

Por encima de la ley: El Poder Ejecutivo después del 11 de Septiembre en Estados Unidos

Por Alison Parker y Jamie Fellner

Justicia para hoy, injusticia para mañana. Eso no es un buen gobierno.
- proverbio Asante, Ghana

Bueno gobierno de acuerdo con la ley

En la Italia del siglo XIV, Ambrosio Lorenzetti pintaba frescos en el salón municipal de Siena representando al buen y el mal gobierno mediante figuras alegóricas. Con sombras doradas, de azul cobalto, rojo y ocre, el fresco del buen gobierno presenta a la Justicia dos veces para reflejar su capital importancia. En una imagen clásica, aparece sentada sosteniendo la balanza de la sabiduría. El fresco del mal gobierno presenta a la figura entronizada de la Tiranía, sentada por encima de una Justicia derrotada y rodeada de piezas rotas de la balanza. El mensaje de Lorenzetti, basado en una revolución del pensamiento político, era claro: la justicia es fundamental para el buen gobierno. En el mal gobierno, el poder dominante se sitúa por encima de una Justicia derrotada y supina. La Justicia ya no protege al individuo—el poder ejecutivo actúa por encima de la ley y sin restricción.

En la Siena del Renacimiento, al igual que en el resto de Europa Occidental, los funcionarios que eran parte integrante del poder dominante imponían la justicia. Los gobiernos modernos han intentado garantizar la justicia mediante la creación de un sistema independiente e imparcial, capaz de pedir cuentas a los gobiernos y a los gobernados por las violaciones de la ley. Ciertamente, la separación de los tribunales del poder ejecutivo y la capacidad de éstos para examinar la constitucionalidad de las acciones ejecutivas ha sido una característica esencial del marco jurídico de Estados Unidos. De hecho, ha sido el eje fundamental del Estado de Derecho y de la protección de los derechos humanos en dicho país.

No obstante, desde que llegó a la presidencia de Estados Unidos, George W. Bush ha gobernado como si le hubieran otorgado un mandato abrumador para adoptar políticas que acentúan la fuerte autoridad del poder ejecutivo y desconfiar—si no menospreciar directamente—el papel de la judicatura. El Gobierno de Bush ha adoptado frecuentemente la posición de que los jueces federales defienden con demasiada frecuencia los derechos individuales en detrimento de las políticas elegidas por los poderes ejecutivo y legislativo, y ha procurado nominar a magistrados que comparten su filosofía política. Pero la preocupación es más fundamental que los jueces o las decisiones específicos: el gobierno parece intentar impedir cualquier revisión judicial seria de las medidas ejecutivas destinadas a promover la seguridad nacional y exige en cambio la deferencia de los tribunales incluso sobre el derecho máspreciado, el derecho a la libertad.

La mayoría de las preocupaciones de la opinión pública de Estados Unidos sobre las políticas posteriores al 11 de Septiembre se ha concentrado en la nueva autoridad del gobierno para vigilar, lo que incluye la capacidad de examinar detenidamente documentos empresariales, archivos de bibliotecas y otros datos de personas sobre las que puede que ni siquiera pese una sospecha concreta de complicidad con el terrorismo. Estas políticas pueden afectar mucho más a los ciudadanos de Estados Unidos que, por ejemplo, a la designación de “combatientes enemigos”, o la decisión de encarcelar a personas durante meses por infracciones relacionadas con sus visados. Pero estos últimos esfuerzos por recortar el derecho a la libertad y restringir o

eludir la protección judicial de dicho derecho pueden ser mucho más peligrosos para la forma general de gobierno de Estados Unidos. Los críticos de las iniciativas antiterroristas del gobierno han planteado la preocupación por que se estén sacrificando las libertades civiles a cambio de muy pocos beneficios para la seguridad nacional. Pero estas críticas no se han ocupado en general de cuestiones más fundamentales: ¿Quién debe decidir hasta dónde deben salvaguardarse los derechos individuales y quién debe determinar los requisitos de la justicia—el poder ejecutivo o el judicial? ¿Y quién debe determinar cuánto tiene derecho a saber el público sobre las políticas internas antiterroristas que violan los derechos individuales?

Muchas de las estrategias internas posteriores al 11 de Septiembre del gobierno de Bush cuestionan directamente el papel de los tribunales federales y administrativos en la restricción de las medidas ejecutivas, particularmente las relacionadas con los derechos humanos. Tras el 11 de Septiembre, el gobierno de Bush detuvo a más de mil personas presuntamente relacionadas con actividades terroristas o con conocimientos de las mismas, e impidió un examen judicial significativo de la mayoría de estas detenciones. Ha insistido en su derecho de ocultar al público la mayoría de los nombres de los detenidos en conexión con su campaña antiterrorista. Ha designado como “combatientes enemigos” a personas arrestadas en Estados Unidos y afirma tener autoridad para mantenerlos incomunicados en prisiones militares, sin cargos ni acceso a un abogado. Insiste en su autoridad exclusiva para mantener encarcelados indefinidamente y virtualmente incomunicados a cientos de hombres en su base militar de la Bahía de Guantánamo, Cuba, la mayoría de los cuales fueron detenidos durante la guerra de Estados Unidos en Afganistán. Ha autorizado procesos militares contra detenidos extranjeros de acuerdo con reglas que evitan un derecho significativo a la defensa y a la revisión de la apelación por un organismo civil.

En todas estas medidas, el gobierno de Bush ha amenazado el antiguo derecho de hábeas corpus de manera poco sorprendente quizá, ya que el hábeas “ha sido mantenido celosamente por los tribunales durante los tiempos como un medio de control de la usurpación ilegal del poder por parte del ejecutivo”.²⁴ El recurso de hábeas corpus, esbozado en 1215 en la Carta Magna y consagrado en la Constitución de Estados Unidos después de haber sido empleado durante años en Inglaterra, garantiza a toda persona privada de libertad un rápido y eficaz control judicial contra “todo tipo de confinamiento ilegal”.²⁵

El gobierno de Bush alega que la seguridad nacional—la necesidad de librar una “guerra contra el terrorismo” en toda regla—justifica su conducta. Por supuesto, son escasos los países que no han invocado la seguridad nacional para justificar arrestos y detenciones arbitrarias e ilegales. Y son muy pocos los gobiernos que no se han resistido al examen judicial o público de dichas medidas. Pero las acciones del gobierno estadounidense son especialmente inquietantes y los daños contra el Estado de Derecho pueden ser más duraderos en Estados Unidos porque es difícil prever el final de la amenaza terrorista que, según insiste el gobierno, garantiza sus acciones. Es improbable que el terrorismo global sea derrotado en un futuro previsible. ¿El gobierno de Estados Unidos tiene la intención de recluir a presos sin juicio hasta el final de sus visas? ¿Tiene la intención de que el público no sepa quién ha sido detenido hasta que no quede ningún terrorista en libertad?

Las políticas antiterroristas de Estados Unidos no sólo contradicen los principios entrelazados en la estructura política y legal del país, también se oponen a los principios internacionales de derechos humanos. Las diversas obligaciones gubernamentales dispuestas en los tratados de derechos humanos pueden entenderse como la obligación de tratar justamente a las personas. El imperativo de justicia está más explícitamente delineado con respecto a los derechos particularmente vulnerables a los poderes coercitivos o penales del gobierno, tales como el derecho a la libertad de la persona. El legislador de derechos humanos reconoce que la libertad individual no debe exponerse al libre albedrío de los gobernantes. Para garantizar el control del uso arbitrario o indebido del poder del Estado para detener, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ratificado por Estados Unidos, exige que los tribunales—no el poder

ejecutivo—decida sobre la legalidad de la detención.²⁶ El PIDCP también establece requisitos específicos para los procesos judiciales cuando esté en juego la libertad de una persona, lo que incluye que los juicios sean públicos. Incluso cuando tenga que imponerse un estado de excepción, la restricción del derecho a la libertad tienen que estar “estrictamente limitada a las exigencias de la situación”.²⁷

La justicia no puede existir sin respeto por los derechos humanos. Como se declara en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. La retórica del gobierno de Bush reconoce los derechos humanos e insiste en que la lucha contra el terrorismo es un combate por preservar “las demandas innegociables de la dignidad humana, el Estado de Derecho, los límites sobre el poder del Estado—y la igualdad ante la justicia”, como señaló el Presidente Bush en la ceremonia de graduación de la academia militar de West Point en junio de 2002. Pero las acciones del gobierno de Bush contradicen tan buenas palabras. En conjunto, las prácticas antiterroristas del gobierno de Bush representan un atentado tremendo contra los principios fundamentales de la justicia, la responsabilidad del gobierno y el papel de los tribunales.

Todavía no está claro si los tribunales permitirán que el poder ejecutivo logre su objetivo. Frente al conjuro gubernamental de la amenaza contra la seguridad nacional si no le permiten hacer lo que le plazca, una serie de tribunales se han mostrado demasiado dispuestos a renunciar a su obligación de examinar las acciones del gobierno y defender el derecho a la libertad. Durante épocas anteriores de crisis nacional, los tribunales estadounidenses también cayeron en la vergüenza de no proteger los derechos individuales—el internamiento de ciudadanos de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial, con el beneplácito de la Corte Suprema, es uno de los ejemplos más notorios. Mientras nuevos casos derivados de las acciones del gobierno se abren camino en el proceso judicial, cabe esperar que los tribunales reconozcan la amenaza sin precedentes para los derechos humanos y la justicia que plantea la imposición del poder unilateral del gobierno de Bush sobre la vida y la libertad de ciudadanos y no ciudadanos por igual.

Detenciones arbitrarias de infractores de visas

En un discurso poco después de los atentados del 11 de septiembre, el Fiscal General de Estados Unidos, John Ashcroft, dijo: “Que los terroristas que viven entre nosotros queden advertidos. Si se quedan más tiempo del que marca su visa, aunque sea un día, los arrestaremos. Si violan una ley local, los meteremos en la cárcel y estarán encerrados el mayor tiempo posible”.²⁸ El Fiscal General cumplió su amenaza utilizando toda una variedad de estrategias para asegurarse la detención de más de 1.200 extranjeros en Estados Unidos durante unos cuantos meses. No sabemos cuántos, si es que hubo alguno, de los detenidos eran terroristas. Sólo unos cuantos fueron acusados de cargos relacionados con el terrorismo. Pero sí sabemos que el proceso poco sistemático e indiscriminado con el que el gobierno encarceló a árabes y musulmanes resultó en cientos de detenciones que no pudieron ser efectivamente revisadas o recurridas porque el poder ejecutivo debilitó o ignoró los controles habituales del sistema de inmigración que sirven de salvaguardia contra la detención arbitraria.

El derecho a la libertad condiciona la capacidad de un gobierno para detener a personas con fines de aplicación de la ley—lo que incluye la protección de la seguridad nacional. Aunque este derecho no es absoluto, las detenciones arbitrarias, es decir, las detenciones incompatibles con los procedimientos establecidos por la ley o que son manifiestamente desproporcionadas, injustas, impredecibles o poco razonables, constituyen una violación del mismo. El derecho internacional y el derecho constitucional de Estados Unidos disponen varias salvaguardias para proteger a las personas de la detención arbitraria; lo que incluye la obligación de las autoridades de informar inmediatamente a los detenidos de los cargos contra ellos; la obligación de permitir

que los detenidos sean puestos en libertad bajo fianza a la espera de que concluya el proceso legal, cuando no existan razones en contra como el peligro que supone el acusado para la comunidad o el riesgo de huida; y la obligación de que el detenido tenga la posibilidad efectiva de recurrir judicialmente la legalidad de la detención. En el caso de cientos de detenidos después del 11 de Septiembre en Estados Unidos, el gobierno adoptó la política y la práctica de ignorar o debilitar dichas salvaguardias.

Lo hizo siguiendo una de sus principales estrategias internas posteriores al 11 de Septiembre: detener a todo el que pudiera tener alguna conexión con anteriores o futuras actividades terroristas y mantenerlo encarcelado mientras fuera necesario hasta completar sus investigaciones de dichas posibles conexiones. El derecho penal de Estados Unidos prohíbe la detención exclusivamente con el propósito de investigar, es decir, para determinar si la persona detenida sabe algo sobre las actividades delictivas o está implicado en éstas. La ley también prohíbe las detenciones “preventivas”, el encarcelamiento destinado a prevenir la posibilidad de que se cometan futuros delitos. La detención debe estar basada en una sospecha razonable de que el sospechoso cometió, intentó cometer o conspiró para cometer un delito. Los jueces—no el poder ejecutivo—tienen la última palabra, basada en las pruebas que se les presenten, sobre la existencia de dicha sospecha razonable. El gobierno de Bush eludió estas censuras legales de las detenciones investigativas o preventivas mediante el uso de arrestos por infracciones de las leyes de inmigración y las órdenes de detención de testigos esenciales. Al mismo tiempo, neutralizó o limitó la capacidad de los testigos para gozar de las protecciones contra la detención arbitraria, entre ellas el recurso a una revisión judicial significativa.

Inmediatamente después del 11 de Septiembre, el Departamento de Justicia comenzó un proceso aleatorio de interrogatorios a miles de extranjeros en Estados Unidos, principalmente a los hombres musulmanes nacidos fuera del país, de los que creyó o sospechó que podían tener información o conexiones con la actividad terrorista. Como consecuencia, fueron detenidos y encarcelados al menos 1.200 extranjeros en Estados Unidos, 752 de los cuales fueron acusados de infracciones de las leyes de inmigración.²⁹ Estos denominados detenidos migratorios de “especial interés” fueron considerados presuntamente culpables de conexiones con el terrorismo y encarcelados durante meses hasta que el gobierno dictaminó que no existían tales conexiones. En febrero de 2002, el Departamento de Justicia reconoció que la mayoría de los detenidos de “especial interés” originalmente arrestados ya no eran de interés para sus esfuerzos antiterroristas y no se formularon cargos contra ninguno de ellos por delitos relacionados con los atentados del 11 de Septiembre. La mayoría fueron deportados por violar las condiciones de sus visas.

En la práctica, el Departamento de Justicia utilizó los procedimientos administrativos contemplados en la ley de inmigración para poder detener e interrogar a presuntos terroristas sin concederles los derechos y protecciones que dispone el sistema penal de Estados Unidos. Las salvaguardias para los detenidos migratorios son muy inferiores a las de los acusados penalmente, y el gobierno de Bush se afaná por debilitar las salvaguardias existentes. Human Rights Watch y otros grupos han documentado las diferentes maneras en que el gobierno pisoteó los derechos de estos detenidos de especial interés.³⁰ En junio de 2003, la Inspección General del Departamento de Justicia publicó un informe general sobre el trato a los detenidos en relación con el 11 de Septiembre que confirmaba una práctica sistemática de abusos y retrasos en el caso de los “detenidos, a los que se negó la fianza y la oportunidad de salir del país--”. El resultado para muchos detenidos fue su detención continuada en duras condiciones de reclusión”.³¹

Por ejemplo, a diferencia de los presuntos criminales, los detenidos migratorios no tienen derecho a un abogado designado por un tribunal, pero tienen derecho a buscarse un abogado privado pagado por ellos mismos, Pero en el caso de los detenidos en relación con el 11 de Septiembre, los funcionarios pusieron muchas barreras a la obtención de un representante legal.³² Los detenidos no fueron informados de su derecho a un abogado o les disuadieron de

que ejercieran dicho derecho. El Servicio de Inmigración y Naturalización (INS), una división del Departamento de Justicia,³³ no informó a los abogados del lugar dónde estaban confinados sus clientes o de la fecha de las vistas judiciales. En algunos centros, los detenidos sólo pudieron hacer una llamada telefónica a la semana, aunque sólo fuera para encontrar o hablar con un abogado; una llamada que aunque no se conectara se contabilizó como la única llamada permitida. Al no contar con acceso inmediato a un abogado, estos detenidos de “especial interés” no pudieron quejarse de las violaciones de las normas de inmigración a las que estaban siendo sometidos, tales como estar detenidos durante semanas sin cargos (algunos estuvieron detenidos durante meses antes de que se presentaran los cargos contra ellos). El gobierno nunca reveló las presuntas relaciones con el terrorismo que provocaron su arresto, lo que les impidió demostrar su inocencia. El gobierno también se aprovechó de la falta de abogado para realizar interrogatorios en los que trataron asuntos tanto penales como migratorios (de acuerdo con el derecho penal, los sospechosos tienen derecho a contar con la presencia de un abogado durante los interrogatorios, lo que incluye asistencia legal gratuita cuando sea necesario).

En la mayoría de los procesos de inmigración sobre la violación de las condiciones de una visa, el período de detención de los extranjeros en Estados Unidos es breve. Se celebra una vista para dictar fianza con relativa rapidez una vez que se han formulado los cargos y, a no ser que existan razones para creer que el detenido supone un peligro para la comunidad o puede fugarse, los jueces de inmigración permiten su libertad bajo fianza. En el caso de los detenidos de especial interés, sin embargo, el Departamento de Justicia adoptó varias políticas y prácticas para asegurarse de que no obtuvieran la libertad hasta que se determinara que no tenían relaciones con el terrorismo. Por ejemplo, de acuerdo con el proceso administrativo, los jueces de inmigración no examinan inmediatamente la existencia de causas razonables para la detención; las vistas no se programan hasta que no se hayan formulado cargos. El retraso de semanas, y en ciertos casos meses, en la presentación de cargos por parte del gobierno tuvo la consecuencia práctica de crear largas dilaciones en la revisión judicial de las detenciones. Además, el gobierno instó a los jueces de inmigración a que dictarán fianzas absurdamente elevadas que el detenido nunca podría pagar o negarán simplemente la libertad bajo fianza, alegando que el detenido debía estar recluido hasta que el gobierno pudiera descartar la posibilidad de que estuviera relacionado con los atentados del 11 de Septiembre o tuviera conocimientos sobre éstos.

El INS también dictó una nueva regla que le permitía mantener recluido a un detenido si la fianza inicial se hubiera fijado en más de 10.000 dólares, aunque un juez de inmigración ordenara su puesta en libertad. Dado que el INS establece el valor de la fianza inicial, esta regla posibilitó que el Departamento de Justicia se asegurara de que los detenidos permanecerían recluidos. Además, hubo casos en los que el Departamento de Justicia se negó a poner en libertad a un detenido de especial interés, aunque un juez lo hubiera ordenado, porque todavía no se había determinado que no tuviera conexiones con el terrorismo. De hecho, el INS utilizó esta razón para mantener recluidos a ciertos detenidos incluso después de que se hubiera ordenado su deportación, a pesar de que el INS tiene la obligación legal de expulsar con toda prontitud a los extranjeros y, en cualquier caso, en un plazo máximo de 90 días desde la fecha de la orden de deportación. En definitiva, mediante estos y otros mecanismos, el proceso de inmigración al que fueron sometidos los detenidos de especial interés invirtió efectivamente la presunción de inocencia—los extranjeros detenidos en Estados Unidos por infracciones de la ley de inmigración fueron encarcelados hasta que el gobierno concluyó que no tenían relaciones con actividades criminales terroristas. Como resultado de ello, los detenidos de especial interés estuvieron encarcelados un promedio de 80 días, y en algunos casos hasta ocho meses, mientras esperaban que la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) determinara que no tenían relación con el terrorismo.

Las víctimas de los largos retrasos fueron extranjeros detenidos accidentalmente por el FBI o el INS, así como aquellos sobre los que el gobierno tenía realmente razones para creer que tenían conexiones con el terrorismo. Una vez calificados de “especial interés”, los que de hecho no eran

de interés no podían someterse a un proceso más rápido. Como señaló la Inspección General, las largas investigaciones “tuvieron enormes ramificaciones”, ya que los detenidos “languidecieron” en la cárcel mientras esperaban que se limpiaran sus nombres.³⁴

A pesar de las críticas mordaces del Inspector General contra el trato del gobierno a los detenidos, el Departamento de Justicia no se arrepintió de su conducta y emitió un comunicado afirmando que “no pedía disculpas por buscar todas las vías legales posibles para proteger al pueblo americano de nuevos atentados terroristas. Las consecuencias de no hacerlo podrían ser la vida o la muerte”.³⁵ Hasta octubre de 2003, el poder ejecutivo sólo había adoptado dos de las 21 recomendaciones del Inspector General para prevenir una repetición de los problemas documentados.

Arrestos y vistas secretas para detenidos de especial interés

La historia deja pocas dudas de que cuando el gobierno priva a las personas de su libertad en secreto, los derechos humanos y la justicia se ven amenazados. En Estados Unidos, las detenciones por infracciones de las leyes de inmigración han sido tradicionalmente públicas. No obstante, de las 1.200 personas detenidas en conexión con las investigaciones posteriores al 11 de Septiembre en Estados Unidos, aproximadamente un millar fueron detenidas en secreto.³⁶ El gobierno hizo públicos los nombres de un centenar de detenidos con cargos penales, pero se ha negado a revelar los nombres, el lugar de detención, los nombres de los abogados y otra información importante sobre los detenidos por violar las leyes de inmigración. Incluso ahora se niega a revelar los nombres de personas que fueron deportadas hace tiempo.

El secreto que rodeó las detenciones tuvo una repercusión muy real y negativa sobre la capacidad de los detenidos para defenderse. Hizo difícil que los familiares y los abogados localizaran a los detenidos—que fueron trasladados con frecuencia; impidió que las organizaciones de servicios legales contactaran con detenidos que pudieran necesitar a un abogado; y evitó que organizaciones tales como Human Rights Watch se pusieran en contacto directo con los detenidos y hablaran con ellos sobre el trato recibido durante los arrestos y detenciones.

El 29 de octubre de 2001, Human Rights Watch y otros grupos solicitaron los nombres de los detenidos, los de sus abogados y los lugares donde estaban detenidos, de acuerdo con la Ley de Libre Acceso a la Información (Freedom of Information Act, FOIA) de Estados Unidos—una ley que ordena al gobierno revelar información a no ser que se cumplan ciertas excepciones limitadas. El Departamento de Justicia denegó la solicitud. Cuando Human Rights Watch y otros grupos llevaron el caso ante los tribunales para recurrir la negativa del gobierno, este último insistió en que la revelación de los nombres supondría una amenaza para la seguridad nacional, especulando sobre las diferentes situaciones perjudiciales que podrían producirse si se hicieran públicos los nombres. Por ejemplo, afirmó que la revelación de los nombres ofrecería a los terroristas un mapa de ruta de las iniciativas antiterroristas del gobierno. Este argumento parecía particularmente especioso ya que era improbable que una organización terrorista sofisticada no supiera que sus miembros habían sido detenidos por el gobierno de Estados Unidos, especialmente sabiendo que los detenidos eran libres de ponerse en contacto con quien quisieran.

En agosto de 2002, un tribunal federal del distrito rechazó los argumentos del gobierno en defensa de la confidencialidad y ordenó que se hiciera pública la identidad de los detenidos en conexión con la investigación sobre el 11 de Septiembre. El juez calificó las detenciones secretas de “detestables para una sociedad democrática—y profundamente antitéticos de los valores fundamentales que caracterizan a una sociedad libre y abierta como la nuestra”.³⁷ Sin embargo,

en junio de 2003, el tribunal de apelaciones revocó la decisión. En un comentario de disenso apasionado, un magistrado señaló:

El Congreso decidió exigir una revisión judicial significativa de todas las excepciones presentadas por el gobierno [FOIA]. Por mucho que se preocupe de los principios de la separación de poderes en este caso, el tribunal viola dichos principios al renunciar esencialmente a su responsabilidad de aplicar la ley como la escribió el Congreso.³⁸

En octubre de 2003, Human Rights Watch y otras 23 organizaciones pidieron a la Corte Suprema de Estados Unidos que revocara la decisión del tribunal de apelaciones y ordenara al Departamento de Justicia que revelara los nombres.

Mientras tanto, el Departamento de Justicia impuso el secreto general sobre todas las actas de los 600 juicios de inmigración relacionados con detenidos de especial interés, por lo que ni siquiera los familiares más cercanos tuvieron acceso a las vistas judiciales. La política de secretismo se extendió incluso a las propias notificaciones de los juicios: se ordenó a los tribunales que no facilitaran ninguna información sobre si el caso estaba pendiente de juicio o se había programado la fecha de la vista.³⁹ El Departamento de Justicia nunca ha ofrecido una razón convincente para esta política de confidencialidad, especialmente teniendo en cuenta que los procesos de deportación se limitan típicamente a una simple averiguación de si la persona estaba legalmente presente en Estados Unidos, una determinación que no debería exigir la revelación de ninguna información clasificada. Es más, si el Departamento de Justicia tenía la intención de presentar información clasificada durante un juicio, la simple celebración a puerta cerrada de las partes del proceso en las que se fueran a presentar dichos documentos podría haber protegido la seguridad nacional.

Los periódicos interpusieron dos demandas en contra de los juicios secretos, alegando que la política de secreto general violaba el derecho constitucional del público a saber “cuáles son las intenciones de su gobierno”. En uno de los casos, un tribunal de apelaciones falló en contra de dicha política en agosto de 2002. El tribunal no escatimó palabras para explicar lo que estaba siendo amenazado por la insistencia del gobierno en el secretismo y declaró:

El Poder Ejecutivo intenta desentrañar la vida de las personas, fuera del control del público y a puerta cerrada. Las democracias mueren detrás de las puertas cerradas. La Primera Enmienda, protege, mediante la libertad de prensa, el derecho de las personas a saber que su gobierno actúa justamente, legítimamente y acertadamente en los procesos de deportación. Cuando el gobierno empieza a cerrar puertas, controla selectivamente información que por derecho pertenece al dominio público.⁴⁰

El gobierno no quiso apelar esta decisión ante la Corte Suprema.

En el segundo caso, un tribunal federal de apelaciones confirmó el secreto de sumario y concluyó que la necesidad de seguridad nacional era mayor que el derecho a acceder a información sobre los procesos de deportación. En mayo de 2003, la Corte Suprema declinó revisar dicha decisión. Es significativo que en su escrito en contra de que la Corte Suprema conociera el caso, el gobierno de Estados Unidos se distanciara de la política de secreto general, declarando que ya no se estaban celebrando juicios secretos y que sus políticas relacionadas con el secreto de sumario estaban siendo revisadas y serían “probablemente” modificadas.

Órdenes de detención de testigos esenciales

Además de las infracciones migratorias, el gobierno de Bush ha utilizado las denominadas órdenes de detención de testigos esenciales para someter a personas de interés para su

investigación sobre el terrorismo a la “detención preventiva” y minimizar el examen judicial de estas detenciones. La legislación de Estados Unidos permite la detención de un testigo cuando su testimonio sea esencial para un proceso penal, y cuando se corra el riesgo de que el testigo se fugue antes de declarar. Según el Departamento de Justicia, el gobierno ha empleado la ley sobre testigos esenciales para asegurarse la detención de menos de 50 personas (se ha negado a dar una cifra exacta) en conexión con las investigaciones sobre el 11 de Septiembre.⁴¹

El gobierno de Estados Unidos ha obtenido órdenes de detención de testigos esenciales alegando que tienen información que ofrecer a los jurados de instrucción (*grand juries*) que investigan los crímenes del 11 de Septiembre. La información disponible sobre estos casos indica que el gobierno estaba haciendo un mal uso de las órdenes de detención de testigos esenciales para arrestar a personas que, según creía, podrían saber algo sobre los atentados—pero que no podían ser detenidas por infracciones migratorias o sobre las que no existían suficientes pruebas para formular cargos. De hecho, en muchos de los casos, los testigos nunca comparecieron ante un jurado de instrucción y estuvieron detenidos durante semanas o meses—en condiciones punitivas—mientras el gobierno los interrogaba y proseguía con sus investigaciones.⁴² Por ejemplo, Eyad Mustafa Alrabah fue detenido como testigo esencial durante más de dos meses después de presentarse voluntariamente a una oficina del FBI para informar de que había conocido brevemente a cuatro de los presuntos secuestradores en su mezquita en marzo de 2001. Durante su detención, le hicieron desnudarse y registraron sus cavidades físicas regularmente y le mantuvieron aislado con la luz constantemente encendida en su celda. Alrabah, sin embargo, nunca declaró ante un jurado de instrucción.

El *Washington Post* informó en noviembre de 2002 que, de los 44 hombres que había identificado como detenidos por ser testigos esenciales desde el 11 de Septiembre de 2001, casi la mitad nunca habían comparecido ante un jurado de instrucción. En varios de los casos, se acusó finalmente de delitos a hombres detenidos originalmente como testigos esenciales—reforzando la sospecha de que el gobierno estaba utilizando la designación de testigos esenciales como pretexto hasta que tuviera tiempo para acumular las pruebas necesarias para formular cargos contra ellos. Un serie de testigos languidecieron en la cárcel durante meses o fueron finalmente deportados por cargos penales o de inmigración no relacionados con el 11 de Septiembre que fueron sustentados con las pruebas reunidas por el gobierno durante su detención como testigos esenciales.

Se suponía que las órdenes de detención de testigos esenciales sirven para garantizar el testimonio en un proceso penal cuando el testigo no pudiera ser citado a declarar de otro modo o cuando exista un serio riesgo de que se fugue antes de testificar. En los casos relacionados con el 11 de Septiembre, al menos ciertos tribunales han aceptado con escaso análisis las alegaciones del gobierno de que estos requisitos se cumplen. A instancias del gobierno, los tribunales también han aceptado restringir el acceso de los abogados de los detenidos a las pruebas del gobierno, lo que ha dificultado, si no imposibilitado, que éstos puedan objetar contra la necesidad de la detención. Por ejemplo, en algunos casos, los abogados sólo pudieron revisar rápidamente en el tribunal las pruebas que sustentaban la petición de una orden de detención y no pudieron examinar detenidamente la información con sus clientes hasta que se inició el juicio. Además, el gobierno ha alegado en al menos ciertos casos que la mayoría de testigos árabes y musulmanes planteaban un peligro de fuga simplemente por ser extranjeros (a pesar de que algunos son residentes permanentes legales), y tener familia en el extranjero. El argumento del gobierno equivalía a una asombrosa asunción de que no se puede contar con que los millones de extranjeros residentes en Estados Unidos con familia fuera del país cumplan la legislación nacional y testifiquen cuando sean citados.

El gobierno Bush ha mantenido encarcelados a los testigos esenciales durante largos períodos, en algunos casos durante meses, y los ha sometido a las mismas condiciones de reclusión que se ofrecen a los presos provisionales o condenados. De hecho, algunos han estado detenidos en

solitario y sometidos a las medidas de seguridad que se reservan normalmente para las personas sumamente peligrosas.

El Departamento de Justicia ha argumentado que debe mantener la confidencialidad de toda la información relacionado con los testigos esenciales porque “revelar dicha información específica iría en perjuicio de la guerra contra el terrorismo y la investigación de los atentados del 11 de Septiembre”, y que la legislación de Estados Unidos exige que se mantenga el secreto de sumario sobre toda la información relacionado con los procedimientos del jurado de instrucción.⁴³ Se ha negado a identificar qué información específica debe mantenerse en secreto por su importancia para el proceso de instrucción y los intereses de la seguridad nacional. En cambio, no sólo ha mantenido en secreto la identidad de los testigos, sino que también se ha negado a revelar la cantidad real de testigos, las razones por las que fueron detenidos y la duración y la ubicación de su detención. Mantener en secreto las circunstancias de la detención de testigos inocentes plantea serias preocupaciones. Como ha declarado recientemente un tribunal: “Ocultar dicha información podría crear una percepción entre la opinión pública de que un miembro de la comunidad ha sido arrestado sin cargos y encarcelado secretamente por el gobierno”.⁴⁴

Ejercicio de la autoridad presidencial en tiempo de guerra

Desde el 11 de Septiembre, el gobierno de Bush ha mantenido que la autoridad del presidente en tiempo de guerra como comandante en jefe le permite detener indefinidamente y sin cargos a todo el que sea designado como “combatiente enemigo” en la “guerra contra el terrorismo”. Partiendo de esta base, el gobierno tiene actualmente detenidos e incommunicados a tres hombres en prisiones militares de Estados Unidos y a unos 660 extranjeros en la Bahía de Guantánamo en Cuba. Con respecto a los tres detenidos en Estados Unidos, el gobierno ha defendido enérgicamente que los tribunales estadounidenses deben deferirle su decisión de recluirlas como “combatientes enemigos”. Con respecto a los detenidos en Guantánamo, el gobierno alega que ningún tribunal regular de Estados Unidos tiene jurisdicción para revisar su detención. También ha autorizado la creación de tribunales militares para juzgar a extranjeros acusados de cometer actos de terrorismo; según lo propuesto, estos tribunales eluden importantes garantías procesales, lo que incluye la oportunidad de presentar una defensa y el derecho a una revisión judicial independiente. La actuación del gobierno demuestra una creencia peligrosa en que, en la lucha contra el terrorismo, el poder ejecutivo está por encima de la ley.

Combatientes enemigos detenidos en Estados Unidos

El Presidente Bush se ha arrogado las facultades militares de un comandante en jefe en tiempo de guerra para justificar el incumplimiento de los requisitos del derecho penal de Estados Unidos. El gobierno argumenta que los presuntos terroristas no tienen que tratarse como delincuentes, dado que son enemigos en la guerra contra el terrorismo. En los meses y años transcurridos desde la detención de estos sospechosos en Estados Unidos, el poder ejecutivo no ha intentado llevarlos a juicio. En cambio, afirma su autoridad para someterlos a una reclusión indefinida y posiblemente perpetua en prisiones militares partiendo de la decisión presidencial de que son combatientes enemigos. Aunque no existe una guerra en curso, en ningún sentido tradicional, en Estados Unidos y el sistema judicial es plenamente operativo, el gobierno de Bush alega que los atentados del 11 de Septiembre han convertido todo el territorio nacional en un campo de batalla en el que puede ejercer su prerrogativa militar de detener a combatientes enemigos.

Hasta la fecha, el gobierno de Estados Unidos ha designado como combatientes enemigos a dos ciudadanos estadounidenses y a un extranjero residente en Estados Unidos con una visa de estudiante. Uno de los ciudadanos estadounidenses, Yaser Esam Hamdi, fue presuntamente capturado durante los combates en Afganistán y fue trasladado a Estados Unidos cuando las fuerzas armadas se dieron cuenta de que era ciudadano. Los otros dos, José Padilla, ciudadano de Estados Unidos, y Ali Saleh Kahlah al Marri, estudiante de Qatar, fueron detenidos en Estados Unidos: Padilla estaba saliendo de un avión en Chicago después de un viaje al extranjero y Al Marri estaba durmiendo en su casa.

El gobierno de Bush afirmó inicialmente que estos combatientes enemigos no tenían derecho a recurrir judicialmente su detención, a pesar de que son ciudadanos de Estados Unidos y residen en el país. El Departamento de Justicia aceptó finalmente que disfrutaban del derecho constitucional a presentar un recurso de hábeas corpus, pero ha luchado tenazmente para negarles la posibilidad de reunirse con un abogado para defenderse en los procedimientos judiciales—mucho menos de estar presentes en el juicio—y ha insistido en que los tribunales deben esencialmente aprobar maquinalmente su declaración de que son combatientes enemigos sin derecho a las garantías del sistema de justicia penal.

En el caso del ciudadano estadounidense José Padilla,⁴⁵ el 4 de diciembre de 2002, un tribunal federal de distrito confirmó la autoridad del gobierno para ordenar la detención sin juicio de ciudadanos considerados combatientes enemigos. El tribunal también consideró suficiente que el gobierno tuviera “alguna prueba” para examinar la conclusión presidencial de que Padilla estaba “implicado en una misión contra Estados Unidos en representación de un enemigo con el que Estados Unidos está en guerra”. Pero los abogados de Padilla lograron convencer al tribunal de que el derecho de Padilla a presentar un recurso de hábeas corpus conlleva el derecho a poder reunirse con sus abogados. El gobierno ha apelado esta decisión y el caso está pendiente del fallo del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito.

Ali Saleh Kahlah al-Marri, un ciudadano catari que entró en Estados Unidos con una visa de estudiante, fue detenido y acusado por un jurado de instrucción federal de mentir presuntamente a los investigadores, fraude con tarjeta de crédito y otros actos fraudulentos.⁴⁶ Sin embargo, después de que se dictara el auto de procesamiento, el poder ejecutivo decidió designarlo como combatiente enemigo y lo trasladó a una base de la Armada en Carolina del Sur, el 23 de junio de 2003. El gobierno explicó que determinó que Al Marri eran un combatiente enemigo gracias a la información recogida en los interrogatorios de un oficial de al Qaeda acusado.⁴⁷ Los recursos legales contra su detención han sido frenados hasta ahora por una disputa sobre los límites jurisdiccionales entre los abogados de Al Marri y el gobierno con respecto a qué tribunal puede conocer su petición de hábeas corpus.⁴⁸

Dos años después de la caída del gobierno talibán, Yaser Esam Hamdi, ciudadano estadounidense, sigue bajo custodia militar sin cargos. Según el gobierno de Estados Unidos, Hamdi estaba “alistado” en una unidad talibán en la guerra de Afganistán. La unidad se entregó a las fuerzas afganas de la Alianza Norte en noviembre de 2001 y Hamdi fue entregado a las fuerzas armadas de Estados Unidos.⁴⁹ En el proceso sobre su petición de hábeas corpus, un tribunal federal de distrito señaló: “este caso parece ser el primero en la jurisprudencia estadounidense en que un ciudadano de Estados Unidos ha sido mantenido incomunicado y sometido a una detención indefinida dentro del territorio nacional, sin cargos, sin ningún fallo de un tribunal militar y sin acceso a un abogado”.⁵⁰ Sin embargo, el tribunal de distrito y un tribunal de apelaciones coincidieron en que el presidente tenía la autoridad constitucional para designar a combatientes enemigos. Además, un tribunal de distrito dictaminó que Hamdi tenía derecho a reunirse con sus abogados, pero un tribunal de apelaciones revocó esta decisión.⁵¹

Para respaldar su opinión de que Hamdi había sido debidamente designado como combatiente enemigo, el gobierno presentó un vaga declaración de nueve párrafos de un funcionario del Departamento de Defensa llamado Michael Mobbs. El gobierno argumentó que la “declaración

de Mobbs” constituía “alguna prueba” de que Hamdi era un combatiente enemigo, y que esto era suficiente. Tras varias vistas judiciales,⁵² un tribunal de apelaciones aceptó la designación de combatiente enemigo por no tener una “convicción clara” de que su detención como tal era “incompatible con la Constitución o las leyes aprobadas por el Congreso”.⁵³

Aunque el tribunal de apelaciones dijo que la participación de Hamdi en los combates en Afganistán no se había disputado, no habló de cómo podría disputar estos hechos sin que le hubieran ofrecido la posibilidad de declarar, permitido reunirse con su abogado ni dirigirse directamente al tribunal. El 1 de octubre de 2003, sus abogados presentaron un escrito pidiendo a la Corte Suprema que revisara su caso. El 3 de diciembre de 2003, antes de que la Corte Suprema decidiera si aceptaba a trámite el caso, los funcionarios del Departamento de Defensa volvieron a cambiar su posición y declararon que Hamdi podría ver a un abogado por primera vez en dos años. Pero el gobierno adoptó esta postura “por pura discrecionalidad y política militar; el derecho nacional o internacional no exigen dicho acceso y no debe considerarse un precedente”.⁵⁴ Mientras que permitir el acceso de Hamdi a un abogado resolvió una de las cuestiones planteadas ante la Corte Suprema, todavía quedan otros asuntos pendientes de resolver.

Si la Corte Suprema de Estados Unidos considera suficiente la existencia de “alguna prueba”, el derecho de hábeas corpus se verá seriamente debilitado. En el caso Padilla, por ejemplo, la declaración de Mobb presentada por el gobierno hace referencia a informes de inteligencia de fuentes confidenciales cuya corroboración no se especifica. Es más, la declaración reconoce incluso que existen razones para dudar de la fiabilidad de los informantes.

El gobierno de Estados Unidos afirma que su trato a Padilla, Hamdi y Al Marri está autorizado por el derecho de la guerra (también conocido como derecho internacional humanitario). Durante un conflicto armado internacional, las leyes de la guerra permiten la detención de soldados enemigos capturados hasta el final del conflicto; no es necesario formular cargos contra ellos o enjuiciarlos. Pero el gobierno de Estados Unidos está intentando convertir al mundo entero en un campo de batalla dentro de la amorfía, mal definida y muy probablemente interminable “guerra contra el terrorismo”. Siguiendo su lógica, cualquier persona considerada asociada en cualquier modo con terroristas puede ser encarcelada indefinidamente sin exponer ninguna prueba y sin darle ninguna oportunidad para defender su inocencia. El objetivo de las leyes de la guerra nunca fue vulnerar los derechos fundamentales de las personas, ya sean combatientes o civiles, pero la reinterpretación que le ha dado el gobierno hace exactamente eso.

Los detenidos en Guantánamo

Durante dos años, el gobierno de Estados Unidos ha tenido encarcelados a un total de más de 700 personas, la mayoría de las cuales fueron capturadas durante o inmediatamente después de la guerra en Afganistán, en una base naval en la Bahía de Guantánamo, Cuba. Estados Unidos ha afirmado su autoridad para ejercer el poder absoluto sobre el destino de las personas recluidas en lo que el gobierno ha intentando convertir en una tierra de nadie a efectos legales.

Los detenidos estuvieron encerrados primero en jaulas improvisadas, después en celdas dentro de edificios prefabricados. Han permanecido prácticamente incomunicados. A parte de los funcionarios del gobierno estadounidense y de los funcionarios de embajadas y seguridad de los países de origen de los detenidos, sólo el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha podido visitar a los prisioneros, pero los métodos confidenciales de funcionamiento de la organización le impiden informar públicamente sobre las condiciones de la detención. A pesar de ello, en octubre, el CICR señaló que había constatado “un deterioro preocupante en la salud mental de un gran número” de detenidos atribuible a la incertidumbre sobre su destino; 32 de ellos han intentado suicidarse.⁵⁵ El gobierno de Bush no ha permitido que los familiares, abogados o grupos derechos humanos, incluido Human Rights Watch, visiten la base, mucho menos a los

detenidos. Aunque han podido visitar la base y hablar con los funcionarios encargados, no se ha permitido a los medios de comunicación hablar con los detenidos y los han mantenido tan alejados de ellos que sólo pudieron ver sus sombras proyectadas sobre las paredes de las celdas. Los detenidos han podido comunicarse esporádicamente con sus familiares a través de cartas censuradas.

El gobierno de Bush ha afirmado que todos los enviados a Guantánamo son combatientes y terroristas curtidos, lo “peor de lo peor”. Sin embargo, los funcionarios estadounidenses han dicho a los periodistas que al menos algunos de los prisioneros de Guantánamo tienen muy poca o ninguna relación con la guerra de Estados Unidos en Afganistán o contra el terrorismo. Entre los detenidos de Guantánamo se encontraba hombres muy ancianos y menores de edad, entre ellos tres niños de entre 13 y 15 años que estaban reclusos en instalaciones separadas. El gobierno de Estados Unidos reconoce que en la base están detenidos muchachos de 16 y 17 años junto con los adultos, pero—sin dar explicación alguna—se niega a dar una cifra exacta. Unos 60 detenidos han sido puestos en libertad porque Estados Unidos decidió que ya no tenía interés en ellos.

Según el gobierno de Bush, los detenidos de Guantánamo no tienen derecho a revisión judicial alguna de su detención, ni siquiera por un tribunal militar. El gobierno insiste en que las leyes de la guerra le conceden la autoridad sin trabas de retener a combatientes mientras continúe la guerra—y argumenta que la “guerra” en cuestión es la guerra contra el terrorismo, no el hace tiempo concluido conflicto armado internacional en Afganistán, durante el que fueron capturados la mayoría de los prisioneros en Guantánamo.⁵⁶

El gobierno de Bush ha ignorado los Convenios de Ginebra y la larga tradición militar de Estados Unidos por los que los combatientes capturados deben ser tratados como prisioneros de guerra a no ser y hasta que un “tribunal competente” determine lo contrario. En lugar de determinar individualmente cada caso, como exigen los Convenios de Ginebra, el gobierno Bush adoptó la determinación general de que ninguna persona capturada en Afganistán tenía derecho al estatuto de prisionero de guerra. Por lo tanto, Estados Unidos está recluyendo indebidamente sin cargos ni juicio a soldados talibanes y desventurados civiles detenidos por error, así como a presuntos terroristas arrestados fuera de Afganistán que deberían ser enjuiciados por tribunales civiles.

El gobierno de Bush, en su determinación de crearse un lugar en el mundo más allá del alcance de la ley, ha ignorado repetidamente las protestas de los gobiernos de los detenidos y las instituciones intergubernamentales tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Relator Especial de la ONU sobre la independencia de jueces y magistrados, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la detención arbitraria y el Alto Comisionado de las ONU para los Derechos Humanos. Sin haber expuesto nunca un argumento detallado sobre por qué sus acciones son legítimas de acuerdo con las leyes de la guerra y el derecho internacional de derechos humanos, el gobierno de Estados Unidos se ha limitado a insistir en que la seguridad nacional justifica el encarcelamiento indefinido de los detenidos de Guantánamo sin cargos ni revisión judicial.

Hasta ahora, el gobierno de Estados Unidos ha podido bloquear el control judicial de las detenciones en Guantánamo. En dos casos, los tribunales federales de distrito y de apelaciones han coincidido con el Departamento de Justicia en que carecen de jurisdicción para conocer las peticiones de hábeas corpus porque los prisioneros están detenidos fuera del territorio soberano de Estados Unidos.⁵⁷ Este fallo está basado en la ficción jurídica de que Guantánamo sigue bajo la autoridad legal de Cuba. Estados Unidos tiene un contrato perpetuo de arrendamiento del terreno que ocupa en Cuba, lo que le otorga plena autoridad y control sobre la base a no ser que ambos países acuerden la rescisión del contrato.

De acuerdo con el derecho internacional, un Estado es legalmente responsable del disfrute personal de los derechos humanos en todas las zonas sobre las que ejerce un “control efectivo”. La protección de los derechos exige que las personas cuyos derechos se vulneran cuenten con un recurso efectivo, lo que incluye la decisión sobre el mismo por una autoridad apropiada y competente prevista por el Estado.⁵⁸ Esto hace aún más inquietantes los esfuerzos del gobierno de Bush por bloquear el control de los tribunales y frustrar el escrutinio de la prensa y la opinión pública. Ningún gobierno debería poder crear una prisión donde pueda ejercer un poder absoluto incontrolado sobre los que están encerrados.

El 11 de noviembre de 2003, la Corte Suprema decidió revisar las decisiones de los tribunales inferiores rechazando la jurisdicción sobre las peticiones de hábeas corpus de los detenidos. Grupos de ex prisioneros de guerra estadounidenses, diplomáticos, jueces federales, oficiales militares, organizaciones no gubernamentales y hasta Fred Korematsu, estadounidense de origen japonés internado por Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial, han presentado escritos de apoyo. Hasta que el tribunal emita su fallo en junio o julio de 2004, los detenidos quedarán en un limbo legal, sin un tribunal ante el que poder recurrir su detención.

Los tribunales militares

Los juicios justos en tribunales imparciales e independientes son indispensables para la justicia y un requisito del derecho internacional de derechos humanos y humanitario. No obstante, el gobierno tiene planeado que al menos algunas de las personas acusadas de participar en el terrorismo sean juzgadas por comisiones militares especiales con el riesgo de parodiar las normas de la justicia.

Las comisiones militares, autorizadas por el Presidente Bush en noviembre de 2001 para juzgar a presuntos terroristas extranjeros, contarán con ciertas garantías procesales—incluidas la presunción de inocencia, la apertura ostensible de los procesos y el derecho a un abogado y a repreguntar a los testigos. Sin embargo, las garantías procesales sirven de poco mientras no se protejan los derechos del acusado en todo el proceso. El reglamento establecido por el Pentágono incumple rotundamente esta condición.

Lo más inquietante es quizá la ausencia de revisión judicial alguna de las decisiones adoptadas por las comisiones, incluidas las sentencias firmes. El poder ejecutivo se hará cargo de cualquier revisión, lo que convierte efectivamente al gobierno de Bush en fiscal, juez, jurado y, dada la existencia de la pena de muerte, posible verdugo. No se contempla el derecho a recurrir a un tribunal civil independiente e imparcial, en contraste con el derecho recogido en el sistema de justicia militar de Estados Unidos a recurrir el veredicto de un consejo de guerra a un tribunal civil de apelaciones y, en última instancia, a la Corte Suprema. Otro aspecto que también hace sospechar de la imparcialidad de los procesos son las órdenes mordaza o de confidencialidad dictadas por el Pentágono, que prohíben a los abogados de la defensa hablar públicamente sobre los procedimientos judiciales sin una aprobación militar previa—y que les prohíben incluso hablar de cualquier cosa relacionada con alguna de las partes confidenciales de los juicios.

El derecho a la defensa se ve comprometido porque los acusados tendrán que contar con un abogado militar, aunque puede contratar también a abogados civiles pagados por ellos mismos. El reglamento de las comisiones permite la vigilancia de las conversaciones entre los abogados y sus clientes por parte funcionarios estadounidenses por razones de seguridad e inteligencia, destruyendo así el secreto profesional que invita a los clientes a mantener una comunicación plena y abierta con sus abogados en preparación de su defensa.

El reglamento de las comisiones dispone que los procedimientos serán presuntamente abiertos, pero las comisiones gozarán de un amplio margen de acción para decretar el secreto de sumario cuando les parezca conveniente. El oficial que presida la comisión puede decretar la

confidencialidad de una parte o la totalidad del proceso cuando se esté tratando información clasificada e impedir que los abogados civiles accedan a dicha información, aunque hayan pasado los controles de seguridad necesarios e independientemente de la importancia que ésta tenga para la defensa del acusado. Esto pondrá al acusado y a su abogado civil en la posición insostenible de tener que defenderse contra pruebas secretas que no han examinado.

En julio de 2003, el Presidente Bush designó a seis detenidos en Guantánamo para ser juzgados por una comisión militar. El gobierno de Estados Unidos ha aplazado el enjuiciamiento en tres de los casos relacionados con dos ciudadanos británicos y un ciudadano australiano en respuesta a las preocupaciones planteadas por sendos gobiernos con respecto a las garantías procesales y los juicios justos en las comisiones militares. Se ha adoptado la decisión de que Estados Unidos no condenará a estos tres hombres a la pena de muerte ni escuchará sus conversaciones con sus abogados, pero sus gobiernos continúan negociando sobre otros aspectos. Hasta ahora, no hay indicios de que en las negociaciones bilaterales se estén abordando deficiencias tales como la falta de una revisión judicial independiente. Es más, el gobierno de Bush no ha indicado que se vayan a aplicar las modificaciones de los procedimientos para los detenidos británicos y australianos al resto de los presos en Guantánamo, independientemente de su nacionalidad. Las negociaciones plantean, por lo tanto, la posibilidad de que algunos detenidos sean juzgados de manera ligeramente más justa, mientras el resto tienen que conformarse con un proceso en el que la justicia queda relegada a expensas de la conveniencia o el oportunismo.

Tácticas para golpear y aterrorizar

La protección de la seguridad nacional es una de las funciones principales de todo gobierno. Sin embargo, Estados Unidos ha entendido desde hace tiempo que “en tiempos de peligro, no debe utilizarse la lógica de la necesidad militar y la seguridad nacional para proteger las acciones del gobierno del examen detenido y la rendición de cuentas... nuestras instituciones, legislativas, ejecutivas y judiciales, tienen que estar preparadas para ejercer su autoridad para proteger a todos los ciudadanos de los temores y prejuicios mezquinos que surgen con tanta facilidad”.⁵⁹

A pesar de esta advertencia, desde el 11 de Septiembre, el gobierno de Bush ha utilizado las palabras “seguridad nacional” como una táctica para golpear y aterrorizar, debilitando la voluntad pública de cuestionar la actuación del poder ejecutivo. Pero incluso los que han formulado preguntas han obtenido rara vez una respuesta. El gobierno ha logrado con creces asegurarse de que el público sabe muy poco sobre a quién ha detenido y por qué. Ha ocultado a la opinión pública los procesos de deportación de detenidos después del 11 de Septiembre, y el reglamento de las comisiones militares deja ciertamente abierta la posibilidad de que los procesos se celebren a puerta cerrada. Mientras se mantenga el secretismo, seguirán existiendo dudas sobre la justicia de estas políticas y será más difícil corregir cualquier abuso que se cometa.

El desprecio del gobierno de Bush por la revisión judicial, su utilización de la autoridad ejecutiva y su predilección por el secretismo limitan su responsabilidad ante los ciudadanos. Esta pérdida de responsabilidad perjudica al gobierno democrático y a las tradiciones legales de las que dependen los derechos humanos. El examen por parte de la judicatura—así como por el Congreso y el público en general—es fundamental para prevenir que el poder ejecutivo manipule los derechos fundamentales hasta dejarlos irreconocibles. Unos cuantos tribunales ha afirmado su independencia y examinado detenidamente las acciones del gobierno contrarias a los principios constitucionales. Pero otros tribunales han renunciado a su papel de garantes de la justicia. Algunos de ellos no han aplicado una simple y fundamental enseñanza de la Carta Magna: “en definitiva... que el rey es y estará por *debajo* de la ley”.⁶⁰ Por su parte, el Congreso acaba de empezar a cuestionar seriamente la legalidad y la necesidad de las detenciones posteriores al 11 de Septiembre ordenadas por el gobierno.

Enfrentado a una difícil y compleja batalla contra el terrorismo internacional, Estados Unidos no debe abandonar sus tradiciones de justicia y responsabilidad pública. Lleva tiempo presentándose como un ejemplo de buen gobierno. Pero es precisamente el buen gobierno—y su protección de los derechos humanos—lo que el gobierno de Bush está amenazando actualmente con sus políticas antiterroristas posteriores al 11 de Septiembre.

²⁴ *Sec'y of State for Home Affairs v. O'Brien*, 1923 A.C. 603, 609.

²⁵ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769, Book III, Ch. 8, p. 131.

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, artículos 9 y 14.

²⁷ El Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano encargado de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala en su observación general sobre el artículo 4 relativo al estado de excepción que las limitación de la derogación “guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia... La obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación”. Comité de Derechos Humanos, Observación General 29, Estados de Excepción (artículo 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para. 4.

²⁸ Fiscal General John Ashcroft, *Prepared Remarks to the U.S. Mayors Conference*, Washington, D.C., 25 de octubre de 2001.

²⁹ Dado que el gobierno no anunció el número de personas arrestadas como detenidos de “especial interés” hasta noviembre de 2001, la cifra finalmente considerada total nunca se ha hecho pública.

³⁰ Véase U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General (OIG), *The September 11 Detainees: A Review of the Treatment of Aliens Held on Immigration Charges in Connection with the Investigation of the September 11 Attacks*, April 2003 (en adelante OIG 9/11 Report). Véase también Human Rights Watch, *Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees*, Vol. 14, No. 4 (G), agosto de 2002; Migration Policy Institute, *America's Challenge, Domestic Security, Civil Liberties, and National Unity After September 11*, 26 de junio de 2003.

³¹ OIG 9/11 Report, p. 71.

³² OIG 9/11 Report, p. 130 (declarando que “hemos descubierto que la decisión de la Dirección de Prisiones [Bureau of Prisons] de recluir a los detenidos relacionados con el 11 de Septiembre en las condiciones más restrictivas posibles limitó severamente su capacidad para obtener y comunicarse con un abogado”).

³³ Hasta noviembre de 2002, el Servicio de Inmigración y Naturalización (Immigration and Naturalization Service, INS) formaba parte del Departamento de Justicia de Estados Unidos. Sin embargo, la mayoría de las funciones del antiguo INS se han dividido entre la Oficina de Servicios de Ciudadanía e Inmigración (Bureau of Citizenship and Immigration Services, BCIS), encargada de tramitar las peticiones de los inmigrantes y prestar servicios a los ciudadanos; y la Oficina de Cumplimiento de Leyes de Inmigración y Aduanas (Bureau of Immigration and Customs Enforcement, BICE) de la Dirección de Fronteras y Transporte (Directorate of Border and Transportation), encargada del control de las fronteras y la aplicación de las leyes de inmigración. Ambas oficinas dependen del Departamento de Seguridad del Territorio Nacional (DHS), un departamento del gobierno federal de Estados Unidos creado en parte como respuesta a los atentados del 11 de Septiembre. El nuevo departamento fue creado el 25 de noviembre de 2002 y empezó a funcionar oficialmente el 24 de enero de 2003.

³⁴ OIG 9/11 Report, p.71.

³⁵ Departamento de Justicia, *Statement of Barbara Comstock, Director of Public Affairs, Regarding the Inspector General's Report on 9/11 Detainees*, 2 de junio de 2003.

³⁶ En noviembre de 2001, el gobierno de Estados Unidos anunció la detención de 1.200 personas en conexión con el 11 de Septiembre. Los nombres de algo más de un centenar de ellos se revelaron al formular cargos penales contra ellos. La mayoría fueron acusados de delitos menores, tales como mentir a los investigadores del FBI. Sólo unos cuantos de ellos fueron acusados de crímenes relacionados con el terrorismo y ninguno de ellos ha sido acusado de participar en los atentados del 11 de Septiembre. El gobierno no facilitó ninguna información sobre la cantidad adicional de personas detenidas. Teniendo en cuenta la información revelada sobre las personas con cargos penales, Human Rights Watch calcula que los secretamente detenidos son al menos un millar.

³⁷ *Center for National Security Studies v. U.S. Department of Justice*, 215 F. Supp. 2d 94, 96 (D.C. Dist. 2002) (quoting *Morrow v. District of Columbia*, 417 F.2d 728, 741-742 (D.C. Cir. 1969)).

³⁸ *Center for National Security Studies, et al v. U.S. Department of Justice*, 331 F.3d 918 (D.C. Cir. 2003) (Tatel, J., dissenting).

³⁹ Véase *Memorandum from Chief Immigration Judge Michael Creppy to all Immigration Judges and Court Administrators*, 21 de septiembre de 2001 (explicando los "procedimientos adicionales de seguridad" que debían aplicarse inmediatamente en ciertos casos de deportación designados por el Fiscal General como casos de especial interés).

⁴⁰ *Detroit Free Press v. Ashcroft*, 303 F.3d 681, 683 (6th Cir. 2002).

⁴¹ Véase carta de Jamie E. Brown, *Acting Assistant Attorney General, Office of Legislative Affairs, to Rep. F. James Sensenbrenner, Jr., chairman, House Judiciary Committee*, 13 de mayo de 2003.

⁴² Véase Human Rights Watch, *Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees*, Vol. 14, No. 4 (G), agosto de 2002

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Véase *In Re Grand Jury Material Witness Detention*, (U.S. Dist. Ore. Apr. 7, 2003).

⁴⁵ Padilla fue arrestado por agentes federales el 8 de mayo de 2002 en un aeropuerto de Chicago y detenido en ejecución de una orden de detención de un testigo esencial. El 9 de junio, dos días antes de que compareciera ante el tribunal para su primera vista, el Presidente Bush designó a Padilla como combatiente enemigo. Fue transferido del sistema de justicia penal a una base naval en Carolina del Sur. El gobierno afirma que era un agente de al Qaeda implicado en un plan para hacer explotar una bomba radiactiva ("bomba sucia") en Estados Unidos.

⁴⁶ Al-Marri fue arrestado originalmente en cumplimiento de una orden de detención de un testigo esencial en diciembre de 2001, por haber realizado presuntamente varias llamadas a una persona en los Emiratos Árabes Unidos sospechosa de enviar fondos a algunos de los secuestradores del 11 de Septiembre para pagar sus clases de vuelo.

⁴⁷ En un artículo de prensa publicado en el momento en que Al Marri fue designado como combatiente enemigo se alegaba que la verdadera razón del gobierno para cambiar su condición era presionarle para que cooperara. En el artículo se citaban las palabras de un funcionario sin identificar del Departamento de Justicia: "Si el tipo dice 'aunque me pongan 30 años de cárcel, nunca les ayudaré', siempre puedes amenazarle con incomunicarle indefinidamente de sus familiares y abogados". Véase P. Mitchell Prothero, "New DOJ Tactics in al-Marri Case," *United Press International*, 24 de junio de 2003.

⁴⁸ Véase, *Al-Marri v. Bush*, 274 F. Supp. 2d 1003 (C.D. Ill. 2003) (donde se sostiene que el recurso de hábeas corpus de Al Marri no puede conocerse en Illinois y se sugiere que debería interponer el recurso en Carolina del Sur ya que "su custodia inmediato está allí, y el tribunal ha obtenido garantías del Asistente del Procurador General de Estados Unidos y del Fiscal General de dicho distrito de que la Comandante Marr [al mando de la base naval] acataría cualquier orden judicial que tuviera que ejecutar".)

⁴⁹ Hamdi fue enviado primero a Guantánamo, Cuba, hasta que se descubrió en abril de 2002 que era ciudadano de Estados Unidos y el gobierno lo trasladó a una base naval en Virginia.

⁵⁰ *Hamdi v. Rumsfeld*, 243 F. Supp. 2d 527, 528 (E.D. Va. 2002).

⁵¹ Véase, *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F.3d 450 (4th Cir. 2003).

⁵² La declaración fue facilitada por un asesor especial del Subsecretario de Defensa para Asuntos Políticos, pero el juez de distrito consideró que ésta no constituyó base suficiente para emitir un fallo y solicitó más pruebas. El gobierno argumentó que "alguna prueba" era suficiente para justificar la designación. El tribunal de apelaciones del cuarto circuito aceptó la opinión del gobierno de que los tribunales no deben examinar detenidamente las decisiones militares. Dictaminó que, mientras era necesario cierto escrutinio de la detención de los designados como combatientes enemigos debido al derecho de hábeas corpus del que disfrutaban todos los ciudadanos y extranjeros detenidos en Estados Unidos, dicho examen quedaba satisfecho con los nueve párrafos presentados por el gobierno.

⁵³ *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F.3d 450, 474 (4th Cir. 2003).

⁵⁴ Comunicado de prensa del Departamento de Defensa No. 908-03, "DoD Announces Detainee Allowed Access to Lawyer", 2 de diciembre de 2003.

⁵⁵ John Mintz, "Clashes Led to Probe of Cleric", *Washington Post*, 24 de octubre de 2003.

⁵⁶ De acuerdo con los Convenios de Ginebra, los combates en curso en Afganistán se consideran un conflicto de carácter no internacional.

⁵⁷ Véase *Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134 (D.C. Cir. 2003); *Coalition of Clergy v. Bush*, 310 F.3d 1153 (9th Cir. 2002); *Gherebi v. Bush*, 262 F. Supp. 2d 1064 (C.D. Ca. 2003); *Rasul v. Bush*, 215 F. Supp. 2d 55 (D.C. Dist. 2002).

⁵⁸ Artículo 2 del PIDCP.

⁵⁹ *Korematsu v. United States*, 584 F. Supp. 1406, 1442 (N.D. Ca 1984).

⁶⁰ *Regina v. Sec'y of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, Q.B. 1067, 1095 (2001) (citing Pollock & Maitland, *The History of English Law* (1923) (énfasis agregado)).