las políticas militares<sup>14</sup>. No se emprendieron investigaciones ni acciones penales contra Rumsfeld ni contra el general Miller.

11 Human Rights Watch y otros, nota 9 *supra*, pp. 2-3.

12 *Ibid.*

13 Paul von Zielbauer, “Colonel is acquitted in Abu Ghraib abuse case”, *New York Times*, 29 de agosto de 2007.

14 V. Human Rights Watch, “US: Rumsfeld potentially liable for torture”, 14 de abril de 2006.

## Inacción del Congreso

Hasta la sanción de la Ley sobre el trato de personas detenidas, en diciembre de 2005, el Congreso de Estados Unidos se mantuvo decididamente al margen de la cuestión del trato de los detenidos, a pesar de la autoridad que la constitución le confiere en la materia. El Congreso no autorizó al Gobierno a establecer comisiones militares para enjuiciar a extranjeros sospechosos de terrorismo, a declarar inaplicables los Convenios de Ginebra en la “guerra contra el terrorismo” o a crear un centro de detención en Guantánamo. En vez de presentar él mismo una legislación sobre el trato debido a los detenidos, el Congreso permitió que el Gobierno redactara las normas y los reglamentos en la materia. Esto ocurrió a pesar de que el Congreso, controlado por el partido republicano, hubiera apoyado sin duda al Gobierno sancionando una legislación clara que lo facultara jurídicamente a tomar diferentes medidas.

Obviamente, el Gobierno decidió que no necesitaba ni estaba obligada a solicitar la participación del Congreso. La visión de un poder ejecutivo unitario, promovida por influyentes abogados del Gobierno como David Addington y John Yoo —según la cual el presidente, como comandante en jefe, tiene poderes ilimitados en tiempo de guerra<sup>15</sup>— no necesitaba una legislación ni tampoco la aprobación del Congreso. Esta visión se reflejó en el denominado memorando Bybee (descrito más adelante) y en declaraciones del poder ejecutivo en las que se sugiere que ninguna ley limita la autoridad del presidente en tiempo de guerra, ni siquiera las disposiciones relacionadas con la prohibición de la tortura. Y el propio Congreso se mostró poco o nada dispuesto a participar en la cuestión del trato a los detenidos, a pesar de la disposición contenida en el artículo 1, sección 8, párrafo 11 de la Constitución, que autoriza al Congreso a “elaborar normas sobre las capturas en mar y tierra”. Los republicanos parecían satisfechos de dejar el tema en manos del Gobierno, y la minoría demócrata carecía de la capacidad y de la voluntad necesarias para impulsar una legislación que podía ser un detonante desde el punto de vista político.

## Definición y redefinición de la tortura

La cadena de acontecimientos que llevó al uso de métodos de interrogatorio coercitivos, como la tortura en Abu Ghraib y en otros lugares de Irak, en Afganistán y en Guantánamo, todavía no se ha esclarecido por completo. Una serie de declaraciones públicas de principios y memorandos jurídicos internos, algunos de los cuales todavía no se han dado a conocer públicamente, demuestran que, como mínimo, altos funcionarios del Gobierno crearon las condiciones en las cuales los miembros del personal militar y civil estadounidense podían realizar interrogatorios abusivos con escaso temor de ser sometidos a medidas disciplinarias o a juicios penales.

A juzgar por la documentación actualmente disponible, no sería sorprendente que la publicación de otros documentos del Gobierno relacionados con el

15 V., en general, Jane Mayer, “The hidden power”, *New Yorker*, 3 de julio de 2006.

“escándalo de la tortura” y las narraciones personales de los participantes revelan que la responsabilidad del Gobierno por interrogar a los detenidos utilizando métodos coercitivos era central, directa e intencional. Clara prueba de ello es el constante apoyo oficial a los métodos coercitivos que —según se alega— no llegan a constituir tortura, por ejemplo, la permanente negativa del Gobierno a condenar los simulacros de ahogamiento (“submarino”<sup>16</sup>).

## Tortura y otros malos tratos según el derecho internacional y el sistema jurídico estadounidense

La prohibición de infligir torturas y otros malos tratos a las personas detenidas es un principio de larga data tanto en el derecho internacional como en el sistema jurídico estadounidense. La prohibición de la tortura pertenece al ámbito del *jus cogens*, por lo cual prevalece por sobre otras normas del derecho internacional<sup>17</sup>. Está consagrado en numerosos tratados internacionales, especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>18</sup> y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura)<sup>19</sup>.

La Convención contra la Tortura define la tortura como todo acto por el cual un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener información o una confesión, de castigar, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. La Convención contra la Tortura también prohíbe el trato y las penas crueles, inhumanos o degradantes. El trato cruel e inhumano incluye los sufrimientos a los que les falta alguno de los elementos de la tortura o que no alcanzan la intensidad de la tortura<sup>20</sup>. El trato degradante incluye actos que humillan a la víctima o que son desproporcionados en relación con las circunstancias del caso<sup>21</sup>.

La prohibición de la tortura en tiempo de guerra está codificada en el derecho internacional humanitario (el derecho de la guerra) y su primera mención se remonta, cuando menos, al Código Lieber, de 1863<sup>22</sup>; más recientemente, fue incor-

16 El “submarino” era una técnica utilizada en la época de la Inquisición, en ese entonces denominada “tormento de toca”. En algunas versiones del submarino, los detenidos son atados a una tabla, se les cubre el rostro con una tela o con celofán, y se vierte agua sobre sus bocas y narices para hacerles creer que se están ahogando.

17 V. Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kehl, 1993, pp. 157–8.

18 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI), documento de la ONU A/6316 (1966), vigente desde el 23 de marzo de 1976, art. 7.

19 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura), Resolución de la Asamblea General 46, anexo, documento de la ONU A/39/51 (1984), vigente desde el 26 de junio de 1987, art. 1.

20 Nowak, nota 17 *supra*, p. 131.

21 *Ibid.*, p. 133.

22 Órdenes Generales nº 100, Instrucciones para el Gobierno de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos en Campaña (Código de Lieber), 24 de abril de 1863, art. 16.

porada en los Convenios de Ginebra de 1949<sup>23</sup> y en sus Protocolos adicionales<sup>24</sup>. La tortura está prohibida en cualquier tiempo y lugar, en los conflictos armados internacionales y no internacionales; es una disposición que no admite excepciones. La tortura es una infracción grave de los Convenios de Ginebra, y constituye, por ende, un crimen de guerra. Es un crimen de guerra conforme a los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para ex Yugoslavia y Rwanda y al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La tortura y otras formas de malos tratos están prohibidas por la ley federal y las leyes de los estados de Estados Unidos. Como el Gobierno estadounidense informó en 2006 al Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, que es el órgano internacional que supervisa el cumplimiento con la Convención contra la Tortura,

Todos los actos de tortura en el sentido de la definición contenida en la Convención [contra la Tortura] son contrarios a la legislación federal y de los estados, y toda persona que cometa un acto de tortura está sujeta a las sanciones penales previstas en las leyes penales. En la práctica, esos enjuiciamientos tienen lugar en las circunstancias apropiadas. La tortura no puede justificarse alegando circunstancias excepcionales, ni se puede excusar invocando órdenes de un oficial superior<sup>25</sup>.

El Código Uniforme de Justicia Militar, que se aplica a todos los miembros de las fuerzas armadas, se encuentren en el país o en el extranjero, contiene disposiciones que prohíben utilizar métodos de interrogatorio coercitivos<sup>26</sup>.

Dos leyes federales también contienen la prohibición de la tortura y de otros métodos de interrogatorio coercitivos. Antes de su modificación por la Ley sobre las comisiones militares de 2006, en la Ley sobre los crímenes de guerra de 1996 se consideraba delito penal que miembros del personal militar y ciudadanos estadounidenses cometiesen infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 o infringiesen el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, en el que se prohíben “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios... los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”<sup>27</sup>.

23 Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (CG I), vigente desde el 21 de octubre de 1950; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (CG II), vigente desde el 21 de octubre de 1950; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (CG III), vigente desde el 21 de octubre de 1950; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (CG IV), vigente desde el 21 de octubre de 1950. Pueden consultarse en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

24 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (P I), del 8 de junio de 1977, vigente desde el 7 de diciembre de 1978; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (P II), del 8 de junio de 1977, vigente desde el 7 de diciembre de 1978. Pueden consultarse en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

25 Departamento de Estado de Estados Unidos, “List of issues to be considered during the examination of the second periodic report of the United States of America: Response of the United States of America”, 2006, disponible en [www.state.gov/documents/organization/68662.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/68662.pdf) (consultado el 27 de octubre de 2009), p. 25.

26 V. Departamento de Defensa, Código Uniforme de Justicia Militar, Título 10, Subtítulo A, Parte II, Capítulo 47 del Código de Estados Unidos (United States Code, USC), arts. 77–134.

27 18 USC §12441 (2000). Las modificaciones a la Ley sobre los crímenes de guerra se explican más adelante.

En la ley contra la tortura de Estados Unidos, sancionada en 1994, se permite el enjuiciamiento de un ciudadano estadounidense o de cualquier persona residente en Estados Unidos que, estando fuera de Estados Unidos, cometa o intente cometer actos de tortura. La tortura se define como un “acto cometido por una persona que actúa con el pretexto de aplicar la ley, con la intención específica de infligir dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales (que no sean dolores o sufrimientos incidentales a sanciones legítimas) a una persona que se encuentre bajo su custodia o control físico”<sup>28</sup>.

## Redefinición de la tortura tras los atentados del 11 de septiembre de 2001

Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 contra el World Trade Center y el Pentágono y el consiguiente conflicto armado en Afganistán, el Gobierno estadounidense procuró flexibilizar la definición de tortura y otros malos tratos en el derecho interno. A raíz de un desacuerdo público entre los departamentos de Estado y de Justicia sobre la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra al conflicto en Afganistán, el presidente George W. Bush emitió, el 7 de febrero de 2002, una directiva titulada “Trato humano de los detenidos de Al Qaeda y los talibanes”.

En la directiva se aceptaba, por una parte, que los Convenios de Ginebra eran aplicables a las hostilidades en Afganistán, pero se llegaba a la conclusión de que los talibanes capturados no tenían derecho al estatuto de prisionero de guerra porque eran “combatientes ilegales”; por otra, dado que Al Qaeda “no es una Alta Parte Contratante en los Convenios de Ginebra”, los miembros de Al Qaeda capturados no tenían derecho, en ningún lugar del mundo, a recibir un trato conforme con los Convenios de Ginebra. Un elemento crucial de la directiva es la afirmación de que “las fuerzas armadas de Estados Unidos continuarán tratando a los detenidos con humanidad y, en la medida apropiada y compatible con la necesidad militar, de una manera conforme con los principios de Ginebra”<sup>29</sup>.

Éste fue el primer anuncio público de una política en la cual las personas retenidas por Estados Unidos en la “guerra mundial contra el terrorismo” no tendrían formalmente derecho a las protecciones jurídicas, sino que serían protegidas solamente por una cuestión de política. En la directiva se omitió, deliberadamente,

28 18 USC §12340A (1998). Una persona encontrada culpable de infringir la ley contra la tortura puede ser encarcelada por un período de hasta 20 años, o recibir la pena de muerte si la víctima muere a causa de la tortura. Además, los contratistas militares que trabajan para el Departamento de Defensa también pueden ser enjuiciados de conformidad con la Ley sobre la jurisdicción militar extraterritorial de 2000 (Ley Pública 106-778), conocida por sus siglas en inglés como la ley MEJA. La ley MEJA permite el enjuiciamiento en tribunales federales de civiles estadounidenses que, mientras trabajan para las fuerzas armadas de Estados Unidos en el extranjero o las acompañan, cometen un delito penal federal punible con pena de reclusión de más de un año. La ley MEJA se modificó en 2005 a fin de definir la frase “trabajan para las fuerzas armadas fuera de Estados Unidos”, ampliando su alcance a empleados civiles y contratistas o empleados de contratistas civiles, no solamente del Departamento de Defensa sino también de “cualquier otro organismo federal o autoridad provisional, en la medida en que el empleo se relacione con el apoyo a la misión que el Departamento de Defensa lleva adelante en el extranjero”.

29 La Casa Blanca, “Humane treatment of Al Qaeda and Taliban detainees”, 7 de febrero de 2002, reproducido en Greenberg y Dratel, nota 4 *supra*, p. 134 (el subrayado es nuestro).

toda mención de la CIA<sup>30</sup>. El Gobierno estaba abriendo la puerta a una redefinición del ámbito del derecho interno estadounidense y del derecho internacional, con el objeto de permitir prácticas abusivas.

Como consecuencia de esta aparente flexibilización de las normas existentes sobre los interrogatorios y de la creciente demanda de “información que permitiese entrar en acción”, la CIA solicitó al Departamento de Justicia orientación con respecto a los métodos de interrogatorio permisibles. En palabras de John Yoo, que en ese momento se desempeñaba como asistente adjunto del procurador general:

La CIA quería —necesitaba— una respuesta definitiva a la pregunta: ¿hasta dónde podemos llegar? Había solicitado un dictamen jurídico concreto. La CIA había capturado a operadores de Al Qaeda de alto nivel, que no respondían cuando se los interrogaba con cortesía. Los funcionarios de la CIA necesitaban saber qué podían hacer, sin salirse de la ley, para hacerlos hablar. Sabían que esos sujetos tenían información sobre los planes de Al Qaeda y, si la CIA obtenía esa información, podía salvar vidas. Pero también querían estar seguros de que no terminarían presos por actuar de esa manera<sup>31</sup>.

La Oficina Jurídica del Departamento de Justicia preparó una respuesta al pedido de la CIA, inicialmente dirigido a Alberto Gonzales, quien, en ese momento, era asesor jurídico de la Casa Blanca. Según se informó, la respuesta fue redactada por Yoo y firmada por el adjunto del procurador general, Jay Bybee, quien, al poco tiempo, fue nombrado juez federal. Finalizado en agosto de 2002, el “memorando Bybee” exponía una interpretación del término jurídico “tortura” definido en la ley contra la tortura<sup>32</sup>. En 2007, Yoo manifestó que en el memorando se examinaba “cuáles métodos de infligir dolor y sufrimiento constituyen tortura, y si el presidente de Estados Unidos puede ordenar que se cometan actos de tortura si lo considera necesario”<sup>33</sup>. Más aún, el memorando, llamado comúnmente “el memorando de la tortura” cuando tomó estado público, constituía una amplia justificación de métodos para realizar los interrogatorios que eran flagrantemente ilícitos con arreglo al derecho interno estadounidense y al derecho internacional.

En el memorando Bybee se declara que, en el sentido de la Convención contra la Tortura, ratificada por el Congreso, “para alcanzar el nivel de la tortura, los actos deben ser de naturaleza extrema”. El mero hecho de infligir dolor o sufrimiento “es insuficiente para que sea equivalente a la tortura”. El “dolor o sufrimiento deben ser graves”. En otras palabras, para equipararse a la tortura, “el acto debe causar un dolor equivalente, en intensidad, al dolor que acompaña a una lesión

30 En respuestas escritas al Comité Judicial del Senado, Alberto Gonzales, abogado de la Casa Blanca, confirmó que la política estaba destinada a “proporcionar orientación” a las fuerzas armadas estadounidenses. Cuando se le preguntó si la directiva se aplicaba a la CIA y a otro personal no militar, Gonzales dijo que no. V. US Senate, Committee on the Judiciary, “Confirmation hearing on the nomination of Alberto R. Gonzales to be Attorney General of the United States”, 6 de enero de 2005, serie no. J-109-1, p. 331.

31 Alasdair Palmer, “‘Professor Torture’ stands by his famous memo”, *The Spectator*, 17 de marzo de 2007.

32 Oficina Jurídica, Departamento de Justicia, Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President, “Standards of conduct for interrogation under 18 USC secs. 2340-2340A” (memorando Bybee), 1º de agosto de 2002, reproducido en Greenberg y Dratel, nota 4 *supra*, p. 172.

33 Palmer, nota 31 *supra*.

física grave, como la falla de un órgano o incluso la muerte”<sup>34</sup>. En pocas palabras, en el memorando se definía a la tortura de manera tan restrictiva que numerosas prácticas comúnmente reconocidas como equivalentes a la tortura quedaban excluidas de la definición<sup>35</sup>.

En ese momento, el Gobierno procuraba autorizar a los militares a aplicar una mayor variedad de técnicas en los interrogatorios que las permitidas en la doctrina existente. La doctrina militar estándar de Estados Unidos sobre los métodos utilizados en los interrogatorios figuraba en un manual militar de campo sobre los interrogatorios para obtener información (FM 34-52), revisado por última vez en 1987<sup>36</sup>. Si bien algunos de los métodos aprobados en el manual (como los denominados *fear up*, consistente en mostrar gran agresividad para ir infundiendo cada vez más miedo al detenido, y *false flag*, que consiste en hacer creer al detenido que el interrogador no proviene de Estados Unidos sino de otro país) se prestan al trato abusivo<sup>37</sup>, tanto las prácticas prescritas como el tono general del manual eran, en general, compatibles con las disposiciones de los Convenios de Ginebra. Según se indica en el capítulo 1 del manual FM 34-52:

El uso de la fuerza, la tortura mental, las amenazas, los insultos o la exposición a tratos desagradables e inhumanos de cualquier tipo, están prohibidos por la ley y no están autorizados ni son tolerados por el Gobierno de Estados Unidos. La experiencia indica que no es necesario usar la fuerza para obtener la cooperación de las fuentes que se han de interrogar. Por lo tanto, el uso de la fuerza es una técnica deficiente, ya que los resultados que alcanza no son confiables; puede perjudicar las actividades de inteligencia posteriores, y puede además inducir a la fuente a decir cualquier cosa que supone que el interrogador desea oír<sup>38</sup>.

A fin de responder a lo que percibía como exigencias de información en Guantánamo, y más tarde, en Irak, el Gobierno procuró introducir modificaciones sustanciales en las disposiciones del manual FM 34-52 sobre los métodos coerci-

34 Memorandum Bybee, nota 32 *supra*, pp. 172, 176.

35 Más allá de las definiciones de la tortura, el autor del memorando procuró establecer fundamentos jurídicos que sirvieran para proteger a los funcionarios que pudiesen, en cualquier momento, ser acusados de cometer actos ilícitos. En él, se indicaba que el presidente, como comandante en jefe de las fuerzas armadas, podía autorizar la tortura y se daba a entender que los interrogadores contaban con esa autorización. También se exponían defensas jurídicas, en especial la de “necesidad”, como justificación para un funcionario que fuese acusado, obviamente por una administración posterior, de haber infringido la ley. *Ibid.*, pp. 207–13. Aunque más adelante, el Gobierno Bush declaró que el memorando Bybee no estaba vigente, en el documento que lo reemplazó, el dictamen de la Oficina Jurídica del 30 de diciembre de 2004, se señalaba que “si bien hemos identificado varias discrepancias con el memorando de agosto de 2002, hemos revisado los dictámenes anteriores de esta Oficina con respecto a cuestiones relacionadas con el trato debido a los detenidos, y no creemos que ninguna de sus conclusiones hubiese sido diferente en el marco de las normas establecidas en este memorando” (Trad. CICR). Oficina Jurídica, Departamento de Justicia, “Legal standards applicable under 18 USC sections 2340–2340A”, 30 de diciembre de 2004, disponible en [www.usdoj.gov/olc/18usc23402340a2.htm](http://www.usdoj.gov/olc/18usc23402340a2.htm) (consultado el 27 de octubre de 2009).

36 US Department of the Army, *Field Manual 34–52: Intelligence Interrogation*, septiembre de 1992.

37 El profesor Martin Lederman sugiere que los interrogadores militares estadounidenses pueden haber llegado a creer que los métodos de interrogatorio coercitivos utilizados en Irak realmente eran conformes al manual FM 34–52 y que, por ende, no infringían los Convenios de Ginebra en los que se basaba dicho manual. V. <http://balkin.blogspot.com/2005/08/mowhoush-murder-geneva-scorpions-and.html>

38 *Field Manual 34–52*, 36 *supra*, pp. 1–8.

tivos empleados en los interrogatorios. En noviembre de 2002, el asesor jurídico general del Departamento de Defensa, William Haynes, tras analizar la cuestión con Paul Wolfowitz, subsecretario de Defensa, el general Richard Myers, jefe del Estado Mayor Conjunto, y Douglas Feith, subsecretario de Defensa, notificó a Donald Rumsfeld, secretario de Defensa, que era legal utilizar dos categorías de métodos para interrogar a los detenidos en Guantánamo, entre ellos el uso de posturas en tensión por períodos de hasta cuatro horas<sup>39</sup>, la incomunicación hasta 30 días, la desnudez forzada y el uso del miedo a los perros para inducir estrés. Se propusieron, sin aprobación específica, métodos incluso más agresivos, de “categoría III”, entre otros la exposición al frío y al calor y el submarino. En diciembre de 2002, el secretario Rumsfeld aprobó todas estas técnicas de interrogatorio para Guantánamo<sup>40</sup>. Un mes después, a raíz de las protestas expresadas por el Auditor General de Guerra se suprimió el uso de los métodos de categoría III<sup>41</sup>.

A raíz de nuevas inquietudes de índole jurídica planteadas por las fuerzas armadas en relación con los actos que constituían tortura y otros malos tratos, se creó el grupo de trabajo del Departamento de Defensa, encabezado por el asesor jurídico general de la Marina de Estados Unidos, Alberto Mora. Si bien, por una parte, el grupo de trabajo señaló en su informe final reservado, del 3 de abril de 2003, que en el Código Uniforme de Justicia Militar se prohibían las agresiones, la crueldad y los malos tratos contra las personas detenidas, recomendó que el secretario Rumsfeld aprobase varios métodos aparentemente ilícitos, como el uso de perros de guardia y la desnudez forzada<sup>42</sup>. Más tarde, se descubrió que los oficiales militares que participaron en el grupo de trabajo, entre ellos Alberto Mora, nunca firmaron el informe final del grupo de trabajo. Esta versión del informe fue entregada al general de división Geoffrey

39 Este método suscitó una observación manuscrita del secretario Rumsfeld: “Yo estoy parado entre 8 y 10 horas por día. ¿Por qué la postura de parado se limita a cuatro horas?”, Departamento de Defensa de Estados Unidos, “Memorandum from the Secretary of Defense: counter-resistance techniques”, 27 de noviembre de 2002, reproducido en Greenberg and Dratel, nota 4 *supra*, p. 236.

40 Departamento de Defensa de Estados Unidos, “Memorandum for Commander, Joint Task Force 179: legal brief on proposed counter-resistance strategies”, 11 de octubre de 2002, reproducido en Greenberg y Dratel, nota 4 *supra*, p. 229.

41 “Counter-resistance techniques”, nota 39 *supra*, p. 236.

42 Según el informe final del grupo de trabajo, “por medio de las doctrinas jurídicas se puede hacer que determinadas conductas, que de otro modo serían criminales, no sean ilegales”. En el informe, se cita el anterior análisis relacionado con la autoridad del comandante en jefe: “A fin de respetar la inherente autoridad constitucional del presidente para dirigir una campaña militar, la norma 18 USC 2340A (la prohibición de la tortura), así como toda otra disposición jurídica potencialmente aplicable, deben interpretarse como inaplicables a los interrogatorios efectuados al amparo de su autoridad como comandante en jefe. El Congreso no tiene autoridad en el marco del artículo I [de la Constitución] para fijar los términos y condiciones en los cuales el presidente puede ejercer su autoridad como comandante en jefe para controlar la conducción de las operaciones durante una guerra”. Según el profesor Martin Lederman, este análisis se desprende directamente de un memorando escrito por John Yoo el 14 de marzo de 2003 para el asesor jurídico general del Departamento de Justicia, William J. Haynes II, y fue presentado al grupo de trabajo como de “fuente autorizada” porque provenía de la Oficina Jurídica del Departamento de Justicia y presumiblemente se originaba en el “memorando Bybee”. V. Martin Lederman, “Silver linings (or, the strange but true fate of the second (or was it the third?) OLC torture memo)”, Balkinization Blog, 21 de septiembre de 2005, disponible en: <http://balkin.blogspot.com/2005/09/silver-linings-or-strange-but-true.html> (consultado el 27 de octubre de 2008). En otras palabras, el Departamento de Justicia obligó a las fuerzas armadas a adoptar métodos coercitivos en los interrogatorios que, más adelante, se utilizaron en Irak.

Miller como antecedente, antes de su traslado de Guantánamo a Irak. Y éstos son los métodos abusivos que aparecen, una y otra vez, en las fotografías de Abu Ghraib<sup>43</sup>.

## Tortura, entrega de detenidos y extraterritorialidad

Como elemento central de sus esfuerzos por restringir la definición de la tortura y afirmar la legalidad de sus métodos, el Gobierno ha hecho uso de las fronteras internacionales, transfiriendo a personas detenidas a Estados que utilizan la tortura como rutina, o sencillamente, aplicando métodos coercitivos en los interrogatorios fuera de Estados Unidos. En este marco, el Gobierno propuso una interpretación propia de sus obligaciones jurídicas internacionales: intentó eludir la disposición de la Convención contra la Tortura en la que se prohíbe la devolución de personas a lugares donde probablemente sean torturadas, afirmando que recibía supuestas garantías diplomáticas de los Estados receptores. Por otra parte, rechazó la aplicación extraterritorial del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, permitiendo, de hecho, que en el extranjero se cometiesen actos que hubieran sido ilícitos en Estados Unidos.

### *Entregas ilícitas*

Un método que aplicó el Gobierno para hacer uso de la tortura y de otros malos tratos con el objeto de obtener información de las personas detenidas en la “guerra contra el terrorismo” fue entregar (o transferir) a esas personas a otros Estados o a su país de origen para interrogarlas. A diferencia de la extradición, que normalmente consiste en un procedimiento basado en tratados, que puede incluir disposiciones destinadas a garantizar la protección de los derechos de la persona que se transfiere para someterla a juicio penal, la entrega suele ser un procedimiento clandestino del que no quedan rastros escritos. El término “entrega extraordinaria” se había utilizado en el contexto del caso *Álvarez Machaín*, en el decenio de 1990, en relación con la controvertida práctica de raptar personas en el extranjero para enjuiciarlas en su país de origen, descrita como “entrega a la justicia”<sup>44</sup>. Después de los atentados del 11 de septiembre, el término empezó a aplicarse a los casos de entregas para eludir la justicia, en los cuales las personas eran enviadas, sin garantías jurídicas, a otro país que no tenía intención alguna de someterlas a un juicio justo.

43 V. Jane Mayer, “The memo”, *New Yorker*, 27 de febrero de 2006.

44 En 1990, agentes contratados por el Gobierno de Control de Drogas de Estados Unidos (DEA) secuestraron en México al Dr. Humberto Álvarez Machaín a causa de su presunta participación en el secuestro, tortura y asesinato del agente de la DEA Enrique Camarena Salazar, en 1985, y lo trasladaron a Estados Unidos para enjuiciarlo. *United States v. Alvarez-Machain*, 504 US 655 (1992). V. Alan J. Kreczko, Asesor Jurídico Adjunto, Departamento de Estado de Estados Unidos, “The Álvarez-Machaín decision: US jurisdiction over foreign criminal Humberto Álvarez Machaín, statement before the subcommittee on civil and constitutional rights of the House Judiciary Committee (24 July 1992)”, en *3 US Dep’t St. Dispatch 616*, 3 de agosto de 1992 (“En estos procedimientos se exige que las decisiones sobre las entregas extraordinarias desde territorios extranjeros estén sujetas a rigurosa coordinación interinstitucional y que sean objeto de examen en los niveles más altos del Gobierno”).

Dada la propia naturaleza de las entregas practicadas por Estados Unidos, no se conoce su número y será probablemente imposible conocerlo. Numerosos casos de presunta entrega con fines de tortura tuvieron amplia difusión, en especial el de Maher Arar, un ciudadano sirio-canadiense interceptado por las autoridades estadounidenses en 2002, mientras se encontraba en tránsito, que fue enviado a Siria, donde sufrió tratos brutales durante casi un año, y el de Jaled Al Masri, un ciudadano alemán de ascendencia libanesa, que denunció haber sido secuestrado en Macedonia en 2003 y enviado a un centro de detención de la CIA en Afganistán, donde fue objeto de malos tratos. Más adelante, se describen las acciones iniciadas por estas personas para obtener reparación por los malos tratos de los que presuntamente fueron víctimas.

En el artículo 3 de la Convención contra la Tortura se dispone que ningún Estado “procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”<sup>45</sup>. En el citado artículo 3, se añade que, a los efectos de determinar si existen esas razones, “las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”<sup>46</sup>.

A pesar de los casos en los que se han cometido abusos evidentes, el Gobierno estadounidense sigue afirmando que, legalmente, puede enviar a presuntos terroristas a Estados que suelen practicar la tortura, siempre que haya obtenido “garantías diplomáticas”, esto es, la promesa del Estado receptor de que tratará al detenido con humanidad. No hay manera alguna de obligar a esos Estados a cumplir lo prometido, y ninguno de los dos Estados concernidos tiene interés en revelar la existencia de abusos, por lo cual es muy poco probable que las garantías diplomáticas constituyan una protección efectiva para las personas transferidas en esas condiciones<sup>47</sup>.

### *Aplicación extraterritorial del derecho de los derechos humanos*

Desde hace tiempo, el Gobierno estadounidense postula que los tratados internacionales de derechos humanos, particularmente el PIDCP y la Convención contra la Tortura, no prohíben a los funcionarios estadounidenses en el extranjero utilizar técnicas de interrogatorio coercitivas que no lleguen a constituir tortura.

Durante el procedimiento de confirmación de su cargo de procurador general, que tuvo lugar en enero de 2005, Alberto Gonzales respondió a preguntas formuladas por los miembros de comisiones senatoriales sobre el trato dispensado a los detenidos extranjeros en otros países alegando que los funcionarios estadounidenses no están obligados por la prohibición del trato cruel, inhumano o de-

45 Convención contra la Tortura, art. 3.1.

46 *Ibid.*, art. 3.2.

47 V., p. ej., Human Rights Watch, “Still at risk: diplomatic assurances no safeguard against torture”, abril de 2005.

gradante<sup>48</sup>. Al tiempo que, en respuestas escritas, afirmaba que los actos de tortura cometidos por todos los funcionarios estadounidenses eran ilegales, Gonzales indicaba que no había ninguna ley que prohibiera a la CIA aplicar tratos crueles, inhumanos o degradantes cuando interrogase a personas que no fuesen ciudadanos estadounidenses fuera de Estados Unidos. Gonzales argumentó que, en 1994, cuando el Senado emitió su dictamen y dio su consentimiento para ratificar la Convención contra la Tortura, formuló una reserva por la cual Estados Unidos definía el “trato cruel, inhumano o degradante” según el sentido que éste tenía en la Quinta, Octava o Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos<sup>49</sup>.

El Gobierno afirmaba que, puesto que la Constitución no se aplica a personas que no sean ciudadanos de Estados Unidos fuera del territorio de Estados Unidos<sup>50</sup>, tampoco se aplica la prohibición de malos tratos establecida por la Convención contra la Tortura. Conforme a esta interpretación, los funcionarios estadounidenses que interrogan o detienen a personas que no son ciudadanos estadounidenses en el extranjero tendrían libertad para aplicar tratos crueles e inhumanos, que no lleguen a ser tortura, sin infringir la Convención contra la Tortura.

Abraham Sofaer, asesor jurídico del Departamento de Estado durante la presidencia de Ronald Reagan, expresó públicamente su desacuerdo con la forma en que Gonzales interpretó el significado de la reserva. En una carta dirigida a la Comisión de Justicia, Sofaer dijo:

El propósito de la reserva [a la Convención] era impedir que algún tribunal o Estado afirmase que Estados Unidos debía atenerse a un significado diferente y más amplio del texto del artículo 16, que el significado de esas mismas palabras en la Octava Enmienda. Los términos de la reserva apoyan este entendimiento, porque se relacionaban con el significado de las palabras en cuestión, no con su ámbito geográfico de aplicación<sup>51</sup>.

El Gobierno reiteró su posición en la declaración formulada ante el Comité Contra la Tortura por John Bellinger III, asesor jurídico del Departamento de Estado, el 5 de mayo de 2006. Bellinger dijo que la Convención contra la Tortura no se aplicaba a los detenidos en la “guerra contra el terrorismo” librada en el extranjero porque “en opinión de Estados Unidos, las operaciones de detención [en Afganistán, Guantánamo e Irak] son regidas por el derecho de los conflictos armados, que

48 V. “Senate Judiciary Committee Confirmation Hearing” sobre la nominación de Alberto R. Gonzales al cargo de procurador general, 6 de enero de 2005, disponible en: <http://www.nytimes.com/2005/01/06/politics/06TEXT-GONZALES.html?scp=1&sq=Senate%20Judiciary%20Committee%20Confirmation%20Hearing&st=cse> (consultado el 27 de octubre de 2008).

49 Reserva de Estados Unidos I (1) a la Convención contra la Tortura, disponible en: [www2.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm#reservations](http://www2.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm#reservations) (consultado el 27 de octubre de 2008).

50 *V. Reid v. Covert*, 354 US 1 (1957) (los derechos constitucionales estadounidenses se aplican solamente a las personas que son ciudadanos estadounidenses).

51 Carta de Abraham Sofaer, Hoover Institution, al senador Patrick Leahy de la Comisión de Justicia, del 21 de enero de 2005 (el subrayado es nuestro). En su carta, Sofaer destaca las palabras de la reserva: “Estados Unidos se considera vinculado por la obligación establecida en el artículo 16... sólo en tanto y en cuanto el término trato cruel, inhumano o degradante tenga el mismo significado que tiene en la Octava Enmienda” (subrayado en el original).

es la *lex specialis* aplicable a esas operaciones”<sup>52</sup>.

Esa interpretación socava el objetivo de la Convención de la Tortura, que exhorta a los Gobiernos a eliminar la tortura y los malos tratos en la máxima medida de su autoridad<sup>53</sup>. Era como dar luz verde a la CIA para cometer abusos en sus centros de detención secretos en el extranjero. De este modo, a la vez que el Gobierno afirmaba rechazar la tortura, en los hechos buscaba la forma de eludir el derecho internacional a fin de permitir a los agentes de inteligencia estadounidenses la libertad de efectuar interrogatorios abusivos.

## Respuesta del Congreso

A lo largo de este período e incluso hasta hoy, el Gobierno sostuvo que no ha autorizado el uso de la tortura y que ha actuado de conformidad con el derecho internacional. Por ejemplo, en una respuesta a una carta del senador Patrick Leahy en la que mencionaba denuncias de malos tratos cometidos por las fuerzas estadounidenses en Afganistán, William J. Haynes, asesor jurídico general del Departamento de Defensa, escribió, en junio de 2003, que “Estados Unidos tiene la política de cumplir con todas sus obligaciones jurídicas en lo que respecta al trato debido a los detenidos” (el subrayado es nuestro). Añadió que es política de Estados Unidos tratar a todos los detenidos y realizar todos los interrogatorios, “dondequiera que tengan lugar”, de conformidad con las obligaciones que la Convención contra la Tortura impone a Estados Unidos. Pero, con respecto a las denuncias de prácticas específicas, dijo que “no sería apropiado detallar las técnicas utilizadas en los interrogatorios por parte del personal estadounidense... por esta razón, no podemos hacer comentarios acerca de casos o prácticas específicos”<sup>54</sup>. Como indican estas declaraciones, el Gobierno no aceptaba que las disposiciones jurídicas internacionales fuesen vinculantes para Estados Unidos, sino que Estados Unidos trataba a los detenidos con humanidad tan sólo como una cuestión de política... y, desde luego, las políticas pueden cambiar.

En diciembre de 2004, en aparente contradicción con el memorando Bybee, el Departamento de Justicia declaró que la tortura era “aborrecible”. Sin embargo, como informó el periódico *New York Times* en octubre de 2007, el procurador general entrante, Alberto Gonzales, aprobó en febrero de 2005 un dictamen jurídico

52 Departamento de Estado, reunión de Estados Unidos con el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, Observaciones preliminares de John B. Bellinger III, Ginebra, 5 de mayo de 2006, disponible en: [www.us-mission.ch/Press2006/0505BellingerOpenCAT.html](http://www.us-mission.ch/Press2006/0505BellingerOpenCAT.html) (consultado el 27 de octubre de 2008).

53 Como indica el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General N.º 31, La naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), párr. 10: “En virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Partes deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. [...] Este principio se aplica también a los que estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado Parte que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado Parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de la paz”.

54 Carta de William J. Haynes II, asesor jurídico general del Departamento de Defensa, al senador Patrick Leahy, 25 de junio de 2003, reproducida en *Congressional Record*, 10 de febrero de 2004 (Senado), pp. S781–S785.

secreto del Departamento de Justicia sobre los “efectos combinados”, proporcionando a la CIA una “autorización explícita para bombardear con preguntas a las personas sospechosas de terrorismo con una combinación de tácticas físicas y psicológicas dolorosas, como, entre otras, las bofetadas en la cabeza, los simulacros de ahogamiento y la exposición a temperaturas muy bajas”<sup>55</sup>.

El Gobierno se opuso con fuerza a la incorporación de la “enmienda McCain” en el proyecto de Ley sobre el trato de personas detenidas, en la cual figuraba la prohibición específica de que el personal militar estadounidense en el extranjero utilizara métodos coercitivos que no alcanzasen el nivel de la tortura. En julio de 2005, el vicepresidente Cheney se reunió con los líderes del Partido Republicano para manifestar su oposición a ese texto, y la Casa Blanca emitió una declaración al Congreso en la que notificaba que los asesores del presidente Bush le recomendarían vetar el proyecto de ley sobre el presupuesto de defensa, que se encontraba pendiente de aprobación y que ascendía a 442.000 millones de dólares estadounidenses, “si se presenta legislación que restrinja la autoridad presidencial para proteger a los estadounidenses de manera eficaz contra ataques terroristas y someter a los terroristas a la justicia”<sup>56</sup>, una clara referencia a la enmienda McCain.

McCain y sus partidarios en el Congreso persistieron, y el 5 de octubre de 2005, su enmienda al proyecto de ley fue aprobada por el Senado con una votación a prueba de vetos de 90 votos a favor y 9 en contra. La Ley sobre el trato de personas detenidas, sancionada y firmada en diciembre de 2005, prohíbe el uso de tratos crueles, inhumanos o degradantes por cualquier funcionario o agente estadounidense que actúe en cualquier lugar del mundo, y prohíbe a los interrogadores militares estadounidenses aplicar técnicas en los interrogatorios que no se encuentren incluidas en el Manual de Campo del Ejército sobre Interrogatorios.

Una disposición de fondo de la Ley sobre el trato de personas detenidas es problemática. Se exige en ella que los tribunales establecidos en Guantánamo y que se encargan de definir el estatuto de los detenidos, determinen si las declaraciones de los detenidos fueron obtenidas mediante coerción y a continuación, evalúen “el valor probatorio de la declaración”<sup>57</sup>. Esto significa que las declaraciones obtenidas mediante el uso de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes podrían presentarse como evidencia si tienen suficiente valor probatorio. Por lo demás, tampoco se prohíbe el uso de declaraciones de otros testigos en procesos destinados a determinar el estatuto de los detenidos, incluso si han sido obtenidas mediante tortura u otros procedimientos coercitivos. Según documentos del Departamento de Defensa, parece haber tenido lugar un uso abusivo de ese tipo de pruebas cuando Mohammad al Qahtani, detenido en Guantánamo, acusó a otros treinta detenidos en el mismo lugar de ser guardaespaldas de Osama bin Laden. Al

55 V. Scott Shane, David Johnston y James Risen, “Secret US endorsement of severe interrogations,” *New York Times*, 4 de octubre de 2007. El Gobierno no negó la existencia del dictamen jurídico, pero hasta la fecha, éste no se ha hecho público.

56 V. Josh White y R. Jeffrey Smith, “White House aims to block legislation on detainees,” *Washington Post*, 23 de julio de 2005.

57 Detainee Treatment Act, Federal Judiciary Emergency Special Sessions Act of 2005, Pub.L.No. 109-163, 1100(3)(b.Stat.1993,119 (2005).

parecer, al Qahtani efectuó esa declaración tras haber soportado semanas de privación de sueño, de aislamiento y de humillaciones sexuales<sup>58</sup>.

Incluso después de sancionada la Ley sobre el trato de personas detenidas, el Gobierno se esforzó por socavar sus disposiciones de fondo. En la “declaración de firma” que el presidente Bush emitió al sancionar la mencionada ley, se indicaba que los poderes del presidente, como comandante en jefe de las fuerzas armadas, prevalecían por encima de todas las restricciones al uso de la tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes impuestas por la enmienda McCain<sup>59</sup>. Este punto de vista quedó de manifiesto en declaraciones del Gobierno sobre el “submarino”, un método de interrogatorio que invariablemente constituye tortura. Antes de la sanción de la Ley sobre el trato de personas detenidas, el Gobierno se rehusaba a declarar ilegal la práctica del submarino<sup>60</sup>. En octubre de 2006, casi un año después de la sanción de la ley, John B. Bellinger, asesor jurídico del Departamento de Estado, se negó a responder preguntas específicas sobre la pena del submarino, diciendo que esa cuestión incumbía al Congreso<sup>61</sup>. Y el vicepresidente Cheney, en respuesta a un periodista que lo entrevistaba por radio, afirmó que someter a los detenidos a “una zambullida en el agua” no era tortura; si hacer eso puede salvar vidas, dijo, “para mí, no hay ni que pensarlo”. El vicepresidente dijo que esos métodos habían sido “una herramienta muy importante” en el interrogatorio de detenidos de Al Qaeda considerados de alto valor, como Jalid Sheij Mohamed, y que, en su opinión, no constituían tortura<sup>62</sup>. En octubre de 2007, salió a la luz que, tras la sanción de la Ley sobre el trato de personas detenidas, el Departamento de Justicia había aprobado un memorando jurídico secreto, que sigue siendo secreto, en el que se manifes-

58 Adam Zagorin, “One life inside Gitmo”, *Time Magazine*, 13 de marzo de 2006. Los tribunales federales tampoco han proporcionado, en todos los casos, mejor protección contra el uso de evidencia presuntamente obtenida por medio de tratos abusivos cometidos por terceros. En 2005, durante el juicio del ciudadano estadounidense Ahmed Omar Abu Ali, acusado de proveer apoyo material a la red terrorista Al Qaeda, el Gobierno se basó ampliamente en una confesión de Ali, realizada mientras se encontraba detenido en Arabia Saudí. Afirmó que hizo su confesión sólo después de que las autoridades de ese país lo torturaron, lo flagelaron y finalmente lo forzaron a confesar. El tribunal federal condenó a Ali por cargos de conspiración en favor del terrorismo y posteriormente lo sentenció a 30 años en prisión. El tribunal federal rechazó la petición del abogado defensor de Ali, quien solicitaba que el acusado presentase las cicatrices en su espalda como prueba de la tortura que se le infligió en Arabia Saudí. El tribunal también denegó la petición de la defensa de admitir información relacionada con los antecedentes negativos de Arabia Saudí en materia de tortura y de respeto de los derechos humanos, ignorando los informes del Departamento de Estado en los que se señalaban los numerosos casos de malos tratos infligidos a los detenidos por parte de las autoridades saudíes. En contraste, el tribunal sí aceptó declaraciones oficiales saudíes en las que se negaba el uso de la tortura en Arabia Saudí. V. Jerry Markon, “Judge allows statement by Al Qaeda suspect”, *Washington Post*, 24 de octubre de 2005; Amnistía Internacional, “The trial of Ahmed Abu Ali – findings of Amnesty International’s trial observation”, 14 de diciembre de 2005.

59 George W. Bush, Declaración del Presidente al firmar la resolución HR 2863 (30 de diciembre de 2005), disponible en [www.whitehouse.gov/news/releases/2005/12/20051230-8.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/12/20051230-8.html) (consultado el 27 de octubre de 2008).

60 Porter Goss, director de la CIA, cuando apareció en ABC News el 29 de noviembre de 2005, se rehusó a condenar el submarino como método de interrogatorio inadmisibles.

61 Demetri Sevastopulo, “Cheney endorses simulated drowning”, *Financial Times*, 26 de octubre de 2006.

62 La Casa Blanca, “Interview of the Vice President by Scott Hennen, WDAY at Radio Day at the White House”, 24 de octubre de 2006, disponible en [www.whitehouse.gov/news/releases/2006/10/20061024-7.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/10/20061024-7.html) (consultado el 27 de octubre de 2008).

taba que ninguno de los métodos de interrogatorio de la CIA era cruel, inhumano o degradante<sup>63</sup>.

## Trabas a la reparación para las víctimas de la tortura

Si bien el Congreso logró poco a poco poner límites, aunque no fueran del todo satisfactorios, a las prácticas que el Gobierno aplicaba en los interrogatorios, simultáneamente adoptó medidas que socavaban los derechos de los detenidos a la protección contra los malos tratos. Esto resultó evidente en la respuesta del Congreso a las tres decisiones de la Corte Suprema relativas a personas detenidas en Guantánamo: *Hamdi vs. Rumsfeld*<sup>64</sup> y *Rasul vs. Bush*<sup>65</sup> en 2004, y *Hamdan vs. Rumsfeld* en 2006<sup>66</sup>.

En estos casos, se abordó la cuestión de saber si, conforme a la ley, las personas encarceladas tenían derecho a impugnar su detención en los tribunales federales de Estados Unidos, y si éstos eran competentes para conocer de esas causas. Por esta razón, si bien no guardaban una relación directa con la tortura y otros malos tratos, los casos citados tuvieron importantes repercusiones en el trato recibido por los detenidos. Las prohibiciones de los malos tratos poco significan en ausencia de recursos eficaces, y los tribunales son una fuente independiente e imparcial de tales recursos.

La celebración de audiencias judiciales también ha sido un factor importante en otros casos relacionados con la “guerra mundial contra el terrorismo”. Las personas que han sido entregadas y sometidas a torturas han procurado apelar a los tribunales para obtener reparación o, al menos, una disculpa oficial. Y, aunque algunos detenidos recibieron sentencia favorable en los tribunales, en ningún caso los demandantes obtuvieron una verdadera reparación. Por ende, aunque la definición de tortura y otros malos tratos contenida en el derecho estadounidense no se limita a la “falla de un órgano” sostenida en el “memorando de la tortura” de agosto de 2002, y se ha aproximado más a las normas internacionales, esto se ha debido principalmente a las actuaciones del Congreso. Sin embargo, precisamente a causa de las actuaciones del Congreso, se han reducido significativamente los recursos a disposición de las personas que alegan haber sido objeto de malos tratos.

## La intervención de la Corte Suprema

Los dos casos que la Suprema Corte resolvió el día 29 de junio de 2004 representaron una derrota para el Gobierno, que sostenía que los casos de las personas detenidas en Guantánamo se encontraban fuera de la competencia de los

63 V. Shane, Johnston y Risen, note 55 *supra*.

64 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004). En septiembre de 2004, el Gobierno estadounidense entregó a Hamdi a Arabia Saudí, a condición de que abandonase su ciudadanía estadounidense.

65 *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004). El demandante en el caso, Shafiq Rasul, ciudadano británico, fue repatriado al Reino Unido y liberado tres meses antes de que se pronunciara la decisión.

66 *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006).

tribunales federales. Según Johan Steyn<sup>67</sup>, la creación de un “vacío jurídico” fue, ante todo, la justificación del establecimiento de un centro de detención en Guantánamo. Al parecer, la existencia de ese centro autorizaba a los funcionarios estadounidenses a emplear en los interrogatorios métodos que normalmente hubieran sido ilícitos dentro de Estados Unidos; además, las personas detenidas no podían impugnar su detención ni reclamar ante los tribunales estadounidenses por el trato que recibían. Aunque, en los juicios, no se abordó la primera cuestión, tanto en el caso *Rasul* como en el caso *Hamdi* se denegó la segunda.

En el caso *Rasul*, el tribunal, por un margen de seis a tres votos, sostuvo que los tribunales federales tenían autoridad para decidir si el encarcelamiento de los ciudadanos extranjeros en Guantánamo era legal, revocando así la decisión del tribunal de primera instancia. Aunque una añeja jurisprudencia sostiene el concepto de que los ciudadanos estadounidenses gozan de la protección conferida por la Constitución independientemente de que se hallen dentro o fuera del territorio de Estados Unidos, las personas que no son ciudadanos estadounidenses gozan de protección constitucional sólo cuando se encuentran en el país<sup>68</sup>. Por lo tanto, para el tribunal que entendía en el caso *Rasul*, la cuestión principal era si Guantánamo se encontraba dentro o fuera de Estados Unidos. El tribunal se pronunció a favor de *Rasul* y de los demás demandantes y determinó que los detenidos de Guantánamo estaban encarcelados “dentro de ‘la jurisdicción territorial’ de Estados Unidos” en un lugar donde “Estados Unidos ejerce la jurisdicción y el control exclusivos”<sup>69</sup>. Dijo el tribunal que las personas extranjeras detenidas en Guantánamo, “no menos que los ciudadanos estadounidenses”, tenían derecho a cuestionar la legalidad de su detención mediante el recurso de hábeas corpus, y que los tribunales tenían competencia para intervenir en el caso<sup>70</sup>. Aunque esta decisión era favorable para los detenidos en Guantánamo, era poco probable que pudiera aplicarse a las personas detenidas por Estados Unidos en otros lugares, como Afganistán o Irak.

En el caso *Hamdi*, la Corte Suprema revocó la desestimación de un pedido de hábeas corpus presentado en nombre de Yaser Esam Hamdi, ciudadano estadounidense detenido por tiempo indefinido como “combatiente ilegal enemigo”. La Corte reconoció que el Gobierno tiene autoridad para detener a combatientes enemigos, pero señaló que el poder ejecutivo no tiene poder para detener indefinidamente a un ciudadano estadounidense sin respetar sus garantías procesales

67 Johan Steyn, “Guantanamo Bay: the legal black hole”, Twenty-Seventh F. A. Mann Lecture, British Institute of International and Comparative Law, 25 de noviembre de 2003.

68 *V. Reid v. Covert*, 354 US 1 (1957).

69 *Rasul*, nota 65 *supra*, en 476, 480.

70 *Ibid.*, 481. El tribunal determinó que los demandantes tenían derecho a presentar un recurso de hábeas corpus conforme a las leyes federales sobre hábeas corpus, pero indicó que la aplicación del recurso a los detenidos era “coherente con el alcance histórico del recurso de hábeas corpus” en el *common law*. El Tribunal señaló que el recurso de hábeas corpus existía antes de la ley federal y que, en el *common law*, el recurso se extendía a personas detenidas no solamente “dentro del territorio soberano del reino” sino a las personas “en todos los otros dominios bajo el control del soberano (Trad. CICR)”. *Ibid.*, en 481–2. Esta cuestión se retomó en los casos *Boumediene v. Bush* y *Al Odah v. Bush*, en los cuales se examinó si los detenidos de Guantánamo gozaban efectivamente del derecho a un recurso de hábeas corpus que existiese fuera de la ley federal sobre hábeas corpus, dado que, conforme a la Ley sobre las comisiones militares, esos detenidos ya no estaban amparados por esa ley federal.

básicas, por ejemplo notificarle los cargos y darle la oportunidad de refutarlos.

En las decisiones de los casos *Rasul* y *Hamid*, la Corte estableció que ni la ubicación del centro de detención (al menos Guantánamo y tal vez otros lugares en el extranjero) ni el estatuto jurídico de los detenidos (como combatientes enemigos) impedían a éstos gozar de su derecho a la revisión judicial en sus casos. Estos casos fueron una derrota para el Gobierno y amenazaron con hacer desaparecer la zona sin derecho creada en Guantánamo. Pusieron en entredicho la autoridad del Gobierno para mantener a su voluntad la detención de personas y para realizar interrogatorios coercitivos.

El aspecto de la decisión en el caso *Hamdi* que causó el mayor impacto inmediato fue la decisión de la Corte, surgida de la pluralidad de votos, de que un ciudadano estadounidense detenido tiene derecho a “impugnar válidamente la posición del Estado y ser escuchado por un órgano decisorio imparcial”<sup>71</sup>. La referencia a un “órgano decisorio imparcial” daba la posibilidad de que las fuerzas armadas crearan un tribunal que cumpliera esta función, a fin de seguir evitando que los casos llegasen hasta los tribunales.

El Gobierno no tardó en reaccionar. Nueve días después de anunciadas las decisiones en los casos *Hamdi* y *Rasul*, Paul Wolfowitz, subsecretario de Defensa, dio a conocer, como una cuestión de gestión interna del Departamento, la creación de los Tribunales de Examen del Estatuto de Combatiente (TEEC) en Guantánamo. Según el Pentágono, el propósito de estos procedimientos enteramente novedosos no era efectuar determinaciones *de novo* del estatuto jurídico de los detenidos para dilucidar si su detención era lícita. El proceso de los TEEC permitiría sobre todo revisar determinaciones ya realizadas “a través de múltiples niveles de revisión por oficiales del Departamento de Defensa”, en las que se había establecido que los detenidos eran “combatientes enemigos”<sup>72</sup>.

Con arreglo al reglamento de los TEEC, aplicado desde 2004, no se permite a los detenidos en Guantánamo acceder a un abogado. Tampoco pueden ver las acusaciones en su contra que el Gobierno considere secretas, ni tienen oportunidad de refutarlas. No se les ofrece una oportunidad válida de presentar descargos ni testigos que declaren a su favor. Básicamente, el procedimiento impone a los detenidos de Guantánamo la carga de probar que no son “combatientes enemigos”, sin permitirles acceder a la información que motivó la decisión del Gobierno de encarcelarlos.

Por consiguiente, no sorprende que, en más del 90 por ciento de las decisiones de los TEEC, relacionadas con centenares de casos, los tribunales hayan confirmado la decisión inicial de que un detenido era “combatiente enemigo”. En 2007, en una declaración jurada adjunta a un recurso jurídico presentado a los TEEC, el teniente coronel Stephen Abraham, reservista del ejército y abogado, que prestó servicios como miembro de los TEEC en Guantánamo durante seis meses en 2004-2005, criticó acerbamente el mecanismo de los TEEC, afirmando que las determinaciones

71 Hamdi, nota 64 *supra*, p. 535.

72 V. Departamento de Defensa de Estados Unidos, “Factsheet on Combatant Status Review Tribunals”, julio de 2006, disponible en [www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707factsheet.pdf](http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707factsheet.pdf) (consultado el 27 de octubre de 2008).

del estatuto de combatiente enemigo se basaban en información obsoleta y genérica, que raras veces guardaba relación con el caso particular que se examinaba<sup>73</sup>.

## Denegación del derecho a recurso

Uno de los preceptos fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos es el derecho de las personas a un recurso efectivo en caso de que se violen sus derechos. El artículo 2 del PIDCP establece que los Estados Partes en el Pacto deberán garantizar que “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo” contra abusos cometidos por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; la autoridad gubernamental decidirá sobre el derecho de toda persona que interponga tal recurso, y toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso se deberá hacer cumplir<sup>74</sup>.

Las dificultades para obtener reparación con que han tropezado las personas que alegan haber sido torturadas mientras se encontraban detenidas por Estados Unidos, han quedado claramente de manifiesto en las acciones judiciales entabladas por personas que afirman que el Gobierno de Estados Unidos las entregó ilícitamente a otros países donde fueron objeto de malos tratos.

En septiembre de 2002, las autoridades estadounidenses de inmigración detuvieron y mantuvieron incomunicado por dos semanas a Maher Arar, ciudadano canadiense de ascendencia siria. Durante ese período, no pudo cuestionar su detención ni su inminente traslado a un país donde, probablemente, sería torturado. Basándose en garantías diplomáticas ofrecidas por Siria a efectos de que Arar no sería torturado, Estados Unidos lo trasladó en avión a Jordania, desde donde fue enviado en automóvil a Siria. Estuvo detenido en Siria diez meses, durante los cuales alega haber sido torturado con frecuencia por las autoridades sirias, a menudo con cables eléctricos<sup>75</sup>.

Arar presentó una demanda ante un tribunal federal de Estados Unidos

73 *Al Odah v. US*, Corte Suprema, “Reply to Opposition to Petition for Rehearing”, disponible en: [www.sco-tusblog.com/movabletype/archives/Al%20Odash%20reply%206-22-07.pdf](http://www.sco-tusblog.com/movabletype/archives/Al%20Odash%20reply%206-22-07.pdf) (consultado el 27 de octubre de 2008).

74 El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General N.º 31, La naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), párr. 10, con respecto a la jurisdicción de los Estados en relación con las violaciones de derechos humanos, manifiesta lo siguiente: “En virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Partes deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte. “V. también los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (“Principios sobre Reparaciones”), adoptados el 16 de diciembre de 2005, Resolución de la Asamblea General de la ONU 60/147, documento de la ONU A/RES/60/147 (2005), principio II.

75 Senado de Estados Unidos, “Hearing of the Personnel Subcommittee of the Senate Armed Services Committee, military justice and detention policy in the global war on terrorism”, 109º Congreso, 1ª sesión, 14 de julio de 2005.

contra los funcionarios de éste país que participaron en su entrega y detención, a fin de obtener reparación por los daños físicos y psicológicos que padeció en Siria. El Gobierno estadounidense alegó su prerrogativa por razones de seguridad nacional y procuró que se desestimara el caso. El tribunal de distrito coincidió con esta posición, y llegó a la conclusión de que no podía evaluar retrospectivamente las alegaciones del Gobierno de que era primordial mantener el secreto y que el hecho de divulgar la situación podía tener repercusiones negativas en las relaciones exteriores y en la seguridad nacional de Estados Unidos.

En una sentencia del 16 de febrero de 2006, en que los fundamentos para denegar la reparación por vía judicial fueron precisamente los malos tratos a esa persona, el juez de un tribunal de distrito desestimó la demanda de Arar porque el Gobierno había planteado cuestiones de política exterior y de seguridad nacional “imperiosas” que incumbían a los poderes ejecutivo y legislativo, no al judicial. El juez destacó además que “la necesidad de mantener el secreto difícilmente podía ponerse en duda”. Según la sentencia, “no es necesario tener mucha imaginación para contemplar el efecto negativo en nuestras relaciones con Canadá si hubiera revelaciones en este caso y que se supiera que, pese a las desmentidas públicas, ciertos altos funcionarios canadienses habían consentido en que Arar fuese trasladado a Siria”. Por lo tanto, la preocupación no era el trato que recibió Arar sino la embarazosa situación que hubiesen atravesado los funcionarios canadienses si se hubiera ventilado en un tribunal estadounidense su participación secreta en la entrega ilegal de Arar a Siria. Como escribió en ese momento un columnista del *New York Times*, en esencia, la sentencia “dio luz verde a la barbarie gubernamental”<sup>76</sup>.

En el caso *Arar vs. Ashcroft*, el Gobierno había invocado, inicialmente, la doctrina del “secreto de Estado”, que confiere al Gobierno el privilegio, no revisable por los tribunales, de no divulgar secretos de Estado durante los juicios. El Gobierno argumentó que, dado que cada hecho del caso constituye un secreto de Estado de Estados Unidos, Arar no podía probar sus asertos y por ende, su reclamo debía desestimarse. Pero el juez del tribunal federal no aceptó la doctrina del secreto de Estado tal como se presentó, sino que fue más lejos. Dijo que el mero hecho de invocar la doctrina ya podía resultar embarazoso para el Gobierno, porque “podía interpretarse como una admisión pública de que la conducta alegada había tenido lugar según se indicaba en la denuncia”<sup>77</sup>. Por consiguiente, el Gobierno ni siquiera tiene que alegar que la tortura es un “secreto de Estado” para impedir que las denuncias de tortura se ventilen en los tribunales. Arar ha apelado contra esta decisión.

Otro caso que también tuvo amplia difusión es el de Jaled el Masri, un ciudadano alemán de ascendencia libanesa. Denunció que había sido detenido en Macedonia en diciembre de 2003 y luego transferido a un centro de detención dirigido por la CIA en Afganistán, donde fue sometido a palizas y a aislamiento durante varios meses. Se cree que quienes detuvieron a el Masri lo habían confundido con Jaled al Masri, una persona sospechosa de pertenecer a Al Qaeda y acusada de

76 Bob Herbert, “The torturers win”, *New York Times*, 20 de febrero de 2006.

77 *Arar v. Ashcroft*, 16 de febrero de 2006; v. David Luban, “An Embarrassment of Riches”, Balkinization Blog, 4 de marzo de 2006, disponible en <http://balkin.blogspot.com/2006/03/embarrassment-of-riches.html> (consultado el 27 de octubre de 2008).

participar en la planificación de los atentados perpetrados en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001. En mayo de 2004, el Masri fue trasladado en avión a Albania y abandonado en una ruta desierta; finalmente, logró regresar a Alemania. Dijo que uno de los funcionarios detenedores había reconocido que su arresto y detención habían sido un error. El Masri emprendió una acción judicial en un tribunal federal de Estados Unidos contra funcionarios y otras personas y compañías de este país que presuntamente intervinieron en su detención y entrega. Denunció la violación de sus garantías procesales y de las prohibiciones internacionales relativas a la detención arbitraria y a los tratos crueles, inhumanos y degradantes. El Gobierno estadounidense invocó la doctrina del secreto de Estado. El tribunal aceptó el argumento del Gobierno y, el 18 de mayo de 2006, desestimó el caso<sup>78</sup>. En octubre de 2007, la Corte Suprema rechazó, sin comentarios, el recurso presentado por el Masri contra la decisión del tribunal de apelaciones<sup>79</sup>.

## El caso Hamdan y la Ley sobre las Comisiones Militares

El escándalo de Abu Ghraib y sus revelaciones, sumado a varios años de litigios impulsados por detenidos en Guantánamo, culminó en una decisión histórica de la Corte Suprema y en la adopción de nuevas leyes por el Congreso. En lugar de ayudar a solucionar las cuestiones de los interrogatorios coercitivos y de las reparaciones por abusos, esos acontecimientos sirvieron para que Estados Unidos no pudiera olvidar este asunto en un futuro inmediato.

### Redefinir los malos tratos

La Ley sobre las comisiones militares, adoptada por el Congreso el 28 de septiembre de 2006 y sancionada por el presidente Bush el 17 de octubre de 2006, no tenía por único objeto el restablecimiento de los tribunales militares en Guantánamo que habían sido abolidos por la Corte Suprema en el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*. En el caso *Hamdan*, la Corte Suprema sostuvo que las comisiones militares establecidos en Guantánamo eran contrarias al derecho estadounidense e infringían la disposición contenida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, relativa a un juicio justo. La Corte Suprema manifestó que el tribunal inferior se había equivocado al definir el conflicto con Al Qaeda como un conflicto internacional, en vez de un conflicto no internacional. Durante los conflictos armados no internacionales, los Estados (así como los actores no estatales) están obligados a respetar el artículo 3 común<sup>80</sup>.

El caso *Hamdan* tiene importantes consecuencias en lo que respecta al uso de técnicas de interrogatorio coercitivas contra personas sospechosas de pertenecer

78 *El-Masri v. George Tenet*, 2006 WL 1391390 at 7 (E.D.Va., 2006); Reuters, "Judge dismisses Masri torture case", 18 de mayo de 2006.

79 Linda Greenhouse, "Supreme Court refuses to hear torture appeal," *New York Times*, 9 de octubre de 2007.

80 *Hamdan*, nota 66 *supra*.

a Al Qaeda. Además de exigir que las condenas sólo sean ejecutadas por “un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”<sup>81</sup>, el artículo 3 común también establece normas mínimas para el trato humano de todas las personas que han dejado de participar activamente en las hostilidades<sup>82</sup>. El 7 de julio de 2006, el Pentágono se apresuró a emitir un memorando en el que se daba curso a la decisión de la Corte con respecto a la aplicabilidad del artículo 3 común a las fuerzas armadas de Estados Unidos<sup>83</sup>.

Mientras tanto, el Gobierno no enunció con claridad las obligaciones de dispensar un trato humano conforme a lo establecido en el artículo 3 común. Esto era fundamental para el régimen de interrogatorios de Estados Unidos, dado que introducía la posibilidad de que los agentes de Estados Unidos implicados en los interrogatorios fuesen enjuiciados con arreglo a la Ley sobre los crímenes de guerra. La Ley sobre los crímenes de guerra tipifica como delitos las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, cuando son cometidas por ciudadanos estadounidenses o contra éstos. El objetivo de la ley era permitir que las personas responsables de crímenes de guerra cometidos contra personal militar estadounidense fuesen procesadas por tribunales estadounidenses. En 1997, la ley se enmendó a fin de incorporar las infracciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra; de este modo, se amplió su ámbito para abarcar los abusos cometidos tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales. Los legisladores que propusieron la enmienda tenían en mente, concretamente, a los miembros de grupos armados en conflictos internos en Somalia, Bosnia o El Salvador, que podían maltratar a los soldados estadounidenses detenidos bajo su custodia<sup>84</sup>.

La inclusión, por el Gobierno de Estados Unidos, del artículo 3 común en la lista de delitos enjuiciables con arreglo a la Ley sobre los crímenes de guerra, junto con las infracciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra<sup>85</sup>, va más allá de lo que exigen los propios Convenios de Ginebra. En las disposiciones sobre “sanciones penales” de los Convenios de Ginebra sólo se establece que las altas partes contratantes han de comprometerse a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, “una cualquiera de las infracciones graves” de los Convenios<sup>86</sup>. Dado que se asumió que las infracciones cometidas durante conflictos armados no internacionales serían enjuiciadas por el Estado en el que ocurriesen, el artículo 3 común no se incluyó entre las “infraccio-

81 Artículo 3.1.d común a los Convenios de Ginebra de 1949.

82 *Ibid.*, artículo 3.1.a y 3.1.c.

83 V. Departamento de Defensa de Estados Unidos, “Application of Common Article 3 of the Geneva Conventions to the treatment of detainees in the Departamento de Defensa”, 7 de julio de 2006, disponible en <http://balkin.blogspot.com/CA3.DOD.memo.pdf> (consultado el 27 de octubre de 2008).

84 V. R. Jeffrey Smith, “Detainee abuse charges feared”, *Washington Post*, 28 de julio de 2006.

85 18 USC §12441(c) (2006). “(c) Definición.--Tal como se utiliza en esta sección, el término “crimen de guerra” significa cualquier conducta... (3) que constituya una infracción del artículo 3 común a los convenios internacionales firmados en Ginebra el 12 de agosto de 1949 o cualquier protocolo de esos convenios en que sea parte Estados Unidos y que se relacione con los conflictos armados no internacionales.” (Trad. del CICR).

86 V. CG I, art. 49; CG II, art. 50; CG III, art. 129, y CG IV, art. 146.

nes graves” de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>87</sup>.

Indudablemente, la decisión en el caso *Hamdan* preocupó al Gobierno, ya que el componente relativo al artículo 3 común de la Ley sobre los crímenes de guerra podía utilizarse para enjuiciar a funcionarios que aplicasen métodos de interrogatorio crueles o inhumanos, o, cuando menos, podía obstaculizar los actuales y futuros interrogatorios de sospechosos de Al Qaeda. Por lo tanto, si bien el caso *Hamdan* creó la necesidad de que las comisiones militares establecidas por disposición del Congreso reemplazasen las comisiones ilícitas establecidas por orden del Ejecutivo, también incitó al Gobierno a tratar de modificar la Ley sobre los crímenes de guerra. Como resultado de ello, la Ley sobre las comisiones militares no sólo constituyó el fundamento jurídico de las comisiones militares, sino que también incidió en la ley de fondo de Estados Unidos que define la tortura y otras formas de malos tratos infligidos a los “combatientes enemigos”, y que figura en la Ley sobre los crímenes de guerra<sup>88</sup>.

Aunque, por un lado, en la Ley sobre las comisiones militares se prohíbe la producción, ante las comisiones militares, de elementos probatorios a los que el acusado no tenga acceso a fin de refutarlos, por el otro, se flexibiliza la norma sobre pruebas de referencia (o testimonio de oídas), permitiendo la producción de pruebas consideradas “fiables” y de suficiente “valor probatorio”<sup>89</sup>, lo que abre la puerta al uso de pruebas obtenidas mediante el maltrato de los detenidos. El derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe el uso de las pruebas de referencia; de hecho, para rechazar las pruebas de dudoso valor probatorio, los sistemas jurídicos continentales se apoyan en los jueces, más que en las normas sobre las pruebas de este tipo. Pero, las comisiones militares creadas por la Ley sobre las comisiones militares no ofrecen la gama más amplia de protecciones con que cuentan los tribunales en el sistema de derecho continental, en especial, la presencia de jueces profesionales completamente independientes. Conforme a la Ley sobre las comisiones militares, incumbe al acusado demostrar que las pruebas no son fiables; en vista de la muy limitada posibilidad de obtener pruebas a través de la presentación de piezas probatorias, tal exigencia constituye un obstáculo particularmente difícil de superar. Los acusados corren el riesgo de ser condenados sobre la base de resúmenes de testimonios de segunda y tercera mano, dados por personas que fueron objeto de malos tratos durante su detención, sin que el acusado tenga la mínima posibilidad seria de enfrentarse con sus acusadores ni cuestionar válidamente las declaraciones que éstos hagan.

En lo que respecta a la proposición de pruebas, las posibilidades previstas en la Ley sobre las comisiones militares son más limitadas que las que se otorgan a los acusados en los tribunales federales o cortes marciales estadounidenses.

87 Los tribunales *ad hoc* para ex Yugoslavia y Rwanda determinaron que las infracciones graves del artículo 3 común cometidas durante conflictos armados no internacionales podían enjuiciarse como crímenes de guerra. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional específicamente añadió a su lista de crímenes de guerra los delitos penales indicados en el artículo 3 común. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, vigente desde el 1º de julio de 2002, art. 8(c), disponible en [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) (consultado el 27 de octubre de 2008).

88 Military Commissions Act of 2006 (MCA), Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (17 de octubre de 2006) (codificada en at 10 USC §11948a-950w y otras secciones de los títulos 10, 18, 28 y 42).

89 *Ibid.*, 10 USC §1949a (b) (2).

Concretamente, las normas permiten al ministerio fiscal no revelar al acusado ni al abogado del acusado las fuentes y los métodos de interrogatorio considerados secretos<sup>90</sup>. Por consiguiente, esto haría que la prohibición de la tortura pierda todo sentido, ya que la defensa tendrá grandes dificultades para demostrar que las pruebas presentadas a la comisión se obtuvieron mediante métodos de interrogatorio coercitivos.

En la Ley sobre las comisiones militares, no se autoriza la tortura ni se elimina el artículo 3 común de la Ley sobre Crímenes de Guerra. Sin embargo, se restringe la definición de los tratos ilícitos considerados delitos penales. En la Ley sobre las comisiones militares se detallan nueve delitos definidos como “infracciones graves” del artículo 3 común que pueden enjuiciarse como crímenes de guerra. La tortura y el trato inhumano se incluyen como “infracciones graves”, pero no así el trato degradante y humillante. Según la Ley sobre las comisiones militares, el “dolor o sufrimiento físico agudo” sólo tiene lugar cuando hay dolor “extremo” u otros daños extremos: riesgo sustancial de muerte, quemadura o desfiguración física grave, o daño grave de una parte del cuerpo, de un órgano o de una facultad mental<sup>91</sup>. En otras palabras, el umbral del dolor “agudo” se ha elevado efectivamente hasta el umbral del dolor “extremo”.

Un elemento fundamental relacionado con los posibles enjuiciamientos que se hagan en el futuro de miembros del personal estadounidense involucrados en interrogatorios abusivos es que la Ley sobre las comisiones militares contiene dos definiciones distintas del trato cruel o inhumano. Una de ellas se aplica a los malos tratos que hayan tenido lugar antes de la sanción de la Ley sobre las comisiones militares, y la segunda, más estricta, se aplica a la conducta observada después de esa fecha. Cualquier dolor o sufrimiento mental que no sea pasajero se define como trato cruel e inhumano si se causa después de la adopción de la Ley sobre las comisiones militares. Antes de la entrada en vigor de dicha Ley, el dolor infligido debía ser “prolongado” para que fuese calificado como trato cruel e inhumano<sup>92</sup>.

A través de esta última definición de “trato cruel e inhumano” se acepta, efectivamente, el argumento del Gobierno de que las “técnicas de interrogatorios reforzadas” utilizadas por la CIA contra personas sospechosas de pertenecer a Al Qaeda, como la exposición al calor y al frío, las posturas en tensión, y hasta el submarino, nunca estuvieron prohibidas. O sea, no eran crueles ni inhumanas porque no causaban “sufrimientos prolongados”. Dos de los principales promotores de la Ley sobre las

90 *Ibid.*, 10 USC §1949d (f) (2) (B). “El juez militar, ante una petición del abogado en el juicio, deberá permitir que éste presente pruebas que de otro modo sean admisibles ante la comisión militar, a la vez que protege de la divulgación las fuentes, los métodos o las actividades mediante los cuales Estados Unidos adquirió las pruebas, si el juez militar determina que: (i) las fuentes, los métodos o las actividades mediante los cuales Estados Unidos adquirió las pruebas son reservados, y (ii) las pruebas son confiables”.

91 *Ibid.* 10 USC §1950 v (b) (12).

92 En las disposiciones sobre delitos de la Ley sobre las comisiones militares, expuestas en 10 USC §950v (b) (12), se establece que “El término dolor o sufrimiento mental agudo tiene el significado que se atribuye al término dolor o sufrimiento mental en [la Ley sobre crímenes de guerra] salvo que—(I) el término agudo reemplazará al término grave dondequiera que aparezca, y (II) con respecto a la conducta observada tras la fecha de sanción de la Ley de Comisiones Militares de 2006, el término daño mental grave y no transitorio (que no necesita ser prolongado) reemplazará al término daño mental prolongado dondequiera que aparezca.”

comisiones militares, los senadores John McCain y John Warner, aducían que el propósito de la Ley sobre las comisiones militares era garantizar que éstas y otras prácticas similares fuesen prohibidas por la ley. El resultado es que los funcionarios que, anteriormente, estaban autorizados a aplicar o habían aplicado métodos de interrogatorio abusivos que causaban angustia mental relativamente breve pero grave, como el submarino y la privación prolongada de sueño, gozarían de inmunidad efectiva contra el enjuiciamiento.

La Ley sobre las comisiones militares otorga al presidente autoridad para interpretar el “significado y la aplicación” de los Convenios de Ginebra. Esto podría considerarse como una simple reformulación de los poderes conferidos al presidente en el marco de la constitución, necesarios, por ejemplo, para interpretar tratados, pero sin que su peso fuese mayor que el de otros reglamentos del poder ejecutivo que están sujetos a revisión judicial. Pero los abogados del Gobierno, aunque llegaron a la conclusión de que la ley no exigía la redacción de una orden ejecutiva sobre las prácticas de interrogatorio de la CIA, sufrieron presiones en este sentido, tanto de la CIA como del Congreso. Como indicó Michael V. Hayden, director de la CIA, en una nota a los empleados de esta Agencia, “a fin de cuentas, el director de la CIA, quienquiera que éste sea, debe estar seguro de que la tarea que encarga a uno de sus agentes en el marco de este programa es lícita. Esto es lo esencial”<sup>93</sup>.

Sólo el 20 de julio de 2007 el presidente Bush emitió una orden ejecutiva en la que se interpretaba el significado del artículo 3 común con respecto al programa de detención e interrogatorio de la CIA<sup>94</sup>. Al tiempo que reiteraba la prohibición de la tortura y del trato cruel e inhumano conforme a lo previsto en el derecho interno estadounidense, en la orden ejecutiva esencialmente se permite a la CIA reanudar los interrogatorios de personas detenidas en secreto y en condiciones de incomunicación. Las directivas específicas sobre los métodos de interrogatorio permitidos se mantienen en secreto. Por lo tanto, es imposible deducir de la orden ejecutiva si determinadas técnicas, como el submarino, están permitidas. Además, dada la inexistencia de toda supervisión independiente de las personas detenidas en los denominados “lugares negros” (*black holes*) no existe ningún medio que permita juzgar cómo la CIA define hoy la tortura y los malos tratos.

La respuesta tal vez pueda encontrarse en la declaración formulada por el presidente Bush cuando firmó la sanción de la Ley sobre las comisiones militares en octubre de 2006. Al presentar el programa de detención de la CIA como “una de las actividades de inteligencia más satisfactorias de la historia del país”, dijo que la nueva autoridad conferida a la CIA para detener a personas sospechosas de poseer información “garantizará que podamos seguir usando este vital instrumento para proteger al pueblo estadounidense por muchos años más”<sup>95</sup>.

93 V. Mark Mazzetti, “C.I.A. awaits rules on terrorism interrogations”, *New York Times*, 25 de marzo de 2007.

94 Orden ejecutiva: “Executive Order: Interpretation of the Geneva Conventions Common Article 3 as Applied to a Program of Detention and Interrogation Operated by the Central Intelligence Agency”, 20 de julio de 2007.

95 *The White House*, “President Bush signs Military Commissions Act of 2006”, 17 de octubre de 2006.

## La Ley sobre las comisiones militares y las cláusulas privativas de competencia

Las victorias jurídicas obtenidas por los detenidos en la Corte Suprema en relación con el control judicial y las presiones del Congreso estadounidense por conformar las definiciones jurídicas de la tortura y otros tratos coercitivos a las exigencias de los Convenios de Ginebra y de los tratados de derechos humanos, amenazaron con poner fin a las prácticas de interrogatorio del Gobierno y someter a las personas implicadas en ellas a una investigación judicial. La reacción del Gobierno fue obtener disposiciones jurídicas que harían difícil, si no imposible, que los detenidos presentasen su caso ante los tribunales. Si este empeño del Gobierno llegara a tener éxito, sería como haber cancelado efectivamente las principales decisiones de la Corte Suprema sobre Guantánamo y la revisión judicial, y mantener las actuales prácticas de interrogatorio fuera de la mirada pública, independientemente de la forma en que la legislación defina la tortura y otros tipos de malos tratos.

Los verdaderos progresos sustantivos aportados por la Ley sobre el trato de personas detenidas han sido socavados por la imposición de importantes restricciones de procedimiento a los derechos de los detenidos en Guantánamo. Por ejemplo, la Ley sobre el trato de personas detenidas no incluye un mecanismo que permita a los detenidos que hayan sido sometidos a malos tratos durante el período de su detención entablar una acción civil en procura de reparación por infracciones de la Ley sobre el trato de personas detenidas. Esto hace que la aplicación de la ley quede en manos del Gobierno, el cual jamás indicó qué medidas, llegado el caso, adoptarían el Departamento de Defensa y la CIA para garantizar el cumplimiento de la enmienda McCain.

La “enmienda Graham-Levin” de la Ley sobre el trato de personas detenidas impide que los detenidos en Guantánamo puedan, en el futuro, impugnar en los tribunales la legalidad de su detención o sus condiciones de confinamiento. El Gobierno adoptó la posición de que la enmienda Graham-Levin impedía a todos los detenidos en Guantánamo impugnar en los tribunales federales el uso de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. La decisión en el caso *Hamdan*, de 2006, en la que se declaró la ilegalidad de las comisiones militares establecidas en Guantánamo, determinó que las disposiciones de la Ley sobre el trato de personas detenidas en las que se privaba a los tribunales de competencia sólo se aplicaban retroactivamente; en otras palabras, no impedía la tramitación de las peticiones de hábeas corpus de las personas que ya habían iniciado acciones judiciales.

La Ley sobre las comisiones militares no sólo abordó las comisiones militares ilegales, sino también las disposiciones que privaban a los detenidos del recurso de hábeas corpus, y revirtió, de forma efectiva, la derrota del Gobierno a manos de la Corte Suprema en el caso *Hamdan*<sup>96</sup>. El proyecto de ley fue aprobado rápidamente por el Congreso, sin duda para aprovechar la mayoría republicana en la Cámara de Diputados y en el Senado antes de las elecciones de noviembre de 2006, que trajeron consigo mayorías del Partido Demócrata en ambas cámaras<sup>97</sup>.

96 Ley sobre las comisiones militares, nota 88 *supra*.

97 El presidente Bush manifestó públicamente: “Insto al Senado a que actúe con rapidez para hacer llegar el proyecto a mi oficina antes de que se levante la sesión del Congreso. Casa Blanca, “President Bush appreciates House passage of Military Commissions Act of 2006”, 27 de septiembre de 2006.

Como se ha dicho, la Ley sobre las comisiones militares fortalece algunos elementos de la Ley de 2005 sobre el trato de personas detenidas, y debilita, hasta cierto punto, la Ley sobre los crímenes de guerra con respecto a los funcionarios estadounidenses implicados en los malos tratos infligidos a los detenidos. Lo que es más importante, la ley reduce en gran medida las vías jurídicas de que disponen los “combatientes enemigos” para reclamar por los malos tratos que hayan podido sufrir durante la detención.

La Ley sobre las comisiones militares incluye un párrafo que despoja a los tribunales federales de competencia en casos de “peticiones de hábeas corpus” y otras acciones que se relacionen con “cualquier aspecto de la detención, la transferencia, el trato, el juicio o las condiciones de confinamiento” de extranjeros que haya sido impuesto por el Gobierno estadounidense. Básicamente, esta disposición anula la decisión del caso *Hamdan*, porque sus disposiciones sobre la privación del hábeas corpus son retroactivas y aplicables a personas extranjeras retenidas por Estados Unidos en cualquier lugar del mundo. Las cuestiones constitucionales afectadas por la disposición no sólo tendrán importantes repercusiones en los derechos de las personas detenidas en Guantánamo, sino que tendrán consecuencias trascendentes para el derecho al recurso de hábeas corpus en la legislación estadounidense.

Las disposiciones privativas de competencia que figuran en la Ley sobre las comisiones militares fueron cuestionadas en el caso *Boumedienne v. Bush*, entablado por detenidos en Guantánamo que invocaban el hábeas corpus contra su detención continuada. En abril de 2007, la Corte Suprema rechazó una petición tardía de revisión. El 29 de junio, en una aparente respuesta a la declaración jurada del teniente coronel Abraham, oficial de inteligencia, en la que criticaba a los Tribunales de Examen del Estatuto de Combatiente en los que había participado, la Corte Suprema adoptó una medida extremadamente inusual: la de revocar su decisión anterior y recibir argumentos en la apelación del caso *Boumedienne* durante el período 2007-2008<sup>98</sup>. En este caso, la cuestión será si el proceso de determinación de estatuto que utilizan los Tribunales de Examen del Estatuto de Combatiente en Guantánamo es suficiente para satisfacer los requisitos del *common law* en materia de hábeas corpus conforme a la Constitución de Estados Unidos.

La Ley sobre las comisiones militares está dirigida a despojar a los tribunales de su capacidad para examinar no sólo peticiones de hábeas corpus, sino todas las acciones jurídicas entabladas en procura de remedio, incluidas las dirigidas a obtener reparación por malos tratos<sup>99</sup>. Como resultado de ello, será difícil para los detenidos en Guantánamo reclamar por infracciones de la prohibición de la tortura, y por ende, en última instancia, será difícil prevenir esas infracciones, si no se permite a las víctimas llevar a juicio a los responsables. Esta disposición también es una señal para

98 La Corte Suprema no expuso las razones de la revocación. La última vez que la Corte Suprema otorgó un pedido de ese género tras una denegación inicial fue en 1968. V. James Vicini, “Court to hear Guantanamo prisoners appeals”, Reuters, 30 de junio de 2007.

99 En la Ley sobre las comisiones militares se dispone lo siguiente: “Ningún tribunal, juez de la Corte Suprema o juez tendrá competencia para examinar o considerar cualquier otra acción contra Estados Unidos o sus agentes relacionada con cualquier aspecto de la detención, transferencia, tratamiento, juicio o condiciones de confinamiento de un extranjero que está o ha sido detenido por Estados Unidos y respecto de quien Estados Unidos haya determinado que ha sido correctamente detenido como combatiente enemigo o que se encuentra a la espera de tal determinación”, nota 88 *supra*, 1950j (b).

quienes contemplan el uso de métodos de interrogatorio coercitivos prohibidos por la legislación, dado que, si infringen la ley, probablemente no sean enjuiciados.

Otras disposiciones de la Ley sobre las comisiones militares impiden invocar los Convenios de Ginebra como fuentes de derecho en acciones judiciales emprendidas contra militares estadounidenses<sup>100</sup>. Estas normas también harán muy difícil que las personas que han sido objeto de malos tratos durante su detención puedan cuestionar las interpretaciones presidenciales de los Convenios de Ginebra. Si esta disposición hubiese estado en vigor con anterioridad, hubiese impedido a Salim Ahmed Hamdan alegar que se le estaba negando un juicio justo conforme al artículo 3 común. Pero, también afectará a futuros detenidos que crean estar protegidos por las disposiciones de los Convenios de Ginebra contra la tortura y otros malos tratos y que intenten obtener decisiones al respecto en los tribunales estadounidenses<sup>101</sup>.

## Conclusión

Desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, el uso de la tortura y de otros métodos de interrogatorio coercitivos por parte del Gobierno de Estados Unidos se ha desarrollado en dos perspectivas. La primera es la terrible práctica aplicada en los hechos: las posturas en tensión, la exposición a temperaturas extremas, la privación de sueño, el simulacro de ahogamiento. Pocos de los autores de estos actos han sido procesados; entre los que lo fueron, no hubo ninguno de alto rango. Desde los acontecimientos de Abu Ghraib, ha salido a la luz abundante información sobre estas prácticas ilícitas, pero, sin lugar a dudas, buena parte de la historia sigue sin conocerse. Alguna de esas prácticas, o todas, han dejado de utilizarse en Afganistán, Irak y Guantánamo, y en los “sitios negros” de la CIA... o tal vez no. A raíz de la ausencia de toda obligación de rendir cuentas al respecto, es difícil saber verdaderamente qué está sucediendo.

La otra es la forma en que han evolucionado esas técnicas de interrogatorio dentro del derecho (qué constituye tortura, qué no). Una cuestión que el Gobierno Bush procuraba mantener enteramente bajo su control ha llegado hasta los tribunales y el Congreso. A veces, la cuestión es definir los “malos tratos”; en otras ocasiones, se trata del derecho de las víctimas a reclamar en juicio. El Congreso y los tribunales han establecido prohibiciones de la tortura y otros malos tratos que se aproximan a las normas internacionales. Pero el Gobierno, con la ayuda del Congreso, ha procurado, hasta ahora con éxito, impedir que las posibles víctimas de malos tratos puedan iniciar una acción ante un tribunal de justicia.

100 Ley sobre las comisiones militares, nota 88 *supra*, 15.

101 La cuestión de si los Convenios de Ginebra son aplicables en forma directa nunca recibió una respuesta cabal de los tribunales estadounidenses. V., por ejemplo, *United States v. Noriega*, caso N.º 88-79-CR, Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, 8 de diciembre de 1992 (“Este Tribunal considera que el III Convenio de Ginebra se aplica directamente y que confiere al general Noriega el derecho de entablar una acción judicial en un tribunal estadounidense por la infracción de sus disposiciones” (Traducción CICR)).

Este partido de ping-pong en el que juegan tres participantes, las tres ramas del Gobierno estadounidense, no parece tener fin. Tampoco pareciera que hubiera recursos a la vista para las personas maltratadas en Guantánamo o Afganistán, o entregadas para ser torturadas en otros países. Mientras prosiga el debate sobre la tortura en los tribunales federales, en las salas del Congreso, y desde la oficina del presidente, no hay seguridad de que el Gobierno de Estados Unidos haya cesado la práctica de la tortura. La tortura no debería ser objeto de debate.