

# LA SITUACIÓN DE LOS PRESOS DE GUANTÁNAMO: ENTRE LA TORTURA Y EL ESTADO DE DERECHO

Francisco Muñoz Conde

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

1 El Derecho penal del Estado de Derecho se caracteriza ante todo por limitar y admitir sólo en casos excepcionales el empleo de la violencia por parte de los particulares. Únicamente, dentro de los estrechos márgenes de la legítima defensa y en algunos supuestos excepcionales de estado de necesidad, pueden éstos emplear la violencia para defender o proteger sus derechos, y ello siempre dentro de los límites que imponen el principio de proporcionalidad y la necesidad del empleo de la violencia cuando no caben medios menos lesivos para proteger derechos fundamentales en inminente peligro de destrucción.

Fuera de estos casos, sólo el Estado tiene el monopolio de la violencia, pero este monopolio tampoco concede un derecho absoluto o ilimitado para ejercer todo tipo de violencia, sino igualmente, y siempre en casos excepcionales, dentro de los límites previamente reglamentados y de acuerdo también con los principios de necesidad y proporcionalidad, respetando prohibiciones absolutas de ejercicio de la violencia como la imposición de la pena de muerte<sup>1</sup> y de tratos inhumanos y degradantes (Art.15 CE).

Además, tanto los particulares como el Estado están obligados respetar la prohibición absoluta del empleo de la violencia entendida como tortura; es decir, como provocación de dolor físico o psíquico para intimidar, para conseguir pruebas o declaraciones y confesiones forzadas, o constreñir de cualquier otro modo la voluntad del torturado con cualquier finalidad o motivación, o simplemente con el ánimo de hacerlo sufrir, castigarlo o provocar su humillación.

El empleo de la violencia por parte de los particulares fuera de los casos excepcionales en que legalmente se justifica carece, pues, de legitimidad, cualquiera que sea la finalidad o motivación con la que se realice. Y si se realiza de forma sistemática y en grupo con finalidad o motivación políticas, dará lugar al fenómeno que conocemos como terrorismo, y que como tal es considerado tanto a nivel nacional, como internacional como uno de los delitos más graves contra los derechos humanos y el Estado de Derecho.

Igualmente, el empleo de la violencia por parte del Estado o de los que actúen en su nombre cuando se realiza fuera de los cauces

previstos legalmente es ilegítimo, y si se emplea de forma sistemática y como instrumento de una determinada concepción política, racista, social, religiosa, etc, constituye terrorismo de Estado, que no tiene una definición legal precisa pero que igualmente constituye un gravísimo delito, bien en forma de delitos singulares como el asesinato, homicidio, lesiones, secuestros, etc, o en la de los más modernos delitos contra el Derecho internacional, como el Genocidio o los Crímenes contra la Humanidad.

Pero a diferencia de lo que sucede con la violencia ilegítima realizada por los particulares, los límites de la violencia ilegítima empleada por el Estado son más oscuros y difíciles de marcar, y esta oscuridad y dificultad es aprovechada por muchos para justificar, con diversos argumentos, su empleo, sobre todo cuando se trata de fortalecer el sistema, que a su vez puede ser también ilegítimo (por ejemplo, una dictadura), frente a sus adversarios. Eso ha hecho también que mientras que al terrorismo contra el Estado, como empleo de la violencia para atacar el sistema político, social y jurídico vigente, se le han dedicado, sobre todo en los últimos años, muchas páginas y normalmente casi todas de condena, al terrorismo desde el Estado se le haya dedicado mucho menor atención, haya sido mirado con mayor benevolencia o incluso justificado como una forma eficaz que tiene el Estado para luchar contra sus enemigos, sean estos interiores o exteriores, terroristas o enemigos combatientes de una potencia extranjera con la que se está en guerra. Frases como “no hay mejor terrorista que el terrorista muerto”, “al enemigo ni agua”, *vae victis*, “en la guerra todos los medios son lícitos con tal de ganarla”, etc, demuestran hasta qué punto existe un doble rasero o una doble moral para juzgar de forma distinta la violencia ilegítima contra el Estado, y la violencia igualmente ilegítima cometida desde o en nombre del Estado.

Sin embargo, cualquiera que conozca el marco constitucional de un Estado de Derecho y los principios y Declaraciones internacionales de reconocimiento de los Derechos

humanos en los que se apoya, comprenderá inmediatamente, sea jurista o no, que la lucha contra el terrorismo, o contra cualquier tipo de delincuencia, sea o no violenta, tiene que tener también sus límites y ser llevada con los medios y formas que permite ese marco constitucional y las Declaraciones universales de Derechos humanos. Y del mismo modo debe admitir que incluso en las guerras, declaradas oficialmente o no, deben respetarse determinados principios del Derecho internacional de Guerra y del Derecho humanitario, recogidos en las Convenciones internacionales como la de la Haya o las de Ginebra, en el trato de los enemigos combatientes y de la población civil.

Naturalmente, tanto en el pasado, como en el presente, como también en el futuro se han dado, se dan y se darán violaciones de estos principios y reglas básicas del Estado de Derecho y del Derecho internacional; pero entonces la labor del jurista debe ser ante todo, si se trata de un jurista teórico, desenmascarar las razones que se aleguen para justificar, de un modo u otro, esas violaciones; y si es un jurista práctico, procurar que esas violaciones no queden impunes, llevando antes los Tribunales de Justicia, nacionales o internacionales, a los responsables individuales de las mismas, para que sean juzgados y en su caso condenados.

Desde la perspectiva de un Estado de Derecho y del actual Derecho internacional parece esto tan evidente que ni siquiera habría que decirlo o recordarlo. Pero, como todavía hoy se encuentran a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, decisiones u opiniones que no coinciden plenamente con estos postulados, no parece ocioso ocuparse siquiera brevemente de los aspectos más controvertidos que se plantean en relación con la lucha contra el terrorismo en el Estado de Derecho y en la Comunidad internacional.

En los últimos años se han planteado problemas de este tipo en relación, por ejemplo, con la legitimidad de la intervención anticipada del Derecho penal en estadios aún muy alejados de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, criminalizando la apología o el

enaltecimiento de actos o grupos terroristas o la colaboración con los mismos<sup>2</sup>. También se ha planteado la licitud de algunos medios técnicos como los audiovisuales o el control de las escuchas telefónicas, de forma indiscriminada y sin control judicial, para obtener información y pruebas de los delitos de terrorismo, criminalidad organizada etc<sup>3</sup>. Pero donde se ha suscitado últimamente mayor discusión ha sido en relación con la situación jurídica y penitenciaria de los presos afganos y de diversas nacionalidades internados en la base americana de Guantánamo (Cuba) tras la Guerra de Afganistán a raíz de los sucesos del 11 de septiembre del 2001, y los malos tratos e incluso torturas que se les han inflingido, tanto como forma de castigo o humillación, como también como forma de obtener de ellos información sobre atentados terroristas pasados o que puedan volver a cometerse en el futuro. Estos hechos, unidos a otros concomitantes como la existencia de secuestros policiales de presuntos implicados en actividades terroristas y su traslado forzoso a otros países en vuelos secretos, utilizando las bases de terceros países cuyos Gobiernos lo sabían, pero que hacían como si no lo supieran, o la misma existencia de cárceles secretas de la CIA donde se ha retenido o se está reteniendo a estas personas por tiempo indefinido y sin ningún tipo de información sobre su paradero, han provocado a nivel internacional una gran conmoción y una ola de protestas, aun mayor que en otros casos, en la medida en que los responsables de estos hechos han actuado en nombre y representación del país militarmente más poderoso del mundo, los Estados Unidos de América, y con la impunidad que les procura la protección de ese mismo país.

Dada la importancia y gravedad de estos hechos, seguidamente me voy a ocupar de dos cuestiones puntuales muy relacionadas entre sí, como son, por un lado (infra 2. a) y b)), la situación jurídica de los presos de Guantánamo, y la conceptualización jurídica que merecen las llamadas “Comisiones militares” creadas *ad hoc* para juzgarlos; y, por otro (infra 3.), la utilización de ciertos tipos de tortura, no ya sólo

como trato degradante e inhumano que en sí mismo constituye la forma de vida a la que están sometidos los detenidos en dicha Base, o que pueda provenir de los abusos o excesos que a título particular cometan algunos de sus guardianes, sino de la pretendida “validez” y legitimidad jurídica que se le quiere dar por algunos a los actos de tortura que se practican por los funcionarios y autoridades oficiales de los Servicios secretos americanos en los interrogatorios a los que se somete a estos sospechosos al objeto de obtener de ellos información y pruebas de actos terroristas pasados, o para prevenir otros futuros.

2. Dentro de la polémica que ha suscitado la tesis patrocinada por algunos autores sobre la necesidad de asumir que en el Ordenamiento jurídico hay que hacer una exclusión de prácticamente todos los derechos que se reconocen en la Constitución y textos jurídicos fundamentales a determinados sujetos que se consideran como “enemigos”<sup>4</sup>, parece especialmente interesante ocuparse de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en relación con la situación jurídica de los presos recluidos en la base militar norteamericana de Guantánamo. A este respecto comentaré, en primer lugar, las decisiones adoptadas el 28 de junio del 2004 en los casos Rasul, Hamdi y Padilla, por la Corte Suprema estadounidense<sup>5</sup>.

a) Como es de sobra sabido, a partir de noviembre del 2001 se empezó a internar a un gran número de detenidos en la Guerra de Afganistán en la Base militar norteamericana de Guantánamo, radicada en Cuba. Desde entonces unos 800 detenidos, algunos incluso menores de 18 años en el momento de su detención, han pasado por dicha Base, en la que han permanecido privados de prácticamente todos sus derechos no sólo como ciudadanos, sino casi como seres humanos, sometidos a tratos inhumanos y degradantes, sin respetar las reglas mínimas aprobadas en Convenciones internacionales sobre el trato a los prisioneros de guerra. Según los Informes de organismos internacionales, como Amnistía Internacional, a finales del 2007 aún se encontraban reclui-

dos allí unos 275 detenidos, 100 de los cuales son de origen yemení. Muchas de las liberaciones se han debido a gestiones de países de los que procedían algunos de los detenidos, como Inglaterra o Australia, o también a algunos recursos presentados por abogados de los detenidos exigiendo su liberación o, por lo menos, su paso a prisiones ordinarias y que se les juzgue por tribunales ordinarios, a través del correspondiente recurso de *habeas corpus*. Algunos de estos recursos han prosperado y han motivado decisiones de la Corte Suprema estadounidense que seguidamente paso a comentar.

Efectivamente, en estas decisiones la citada Corte Suprema tuvo que plantearse y resolver, si los presos de Guantánamo aprehendidos por tropas americanas en la Guerra de Afganistán, y otra persona detenida en el Aeropuerto de Chicago y que se encontraba en una prisión militar de Carolina del Norte como sospechoso de haber participado en el atentado del 11 de septiembre del 2001, tenían, entre otros derechos, el de solicitar un *habeas corpus*, es decir, recurrir ante un juez norteamericano su detención, y a ser juzgado en un proceso debido con todas las garantías reconocidas en la Constitución norteamericana.

La decisión fue relativamente fácil en el caso *Hamdi*, en la medida en que este recurrente había nacido en el Estado de Louisiana y tenía, por tanto, la nacionalidad norteamericana<sup>6</sup>. Para la inmensa mayoría de los Jueces integrantes de la Corte (la votación fue de 8 a 1), un ciudadano norteamericano tenía siempre derecho a plantear en caso de detención gubernativa un recurso de *habeas corpus* ante el juez, ya que el art.1, sección 9, cláusula 2 de la Constitución americana sólo suspende este derecho en caso de “rebelión o invasión, cuando así lo requiera la seguridad pública”, y estas circunstancias no se daban en este caso. Pero muchos de los Jueces que votaron a favor de esta decisión, lo hicieron en contra en el caso *Rasul*, en el que la misma petición de *habeas corpus* había sido realizada por un grupo de presos de Guantánamo, doce kuwaitíes y dos australianos, que, entre otras cosas, alegaban que no eran combatientes en la Guerra

de Afganistán, sino que prestaban servicios de asistencia social en ese país cuando fueron detenidos. El voto en contra de la admisión del recurso fue formulado por el Juez Scalia, y a él se adhirieron los Jueces Rehnquist y Thomas. Para el Juez Scalia el mismo argumento que había servido para admitir el recurso de Hamdi, tenía que ser utilizado para rechazar el recurso de unas personas que, cualquiera que fuese la razón por la que se encontraban en Afganistán, no eran ciudadanos americanos y, por tanto, carecían de los mismo derechos que éstos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus*. Se apoya para ello en una discutible interpretación de textos legales y de antiguos precedentes jurisprudenciales que, en su opinión, niegan a los extranjeros los derechos que sólo corresponden a los ciudadanos americanos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus* y el derecho a un debido proceso. Frente a sus argumentos opone el Juez Stevens otros a favor de la opinión que finalmente prevaleció por una mayoría de 6 a 3, entre los que destaca el siguiente razonamiento:

*“La parte demandada (es decir, el Gobierno, en este caso representado por el propio Presidente Bush) se muestra de acuerdo en que el Estatuto de habeas corpus crearía jurisdicción de los Tribunales federales en los supuestos de demandas realizadas por un ciudadano americano detenido en la Base. Considerando que el § 2241 no realiza ninguna distinción entre americanos y extranjeros mantenidos bajo custodia federal existe pocos motivos para pensar que el Congreso concibiera el alcance geográfico del estatuto variable dependiendo de la nacionalidad del detenido. Los extranjeros retenidos en la Base, al igual que los ciudadanos americanos, tienen derecho a invocar la autoridad del § 2241 de los Tribunales federales”<sup>7</sup>.*

Con esta importante sentencia, la Corte Suprema americana establece, al menos como principio y en relación con los recurrentes en el caso *Rasul*, que no hay ninguna razón para negar el derecho a plantear un recurso de *habeas corpus* a los extranjeros presos en Guantánamo, y ello sin mencionar siquiera si esos extranjeros son “enemigos” o simplemente extranjeros. Con esto reconoce a los recurrentes, a pesar de no tener la nacionalidad norteamericana, un derecho fundamental, pieza clave para el reconocimiento de otros derechos

fundamentales, superando así el estrecho binomio ciudadano-extranjero, equivalente en cierto modo al de “amigo-enemigo”, al que había pretendido reducirlo la Administración de Bush y Rumsfeld, contra los que por cierto se dirigían las demandas de los recurrentes<sup>8</sup>. Ciertamente, ello no es más que un paso en el reconocimiento de que incluso los posibles o reales “enemigos”, tanto si se encuentran en territorio americano como si no, pero siempre bajo custodia o control de autoridades americanas, tienen unos derechos mínimos que no pueden negárseles. Evidentemente, aún queda mucho camino hasta que la Administración norteamericana llegue a admitir que todos los detenidos en Guantánamo, incluidos los llamados “enemigos combatientes” tienen unos derechos como presos de guerra, reconocidos por las Convenciones de Ginebra, que está claro que no se están respetando en estos momentos<sup>9</sup>.

Es curioso notar que este argumento a favor de que puedan plantear un recurso tan tradicional en el *Common Law* como el de *habeas corpus*, coincide con el origen, incluso terminológico del mismo, conforme al cual este derecho no es exclusivo del ciudadano, sino del “corpus”, es decir, de lo que Agamben llama la “nuda vida”, independientemente de su adscripción a una determinada comunidad política o jurídica<sup>10</sup>. Esta fue también la idea que dio origen a la primera Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, y a las primeras declaraciones de derechos recogidas en los Documentos de la Independencia de los Estados Unidos de América:

*“Los hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”.*

b) No obstante, estas decisiones no solucionaron de golpe todos los problemas que planteaba la anómala situación jurídica de los presos de Guantánamo, ya que la legislación excepcional (*Patriot Act*) adoptada por el Congreso de los Estados Unidos a partir del atentado a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2008 preveía una serie de disposiciones contrarias a los patrones esta-

blecidos por la Constitución americana y por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Pero además de esta *Patriot Act*, posteriormente se dictaron otras como la *Military Order* de 13 noviembre del 2001<sup>11</sup>, que igualmente adolece de vicios de constitucionalidad desde el punto de vista del derecho interno norteamericano y de ilegitimidad desde el punto de vista del Derecho internacional. Así, por ejemplo, esta Orden militar posibilita que los presos de Guantánamo sean juzgados por unas Comisiones militares, con un procedimiento que no respeta las garantías establecidas constitucionalmente en los Estados Unidos para todos los procesos penales. También se refiere a la colaboración con el terrorismo en casos de acciones neutrales o sin relevancia penal directa, transporte, ayuda, etc, o que todo lo más sólo pueden incluirse en la anómala figura típica del Derecho angloamericano de la “*conspiracy*”, no recogida expresamente en el Derecho internacional de la Guerra.

De estas y otras cuestiones se ocupó la Corte Suprema norteamericana en su sentencia de 26 junio del 2006<sup>12</sup>, que seguidamente paso a comentar brevemente. El caso que motivó esta decisión de la Corte Suprema es el siguiente:

Al amparo de la Orden militar de 13 noviembre del 2001, el Presidente Bush y su Secretario de Defensa, Rumsfeld, presentaron contra Salim Ahmed Hamdan cargos por los que se le acusaba de conspiración en la realización de actos terroristas, basándose para ello en que Hamdan había sido durante algún tiempo chofer y quizás guardaespaldas personal de Osama Bin Laden, el dirigente del grupo terrorista Al Qaeda. Hamdan recurrió ante los Tribunales ordinarios alegando, en primer lugar, la inconstitucionalidad de la Comisión militar que tenía que juzgarlo, y además el que la figura de la *conspiracy* no figuraba entre los delitos incluidos en el Derecho penal internacional de la Guerra, y que en todo caso el hecho de haber sido chofer de Bin Laden no era motivo suficiente para imputarle dicho cargo.

La Corte Suprema recoge en su sentencia, que un tanto optimísticamente fue calificada en aquel momento por George P. Fletcher como “el comienzo del fin de Guantánamo”<sup>13</sup>, en parte, las alegaciones de Hamdan, rechazando los argumentos que en su contra esgrimió la Administración. Desde luego, a la vista de lo que ha sucedido después, e incluso del

texto de la propia sentencia, no se puede decir que estemos aquí ante el “comienzo del fin de Guantánamo”, pero sí es importante destacar que, igual que las anteriores dictadas en los casos de Rasul y Hamdi, la misma supuso un serio revés para la Administración del Presidente Bush, mostrando, al mismo tiempo que las dudosas bases jurídicas en las que se apoya, la actitud de rechazo que tiene un gran número de juristas americanos en relación con la situación de los presos de Guantánamo.

Tres puntos interesa destacar de esta interesante sentencia<sup>14</sup>.

La primera cuestión que se debate en esta sentencia es si a los presos de Guantánamo se les aplica las Convenciones de Ginebra en relación con el estatuto jurídico de prisioneros de guerra. La tesis de la Administración Bush fue en primer lugar negar que los Convenios de Ginebra tengan naturaleza *Self Executing* y puedan ser alegados por un particular como derecho vigente, sin una implementación expresa en el Derecho interno. Además, en todo caso, seguía argumentando la Administración americana, al no tratarse de una guerra formal entre dos Estados, ya que Al Qaeda no constituye propiamente un Estado, sino un grupo terrorista difuminado en el territorio de varios Estados, la Convención de Ginebra que se refiere sólo a los Estados y a los Estados parte de un conflicto, tampoco sería aplicable en este caso. Frente a ello, Hamdan alegaba que hay una norma mínima común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en la que se recoge el llamado Derecho humanitario y que éste es aplicable en todos los conflictos armados, sean estos nacionales o internacionales. Efectivamente el Artículo 3 común a los Cuatro Convenios, tomado del III. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, dice lo siguiente:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas ar-

madadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) 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;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

Parece evidente que el espíritu humanitario que anima este precepto no puede estar superado a ningún tipo de sutileza jurídica que permita excluir a cualquier ser humano, cualquiera que sea la naturaleza del hecho que haya cometido, la calificación del conflicto armado en el que haya participado o del grupo armado o ejército al que pertenezca, de derechos que simplemente le corresponden por el hecho de ser una persona; es decir, un ser humano como tal debe gozar siempre de los derechos más indispensables que reconoce el Artículo 3. En su decisión, la Corte Suprema, aunque no acepta directamente aplicable esta disposición, porque considera que no es vinculante directamente para al Gobierno americano, sí admite que es aplicable al caso en la medida en que, en el art. 21 del Código unificado de Justicia militar americano, se recogen también estos derechos como Derecho de guerra. De este modo, la Corte Suprema se aparta expre-

samente de intentos muy en boga hoy en día, incluso en el plano teórico jurídico, de negar incluso la cualidad de “persona”, al enemigo, cuando éste es un “enemigo combatiente”, como califica la Administración norteamericana a los presos de Guantánamo, o un terrorista, que actúa en nombre de un grupo pero no de un Estado. No es ahora el momento de analizar más detenidamente las razones en las que la Administración norteamericana se apoyaba para negar la aplicación del Convenio de Ginebra a los presos de Guantánamo<sup>15</sup>, pero en todo caso lo que sí queda claro es que de la decisión de la Corte Suprema se deduce que, independientemente del carácter vinculante o no del Artículo 3 común y de otras cuestiones jurídicas que se puedan plantear en relación con la situación de los presos de Guantánamo (la posibilidad de que puedan plantear un *habeas corpus*, de que sean juzgados por tribunales ordinarios, civiles o militares, etc), las reglas mínimas del Derecho humanitario que se contienen en el Artículo 3 común también son aplicables a Hamdan, aunque sea a través del rodeo de considerarlas incluidas en el derecho interno de la guerra americana. Ello tiene ya importantes consecuencias porque, como veremos más adelante, en el citado Artículo 3 común se contienen prohibiciones de especial importancia para este caso, como es la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o de la tortura, o la de tribunales de excepción no constituidos legítimamente.

Una de estas consecuencias que se deduce del propio Artículo 3 común en su apartado 1, d), es que *quedan prohibidas* “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Con la invocación que hacía Hamdan de este artículo, la Corte Suprema no tuvo más remedio que ocuparse también de la validez de las “Comisiones militares” creadas para juzgar a los presos de Guantánamo por la Orden militar de 13 noviembre del 2001. Para ello analiza en primer lugar si estas Comisiones tienen validez conforme al Derecho norteamericano, donde

efectivamente el art. 21 del antes citado Código Unificado de Justicia militar admite esas Comisiones pero, eso sí, siempre que hayan sido creadas *by statute or by the law of war*. Respecto a lo primero era evidente, sin embargo, que Bush había creado esas Comisiones militares sin una autorización expresa del Congreso. No había, por tanto, una ley previa que legitimara esa creación presidencial, y ya desde el punto de vista del Derecho interno americano esas “Comisiones” serían por tanto ilegales. Sin embargo, la Corte suprema se ocupa también de analizar si el “Law of war”, es decir, el derecho de guerra, permite la creación de estas comisiones. Y tras un detenido análisis de los Comentarios especializados en esta materia llega a la conclusión de que ello sólo es posible en caso de “necesidad militar” y siempre que se den determinados requisitos, como que los hechos a enjuiciar se realicen en el escenario de hostilidades, o violando las leyes de guerra, etc.: requisitos estos que no se daban tampoco en el caso de Hamdan que había sido detenido varios años antes y que, por tanto, no se encontraba en el momento de su enjuiciamiento en ninguna de estas condiciones. No obstante, algún Juez, como Thomas, discrepó de esta fundamentación, y en todo caso, como señaló expresamente el Juez Binter, la falta de autorización legal expresa, podía subsanarse recurriendo el Presidente al Congreso y solicitando expresamente esta autorización, lo que efectivamente hizo más tarde y le fue concedida<sup>16</sup>.

La Corte se apoya también en el argumento de que el cargo de que se acusaba a Hamdan de *conspiracy* no entraba en el ámbito del Derecho internacional de la Guerra<sup>17</sup>, por no constituir una violación de las leyes de guerra, si bien este argumento fue rechazado por el Juez Thomas quien alegaba que los actos de que se acusaba a Hamdan, transporte y custodia de personas implicadas en ataques armados y, por tanto, de enemigos, eran una evidente contribución a la guerra. Sin embargo, aquí habría que tener en cuenta también el argumento frecuentemente discutido en el Derecho penal material de hasta qué punto “acciones neutrales” como la de ser chófer particular de un delincuente

pueden estimarse como actos de participación en los delitos que el delincuente cometa. La Corte Suprema, al estimar por mayoría que la llamada *conspiracy* no entra en el ámbito del Derecho internacional de Guerra no se ocupa de este tema, pero no hubiera estado de más que en la argumentación disidente de Thomas se hubiera hecho alusión a este problema, sin duda importante para dirimir hasta qué punto acciones de la vida cotidiana que aparentemente son “neutrales” desde el punto de vista del Derecho penal, pueden llegar a constituir formas de participación en acciones delictivas<sup>18</sup>.

Pero en su sentencia la Corte Suprema se ocupa también de otro tema para rechazar la argumentación de la Administración que me parece especialmente destacable: los defectos de procedimiento y la ausencia de garantías para el imputado que se contenían en la *Military Order* de 13 noviembre del 2001. Una de las exigencias contenidas en el Artículo 3 común apartado 1 d) de los Cuatro Convenios de Ginebra es, como ya se ha señalado, además de la legitimidad del tribunal juzgador, que el proceso se lleve a cabo “con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Es evidente que esas garantías no se mencionan ni se enumeran expresamente en esta disposición, pero es evidente también que existe un buen número de preceptos del máximo rango, a nivel constitucional, en la mayoría de los Estados civilizados, así como importantes Convenios internacionales, en los que dichas garantías se reconocen y se enumeran expresamente, considerándolas derechos humanos fundamentales de cualquier imputado en un proceso penal. Y, por supuesto, están también recogidas en la Constitución de los Estados Unidos, que a través de sus diversas Enmiendas y de las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema (como las “Miranda rules”), ha sido uno de los países pioneros en el reconocimiento y desarrollo jurisprudencial de las mismas. Por este motivo la Corte Suprema es especialmente sensible a los defectos procedimentales que observa en la Orden Militar, señalando varios que, a su juicio, invalidan la

constitucionalidad de las decisiones que las mismas lleven a cabo.

Sin ánimo de exhaustividad citaré sólo algunos de los defectos señalados por la Corte Suprema. En primer lugar, la Orden militar permite que el acusado no esté presente en su propio juicio. En segundo lugar, prevé que se le pueda negar al acusado el acceso a determinadas pruebas, por razones de seguridad. En tercer lugar, se admiten pruebas que pueden tener un origen ilícito, o testimonios indirectos de referencia, etc.

La Corte no entiende por qué las alegadas razones de seguridad pueden llevar al extremo de negar al acusado derechos que se le reconocen en cualquier país civilizado, e incluso en los procesos penales militares, que deberían, en principio, servir de referencia a las Comisiones militares. Frente a estos argumentos dice en su voto disidente el Juez Alito, poco antes nombrado por el propio Presidente Bush para ese cargo, que esos defectos procedimentales podrían ser alegados luego por vía de recurso, y que ello no deslegitima en todo caso la propia existencia de la Comisión militar. Pero es evidente que se trata de dos cosas diferentes y que además el recurso que se reconoce en la *Military Order* al Tribunal del Distrito de Columbia es bastante limitado y sólo para condenas superiores a diez años de prisión o a pena de muerte<sup>19</sup>.

De todas formas, muchos de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema en contra de las Comisiones Militares y su procedimiento pronto se vieron desmontados por el propio Presidente Bush, quien acogiendo a la posibilidad que le concedía la propia sentencia de la Corte Suprema de subsanar el defecto originario en la creación de estas Comisiones por no tener autorización del Congreso, rápidamente solicitó esa autorización que le fue concedida el 17 octubre del mismo año 2006<sup>20</sup>. No puedo ahora detenerme en el análisis de esta nueva regulación de las Comisiones Militares, que adolecen de muchos de los defectos procedimentales que ya tenía la anterior, por lo que no sería extraño que volvieran a plantearse de nuevo recursos ante la

Corte Suprema. Pero probablemente con ello ya cuenta el propio Presidente Bush quien, de todos modos con la autorización concedida y en tanto no haya otra decisión en su contra de la Corte Suprema, para lo que pueden pasar todavía algunos años, gana tiempo y puede seguir con su recusable política respecto al trato que reciben los presos de Guantánamo.

3. Lo que acabo de decir nos lleva a plantearnos una cuestión de más largo alcance, y que probablemente se puede haber planteado más de uno que haya seguido todo el largo y sinuoso camino de las decisiones jurisprudenciales norteamericanas en relación con la situación de los presos de Guantánamo. La verdad es que, a pesar del claro varopalo que las mismas han supuesto para la Administración del Presidente Bush, la situación de dichos presos no ha cambiado. Y no sólo eso, es que además diariamente se siguen conociendo casos de abusos, de malos tratos y torturas que se dan en Guantánamo y en otros centros radicados fuera de los Estados Unidos como Abu Ghraib en Irak o Bagram en Afganistán, como es de suponer que se darán también o aún más en la “cárceles secretas” de la CIA esparcidas por el mundo, de cuya existencia nadie duda.

¿De qué sirven, pues, tantas decisiones al más alto nivel jurisprudencial en contra de estas situaciones si luego la Administración responsable de las mismas sigue sin tenerlas para nada en cuenta? ¿Y de qué sirve todo ese arsenal jurídico frente a los malos tratos y torturas que se dan impunemente en esos centros y que, incluso, parece que dentro de ciertos límites se fomentan o se autorizan por la propia Administración como formas “lícitas” de interrogatorios para la obtención de datos en la lucha contra el terrorismo?

En un trabajo sobre la situación de los presos de Guantánamo (pero también en otros centros de detención situados fuera de los Estados Unidos, bien conocidos como Abu Ghraib y Bagram, pero también en otros lugares desconocidos sitios en algunos otros países cuyos Gobiernos han consentido la existencia de cárceles secretas), es, por tanto, necesario ocuparse también de esta otra cara de la lucha

contra el terrorismo; de una lucha feroz, inhumana ilegal y oscura, que se lleva a cabo en los centros de detención por los agentes y funcionarios de los Estados Unidos empleando medios contrarios a los principios del Estado de Derecho y a las Convenciones internacionales sobre derechos humanos, y concretamente de la Convención internacional sobre la tortura que prohíbe su uso como forma de investigación y de prevención o castigo del delito, sean éstos actos terroristas o de cualquier otra naturaleza. Desgraciadamente, la utilización de la tortura, que parecía había sido ya desterrada definitivamente, al menos oficialmente, del panorama jurídico de los pueblos civilizados, como medio de investigación policial, como medio probatorio en el procedimiento penal y como forma de tratamiento y castigo del recluso en el ámbito penitenciario, renace en estos Centros de detención con una fuerza inusitada, y, lo que es peor, no ya como una praxis real, pero ilegítima, carente de toda base jurídica, sino con el apoyo de juristas, de politólogos, de especialistas en la lucha antiterrorista, y por supuesto de muchos políticos. Esta es, a mi juicio, una de las consecuencias más graves de cuantas ha producido la nefasta política norteamericana en su lucha contra el terrorismo a partir del lamentable suceso del atentado del 11 de septiembre del 2001.

La tortura como forma de investigación, de obtención de pruebas mediante la confesión del torturado, y de castigo, es conocida desde antiguo en todos los pueblos y culturas. Pero poco a poco y en la medida en que se fueron refinando los medios de control y dominación de unas personas sobre otras, la tortura física fue siendo sustituida otras formas más sutiles de control. Como dice Foucault, el sistema fue cambiando en función de la transformación del cuerpo social entero, pasando de controlar el cuerpo a controlar el alma<sup>21</sup>. Fueron así desapareciendo paulatinamente del catálogo de penas las penas corporales siendo sustituidas por la prisión, y del sistema de los medios probatorios se erradicó la tortura como forma de conseguir la confesión. A ello contribuyeron sin duda las brutalidades a que daba lugar,

incompatibles con el espíritu de la Ilustración del siglo XVIII donde pronto surgieron voces destacadas en pro de su abolición<sup>22</sup>.

Pero la tortura de hoy no es sólo una forma de provocar dolor físico, sino también moral, humillando o vejando al torturado, aun sin incidir directamente sobre su cuerpo, con técnicas cada vez más refinadas que tienen incluso mayor eficacia, desde el punto de vista del torturador, que la propia tortura física. Y precisamente esto es lo que caracteriza las modernas formas de tortura que, según todo tipo de pruebas e informes reconocidos por las propias autoridades estadounidenses, se practican con los presos de Guantánamo y otras cárceles y prisiones en las que se encuentran internados sobre todo presuntos terroristas, ex combatientes de la Guerra de Afganistán o de Irak. Si como decíamos en los epígrafes anteriores es ya de por sí intolerable la situación de exclusión, de “limbo jurídico”, en la que se encuentran estos reclusos, mucho más lo es que esta anómala situación jurídica vaya acompañada de una serie de tratos inhumanos y degradantes que claramente violan la prohibición de tortura y malos tratos de los prisioneros de guerra recogida en el apartado 1 a) y c) del Artículo.3 común de las Convenciones de Ginebra, y en la Convención internacional contra la tortura, por cierto ratificada por Estados Unidos en 1994.

Las pruebas de que en estos centros han ocurrido y están ocurriendo este tipo de cosas son más que evidentes; han salido en todos los medios de comunicación y la propia Administración norteamericana lo ha admitido. Se han documentado hasta 24 formas de torturas en los interrogatorios, el famoso “tercer grado” del que nos hablaban en las películas de serie negra de los años 40: Desde azuzar perros de gran tamaño y agresivos contra los reclusos como forma de intimidarlos, hasta someterlos a inmersión bajo el agua creándoles la sensación de muerte por ahogamiento, pasando por exponerlos durante mucho tiempo a bajas o a altas temperaturas en lugares cerrados, sin ninguna ventilación, dejando que se hagan sus necesidades fisiológicas encima sin permitirles

asearse durante mucho tiempo, someterlos a interrogatorios continuados durante muchas horas, interrumpirles continuamente el sueño, poner música a gran volumen, hacerles que se desnuden y obligarles a adoptar posturas humillantes, simular ejecuciones disparándoles en la cabeza con pistolas de fogeo, amenazando con provocarles daño o matar a seres queridos, a los que hace ya años no les ven, etc. Todo ello sin contar otras formas de torturas menos sutiles y más clásicas, como simplemente golpearles, aplicarles corrientes eléctricas en los testículos, inyectarles sustancias que alteran su comportamiento, o recluirllos durante semanas en celdas de aislamiento con una luz permanente<sup>23</sup>. El laboratorio del Dr. Mabuse, o cualquier otro laboratorio de horrores, incluyendo el de los Campos de Exterminio nazis, como el de Auschwitz, se quedan en pañales si se les compara con los centros de tortura de Guantánamo o Abu Ghraib.

Es verdad que muchos de estos hechos son excesos individuales de algunos guardianes que en algún caso (más bien pocos) han sido sancionados penal o disciplinariamente<sup>24</sup>. Pero son las propias condiciones de vida en estos centros las que ya de por sí constituyen un trato vejatorio o humillante de los reclusos y, por supuesto, las que fomentan los excesos que cometen esos guardianes. Existen además en estos casos tácticas psicológicas de autojustificación, que van acompañadas de la aprobación y del apoyo externo de los superiores que dan las órdenes, de los políticos que dan las directrices y que quieren resultados concretos para emplearlos en la lucha contra el terrorismo, incluso de instancias religiosas, que despejan cualquier duda moral que pueda tener el torturador para que no flaquee en su “lucha contra el imperio del mal”. A veces ni siquiera eso es necesario, porque los que torturan son simplemente “verdugos voluntarios”, degenerados morales, psicópatas sádicos, que disfrutan provocando dolor, y a los que encima se les fomenta la satisfacción de sus bajos instintos premiándolos económicamente o ascendiendo en sus carreras, o simplemente garantizándoles la más absoluta impunidad. No hay

nada más penoso que admitir que un Estado de Derecho, o cualquier otra institución mínimamente civilizada, pueda utilizar para su defensa a sujetos de esta clase, y con este tipo de prácticas inhumanas.

Y, sin embargo, no sólo se reconoce que es así, sino que, por motivos de seguridad, se considera necesario seguir autorizando, con más o menos restricciones, este tipo de prácticas y, a pesar de la evidencia de la inhumanidad de las mismas, la Administración Bush se niega categóricamente a prohibirlas. E incluso al más alto nivel: el que fue su Ministro de Justicia o Fiscal General, Alberto Gonzales, ha dado una serie de instrucciones para que se regule este tipo de prácticas como un medio adecuado para la lucha contra el terrorismo, señalando al mismo tiempo que las normas de la Convención de Ginebra (recuérdese el Artículo 3 común) que prohíben la tortura y los tratos degradantes “han quedado obsoletas” y, en ningún caso, son vinculantes para los soldados norteamericanos<sup>25</sup>. Es verdad que entre muchos políticos americanos estas palabras han causado escándalo y sonrojo, sobre todo si se tiene en cuenta que el Senador McCain, actual candidato republicano a la Presidencia, cuando estuvo prisionero en la Guerra de Vietnam fue objeto de torturas, y movido por esa experiencia ha desencadenado una campaña en contra de la práctica de la tortura en los interrogatorios y centros de detención norteamericanos. No obstante, otras instituciones encargadas directamente de la lucha antiterrorista, como la famosa y temida CIA y algunos estamentos militares, han reconocido que emplean muchos de estos tratos prohibidos en los interrogatorios de los reclusos de Guantánamo y de otros sospechosos de terrorismo. Prácticamente, lo único que se discute en estos momentos es el tipo de técnicas de interrogatorio que se pueden emplear y hasta donde se puede llegar, señalándose en este sentido a modo de conclusión en uno de los Informes elaborados por dos de los asesores del Fiscal general, que el dolor físico solamente constituye tortura si causa “la muerte, fallo de órganos, o impedimentos serios de las funciones corporales”<sup>26</sup>;

todo lo demás está permitido. Nada extraña, pues, que el Presidente Bush se haya negado una vez más, en marzo del 2008, a que se den a conocer las técnicas de interrogatorios que practican los agentes de la CIA.

Todo este movimiento político a favor de la tortura ha ido acompañado en los últimos años, tanto en los Estados Unidos, como en otros países, del desarrollo paralelo de un discurso tendente a justificar su utilización en algunos casos extremos y como una forma eficaz y admisible jurídicamente de luchar contra el terrorismo<sup>27</sup>. Pionero en esta tendencia ha sido el famoso Profesor de Derecho de la Universidad de Harvard y famoso abogado defensor en algunas causas celebres como la de OJ Simpson y Mike Thysson, Alan Dershowitz. En el año 2001 y tras una gira de conferencias por Israel, donde él mismo confiesa que se sintió abrumado sin saber qué responder cuando le preguntaron su opinión sobre qué es lo que había que hacer cuando se detenía a un terrorista que había puesto una “bomba de relojería” (*ticking-time-bomb*) a punto de estallar y no se tenía otra forma de encontrarla y desactivarla que “sacándole” por la fuerza esa información, y a la vista de la reciente jurisprudencia creada por aquel entonces por el Tribunal supremo de Israel en relación con la posibilidad de emplear en los interrogatorios un “cierto grado de coerción física” para obtener información sobre posibles atentados terroristas, reflexionó posteriormente sobre el tema y a su vuelta a los Estados Unidos escribió un libro “*Why terrorism works*”<sup>28</sup> (¿Por qué funciona el terrorismo?), en el que llega a la conclusión de que un cierto grado de coerción, literalmente tortura controlada, puede ser admisible en algunos casos. El libro comienza con un ataque directo a las Convenciones de Ginebra y a la Convención internacional contra la tortura, a los que considera “más como un obstáculo, que como una forma de solución del problema”, y propone claramente la práctica de una “tortura controlada” no directamente letal, y bajo la supervisión de un tribunal de justicia que diría hasta dónde se puede llegar. Igual que en la Inquisición. Naturalmente, también justifi-

ca los llamados “asesinatos selectivos” y otras formas más o menos contundentes para luchar eficazmente contra el terrorismo. En una palabra, para Dershowitz, el terrorismo funciona porque el Estado no sabe contraatacar con sus mismas armas; luego la solución es que el Estado actúe también contra los terroristas (o contra los que sospeche que puedan serlo) con las mismas armas de terror que estos emplean contra él. Es decir, frente al terrorismo contra el Estado, el terrorismo de Estado. *Tertium non datur*.

Afortunadamente, su propuesta no ha sido muy bien recibida en los medios jurídicos académicos americanos y ha provocado muy agudas y fundadas críticas, de las que no podemos ocuparnos aquí en estos momentos. Pero es una buena muestra de cómo en algunos medios académicos americanos la “cruzada contra el terrorismo” enarbolada por el Presidente Bush (y en el caso de Dershowitz la sensación de continua amenaza terrorista islamista que se vive en Israel) ha calado hondo y está encontrando eco en personas que objetivamente y en teoría deberían estar más a favor de los principios constitucionales y del respeto a los derechos humanos de lo que suele estarlo el ciudadano medio (¿Aceptaría el gran abogado Alan Dershowitz como prueba contra alguno de sus famosos clientes la confesión de uno de ellos obtenida mediante tortura?).

Pero las argumentaciones de Dershowitz, por demagógicas y populistas que puedan parecer, han prendido también en la vieja Europa, y concretamente en Alemania, donde un caso de delincuencia común (el secuestro y posterior asesinato de un niño dio lugar a que el Jefe de la Policía autorizara a amenazar con torturar al sospechoso que luego resultó ser el autor del secuestro, aunque de este modo no se pudo salvar la vida del niño que ya había sido asesinado<sup>29</sup>) desencadenó una polémica similar a la que desencadenó el libro de Dershowitz en Estados Unidos, que luego se ha extendido también a otros casos relacionados con el terrorismo (el derribo de un avión con pasajeros inocentes que ha sido secuestrado por terroristas que lo dirigen a estrellarse con-

tra un objetivo militar)<sup>30</sup> y con el ejemplo de la *ticking-time-bomb*. Por razones de tiempo, no puedo ocuparme aquí de los argumentos que se esgrimen en estos casos para autorizar el empleo de la tortura (o en el caso del avión secuestrado su derribo para impedir que se estrelle contra un objetivo militar). El argumento básico es, desde luego, siempre el estado de necesidad, el conflicto de deberes y la ponderación de los intereses en juego. No cabe duda de que los casos más extremos siempre serán objeto de discusión y difícilmente se llegará a un acuerdo, sobre todo si se analizan desde el prisma de la distinción tan cara a la Dogmática penal alemana entre Justificación y Exculpación, porque lo que desde el punto de vista individual puede llegar a constituir una causa de exculpación por miedo insuperable o cualquier otra causa de inexigibilidad, que desde luego impedirían reprocharle al sujeto la acción que realizara en una circunstancia tan extrema, pretende convertirse de forma general e incluso reconocida legalmente en una “licencia para matar” (o para torturar). Es como si la reacción humana y lógica del padre que se abalanza contra el asesino y violador de su hija pequeña intentando matarlo, la convirtiéramos en una especial causa de justificación reconocida expresamente en la ley que autorizara a todos los padres de los menores asesinados a que mataran o torturaran a su vez al asesino de sus hijos. Se trata, por supuesto, de una paráfrasis que difícilmente puede ser transplantada a los casos de tortura sistemática de los presuntos o reales terroristas. Con ello no estoy diciendo ni mucho menos que habría que conceder por lo menos y ya a priori una causa de exculpación al funcionario público o autoridad que torture a un terrorista para sacarle cualquier información valiosa en la lucha contra el terrorismo, porque ni se dan en este caso generalmente las razones de urgencia y la angustia personal que se da cuando el sujeto resulta directamente afectado, y porque la mayoría de las veces la tortura se produce de una forma rutinaria, como cualquier otra actividad que desarrolle profesionalmente el funcionario que la practica, que luego se va tranquilamente a su casa a ver la televisión, a departir cómodamente con

su familia o comentar con sus amigos en el bar de la esquina los resultados del campeonato de baseball.

La reacción de rechazo que produce, por ejemplo, en los medios alemanes la posibilidad de admitir la tortura aun en casos extremos lo demuestra el hecho de que actualmente, marzo del 2008, se mantiene en suspenso el nombramiento del Profesor Horst Dreier, como Magistrado del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que precisamente debe sustituir al actual Vicepresidente Winfried Hassemer, porque en unos Comentarios a la Ley Fundamental de Bonn, que dirige, mantiene que no puede ser del todo excluida la aplicación del principio de la colisión de deberes como causa de justificación en los casos de tortura cuando se trata de salvar la vida de un inocente<sup>31</sup>. Sin embargo, menor conmoción han despertado las declaraciones de otro Profesor alemán, que sin duda tiene menos proyección política, pero que goza de merecida fama en el ámbito de la Dogmática jurídico penal, Me refiero al Profesor Günther Jakobs, Catedrático emérito de Derecho penal en la Universidad de Bonn, quien en sus conocidas tesis sobre la necesidad de admitir un Derecho penal del enemigo frente, entre otros, a los terroristas, dice respecto a la tortura lo siguiente<sup>32</sup>:

“Ciertamente puede ser necesario que la fuerza con la que se exige el cumplimiento de las obligaciones se convierta de entrada en algo que se puede llamar tortura, un modo de actuar que despersonaliza al sujeto pasivo de la tortura. Éste sería el ámbito de la relación con el enemigo. Un Estado que admite que se debe derribar un avión con ocupantes inocentes, no puede conceder todas las garantías del Estado de Derecho a los culpables. En otras palabras las víctimas potenciales del derribo tienen una pretensión legítima frente al Estado a que éste intente evitar con todos los medios que se llegue a esta situación de necesidad.. Todavía una vez más, con otras palabras, *en Derecho* existe una prohibición absoluta de la tortura, que es el contenido conceptual puro y simple del Derecho; pero el problema se plantea de modo diverso, es decir, en los siguientes términos: Si el Estado puede permanecer *en Derecho* siempre y frente a todos.

Una cuestión completamente diversa es si admitir todo lo que es posible no contrasta con un deber derivado de la racionalidad. El peligro de un abuso puede ser excesivamente elevado —no me detengo ulteriormente sobre este perfil. He hablado de las condiciones de

la juridicidad y con ello también de sus límites, no de la praxis política”.

Lo menos que se puede decir de este párrafo de Jakobs es que es ambiguo. Desde luego si se mira su afirmación desde el punto de vista del trato que reciben en estos momentos los presos de Guantánamo y de las tácticas en los interrogatorios que practican los agentes de los servicios secretos o militares norteamericanos con los sospechosos de terrorismo, no cabe duda de que el Estado más poderoso militarmente del mundo no permanece precisamente en el ámbito del Derecho. Más bien sucede lo contrario, y con ello se coloca en la situación de un Estado de No Derecho. En Alemania se emplea esta expresión, que en alemán se escribe “Unrechtsstaat”, para denominar al Estado creado por el régimen nazi en 1933 y que se prolongó hasta 1945. Las consecuencias que produjo ese Estado para su propio país, y para otras naciones del mundo son conocidas: la Segunda Guerra Mundial, con sus casi cincuenta millones de muertos, los horrores de los Campos de Exterminio, el Holocausto y el exterminio de millones de personas sólo por pertenecer a otra raza. Y estas consecuencias que todavía hoy están en la memoria de todos, nos deben llevar a reflexionar un poco más detenidamente sobre qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que “el Estado no siempre se atiene o permanece en el Derecho”. Si se trata de la descripción de una realidad, Guantánamo es, desde luego, un ejemplo viviente y lacerante de este modelo de Estado, como lo fueron en su día Auschwitz o Birkenau, y como lo son tantas y tantas otras atrocidades que se han cometido en el mundo en nombre de la Razón de Estado. Pero si de lo que se trata es de justificar todo lo que el Estado considere conveniente, útil o funcional para sus intereses, sin ningún tipo de límites o referencias valorativas, para conseguir la “seguridad cognitiva”, que otros llaman “seguridad nacional” o “políticas securativas”, entonces se debe decir claramente que el Estado de Derecho deja de serlo para convertirse en un Estado de No Derecho, y que el Derecho penal del Estado de Derecho con todas sus garantías deje el paso libre a un De-

recho penal del enemigo con muy pocas o sin ninguna garantía, asumiendo claramente las consecuencias que de todo ello se deriven. Este es el peligro que, en el fondo, siempre anida en cualquier construcción jurídica teórica que a fuer de pretender ser meramente descriptiva, puede terminar prescindiendo de cualquier re-

ferencia valorativa mínimamente humanitaria, como es la prohibición de la tortura, y justificar desde una perspectiva funcionalista cualquier exceso que se cometa en nombre de la Razón de Estado. A veces, como reza el título del famoso aguafuerte de Goya, “el sueño de la razón produce monstruos”.

## NOTAS

1. Evidentemente, la prohibición de la pena de muerte no es una prohibición que goce de reconocimiento universal, pero dentro del espacio europeo rige incluso como condición previa para que un país pueda llegar a ser admitido en la Comunidad europea, y en general, incluso en los países en los que todavía se aplica, existen numerosas campañas y movimientos que piden su abolición, entre otras cosas por tratarse de una pena cruel e inhumana.

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con la apología del terrorismo demuestra hasta qué punto en esta materia se puede incurrir en la criminalización del ejercicio de la libertad de expresión cuando ésta significa algún tipo de simpatía o afinidad con la ideología del grupo terrorista, o una actitud de comprensión o justificación sin más de los atentados cometidos o de sus autores (cfr, por ejemplo, sentencias tan dispares a este respecto como la STS 9 mayo 1996 (condenatoria), con la STS 29 noviembre 1997 (absolutoria), con supuestos de hecho y textos legales aplicables muy similares. El auto del TS de 28 mayo del 2002 rechazó la querrela contra un político quien, en un mitin en territorio francés gritó “Gora Eta”, pero no tanto en base a que el hecho no fuera constitutivo de apología, sino por entender que esta conducta no entra dentro del delito de terrorismo que permite la aplicación del Principio de Justicia Universal y, por tanto, la aplicación extraterritorial de la ley penal española). Precisamente, para evitar estas oscilaciones jurisprudenciales, en la reforma de 22 diciembre del 2000 se introdujo en el art.578 del Código penal la figura del “enaltecimiento”, que motivó, por cierto, la STS 26 febrero 2007 que condenó por amenazas a un terrorista a punto de salir ya de prisión por haber publicado una carta en un diario en la que se alababa la conducta de otros presos terroristas y se justificaba la propia, criticando al mismo tiempo la política penitenciaria seguida con ellos y a los responsables de la misma, en un tono sin duda grosero y agresivo. Un comentario crítico a esta sentencia puede verse en el artículo de María Luisa Cuerda Arnau, El nuevo delito político: apología enaltecimiento y opinión, en La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas, Estudios de Derecho judicial, 128-2007, p.111 y 115 y ss. También en la STS 20 junio 2007 se condenó a un dirigente político abertzale por haber pronunciado palabras de elogio en un acto homenaje a un dirigente de ETA muerto, véase Francisco Muñoz Conde, Derecho penal, Parte Especial 16. ed. Valencia 2007, p.897.

3. El empleo de nuevas técnicas de captación de sonido e imágenes para la investigación de los delitos es cada vez más frecuente, lo que ha obligado a que en casi todos los Estados se hayan dictado normas específicas que lo regulan. No obstante, muchas de esas normas adolecen de defectos constitucionales evidentes, bien porque no precisan con exactitud el tipo de delito y en qué condiciones deben emplearse estas técnicas, bien porque obvian el control judicial o lo reducen a una mera cuestión burocrática. Todo ello ha motivado que los Tribunales constitucionales de muchos países y los internacionales de Derecho humanos, hayan anulado sentencias condenatorias en las que, a su juicio, no se han tenido en cuenta los principios y garantías suficientes para proteger el derecho fundamental a la intimidad de las personas afectadas por el empleo de dichos medios. Véase, por ejemplo, en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 3 de marzo del 2003, que declaró anticonstitucional la Ley alemana que regulaba las “Grosse Lauschangriffe”, es decir, los controles audiovisuales más radicales de la intimidad de las personas presuntamente implicadas en la realización de un hecho delictivo. Y en relación con la jurisprudencia española la STC 18/2003, de 23 octubre, en la que se anuló una sentencia condenatoria que se había basado en pruebas obtenidas por empleo de escuchas telefónicas decretadas por el Juez instructor a partir de haber recibido una denuncia anónima (para una exposición del problema y comentario a estas sentencias, véase Francisco Muñoz Conde, Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal, prólogo de Tomas S.Vives, 2. ed., Buenos Aires, 2007.

4. Véase al respecto los trabajos recopilados en Manuel Cancio Meliá/ Carlos Gómez-Jara Díez, Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión, 2006; también el libro colectivo “Delitto politico e diritto penale del nemico”, editado por Alessandro Gamberini y Renzo Olrandi, 2007. Para una visión de conjunto de este tema véase Francisco Muñoz Conde, De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”, 2. edición, Buenos Aires, 2007 (hay versión al ale-

mán de la primera edición realizada por Mortiz Vormbaum, “Über das Feindstrafrecht”, Berlin 2007, con prólogo de Winfried Hassemer, que se contiene también en la segunda edición en español de esta obra, a la que se añaden otros trabajos propios sobre el mismo tema).

5. Cfr. *Rasul v. Bush*, 124 S.Ct.2686 (28 junio 2004); *Hamdi v.Rumsfeld*, 124 S.Ct.2633 (28 junio 2004), *Rumsfeld v.Padilla*, 124 S.Ct. 2711 (28 junio 2004).

6. Dicho detalle salió a relucir en el transcurso de los interrogatorios a los que fue sometido Hamdi, cuando estaba preso en Guantánamo. Una vez comprobado que había nacido en territorio norteamericano y que no había renunciado expresamente a esta nacionalidad, Hamdi inmediatamente fue trasladado a una prisión militar en Virginia y luego a Carolina del Sur, desde donde planteó su solicitud de *habeas corpus*. Para más detalles sobre este y los otros casos, véase Fletcher, *Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War*, Hamdi, Padilla and the Detainees in Guantánamo, en *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), p.953 ss. (hay traducción española de Muñoz Aunión, con el título:¿Ciudadanos o personas?, publicada en Revista Penal 2005).

7. Véase la exposición resumida de estos argumentos en Fletcher, ob.cit., p.58 ss.

8. No se entiende, por tanto, muy bien que en el caso *Padilla v. Rumsfeld*, 352 F 3d 695 (2nd Cir.2003), los Jueces, si bien por mayoría, rechazaran entrar en el fondo del recurso, muy similar en contenido a los anteriores, considerando que en lugar de contra Rumsfeld, la demanda tenía que haberse planteado contra el Comandante de la Prisión donde se encontraba recluido el recurrente, en Carolina del Sur. No se olvide que este sujeto no se encontraba preso en Guantánamo, ni tampoco era de nacionalidad norteamericana.

9. No deja de ser paradójico que aún no se haya admitido que representantes de organismos internacionales puedan ver in situ la situación en la que se encuentran esos presos en la base norteamericana de Guantánamo, sita en Cuba,, y que, sin embargo, esos mismos organismos denuncien continuamente la situación de los derechos humanos en la propia nación cubana. Una “doble moral” que encaja mal con la idea de igualdad y de justicia, que debe primar por encima de conveniencias o simpatías políticas.

10. Véase Giorgio Agamben, *Homo sacer, El poder soberano y la nuda vida*, traducción y notas de Antonio Gimeno Cuspinera, 3ª reimpresión Valencia 2003, p.157.

11. Cfr. *President Issues Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism*, 13 de noviembre de 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>

12. *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). El texto de esta sentencia se encuentra en numerosas referencias en Internet, como por ej. en Google.com. Aquí se utiliza el recogido en Wikipedia (en.wikipedia.org/wiki/Hamdan\_v.\_Rumsfeld-105k). La sentencia fue acordada por 5 votos (los Jueces Stevens, Binter, Ginsburg, Breyer, Kennedy) frente a 3 (Scalia, Thomas, Alito).

13. George P.Fletcher, *The beginning of the End of Guantánamo*, en Japan Times, 17 julio 2006.

14. La misma ha motivado innumerables artículos y trabajos doctrinales que sería prácticamente imposible mencionar siquiera aquí. Al lector interesado le remito al exhaustivo trabajo de María Dolores Bollo Arocena, *Hamdan v. Rumsfeld*, Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 24 de junio del 2006, en Revista electrónica de Estudios internacionales (2006). Especialmente interesante es también el artículo del Profesor de la Universidad Columbia, George P. Fletcher, *The Hamdan case and conspiracy as a War Crime*, en *Journal of International Criminal Justice* vol.4, Num.13, Julio 2006, 442-447. Este autor escribió además un Brief como “amicus curiae” dirigido a la Corte Suprema en nombre de la Asociación de Expertos en Derecho de Guerra, en el que se contienen muchos de los argumentos que luego fueron tenidos en cuenta por la Corte Suprema.

15. Véase el comentario que de ellas hace Bollo Arocena en el artículo antes citado, p.16/17, indicando que ya anteriormente en la sentencia del Tribunal de Apelaciones, el Juez Robertson señalaba las razones de por qué tenían también que aplicarse directamente los Convenios de Ginebra., en base a la “Supremacy Clause” que reconoce la propia Constitución americana a los Tratados internacionales asumidos por los Estados Unidos.

16. Véase Military Commissions Act 17 octubre 2006.

17. Argumento principal esgrimido por Fletcher en su Brief a la Corte Suprema como “amicus curiae”, cfr. supra nota 14.

18. No puedo ocuparme aquí de esta cuestión, ni de hasta qué punto la actividad de Hamdan como chofer de Bin Laden podría encuadrarse en la categoría de al menos complicidad en las acciones terroristas llevadas a cabo. El análisis detenido de este tema rebasaría la extensión de este trabajo, pero no quiero dejar de señalar que muchas veces lo que se plantea aquí es un problema de la prueba del dolo del sujeto que realiza estas acciones “neutrales”, pues no cabe duda de que algo tan inocuo como vender un herbicida puede ser perfectamente un acto de complicidad en un asesinato, si el sujeto que lo vende sabe que va a ser empleado con esta finalidad (véase al respecto Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal, Parte General, 7. ed., Valencia 2007, p 439, con referencias bibliográficas sobre el tema). También debe señalarse que en el Derecho continental, y sobre todo en algunos Códigos penales, como el alemán, el italiano o el español, la figura de la asociación ilegal, y la colaboración con grupos terroristas, cubre, a mi juicio a veces de un modo excesivo, muchas de estas acciones (cfr. por ej. art.576 del Código penal de 1995, equivalente al art.174 bis del anterior Código penal, que fue declarado inconstitucional por STC 20 julio 1999 no en base a su amplitud, sino al excesivo marco penal que tiene asignado; cfr. Muñoz Conde, Parte especial cit. nota 2, p.823 y 895).

19. Véase Bollo Arocena, ob. a. cit., p. 25/26

20. Véase referencia supra nota 16.

21. Véase Foucault, Vigilar y castigar, 3. ed., Madrid 1982.

22. Desde Beccaria hasta uno de sus contertulio Pietro Verri, autor de unas Observaciones sobre la tortura, fueron ya muchos los ilustrados de la época que rechazaron la tortura. Véase también la breve narración del celebre novelista italiano del siglo XIX Alessandro Manzoni, nieto por cierto de Beccaria, *Storia della colonna infame* (1842), en la que se narra un hecho sucedido en Milan en el siglo XVII, en el que unas personas fueron acusadas de esparcir la peste por la ciudad, untando la puertas de las casas con ciertos ungüentos, siendo torturadas y posteriormente ejecutadas. Véase también la narración de la ejecución del regicida Damiens, con la que comienza Foucault su obra Vigilar y castigar, antes citada. Sobre la historia de la tortura sigue siendo fundamental la obra de Francisco Tomás y Valiente, *La tortura en España*, 2. ed. 1994.

23. Estos datos se encuentran en muchas publicaciones e incluso en Documentos oficiales de la propia administración norteamericana, véase, por ejemplo, el Informe del Colegio de Abogados de Nueva York, o el del Senador John McCain. Una detenida exposición de estos informes, la mayoría de las cuales se pueden encontrar en Internet, contiene el interesante trabajo de Luis Salas, *Terrorismo e giustizia penale negli Stati Uniti d'America*, recogido en el libro colectivo “Delitto político e diritto penale del nemico” cit. nota 4, p323 a 331. Ver también Greenberg/ Dratel (edits.), *The torture papers: The road to Abu Ghraib*, Cambridge 2005.

24. Cfr. Luis Salas, ob. u. cit., p.329, cita algunos de estos casos: “De los policías militares que aparecieron abusando prisioneros en Abu Ghraib, uno fue sentenciado a 10 años de prisión, otro que se declaró culpable fue sentenciado a 8 años de prisión, un miembro de la inteligencia militar fue sentenciado a 8 meses de encarcelamiento, otro policía militar fue sentenciado a un año de encarcelamiento, y otros están pendientes de juicio”.

25. Las palabras de Alberto Gonzales emitidas en un dictamen (*Memorandum for the President*) han sido recogidas en todos los medios de comunicación y se pueden encontrar fácilmente en Internet. Una buena información al respecto, con abundantes referencias a la discusión habida en el seno de la Administración americana sobre esta materia, recoge Luis Salas, ob.u.cit., p.323 a 331.

26. Citado por Salas, ob. cit., p.326.

27. Cfr. Michael Welch, *The re-emergence of torture in political culture: Tracking it's discourse and genealogy*, en Capítulo Criminológico, Revista de las disciplinas del control social, Universidad del Zulia (Venezuela), vol.35, n.4, octubre —diciembre 2007, p.471 ss.

28. Alan Dershowitz, *Why terrorism works*, Yale University Press, 2002.

29. Sobre este caso y sus implicaciones jurídicas materiales y procesales penales, véase Claus Roxin, ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?, en Revista Penal 2005. Más recientemente sobre el

tema de la tortura en la literatura alemana, véase Reinhard Merkel, Folter und Notwehr, en *Festschrift für Jakobs*, 2007, 375; Manfred Seebode, Folterverbot und Beweisverbot, en *Festschrift für Harro Otto*, 2007, 999.

30. El Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró en el año 2006 como inconstitucional la disposición de la Ley alemana de seguridad aérea que permitía el derribo del avión secuestrado. Ello provocó grandes polémicas políticas y jurídicas que aún siguen latentes. Véase al respecto Josef Isensee, Leben gegen Leben, Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug, en *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, 205.

31. Véase, por ejemplo, Die Tageszeitung, lunes 14 de enero 2008: "Folter nicht ganz ausgeschlossen", donde con grandes titulares se recoge la noticia y se incluye un comentario de su colaborador Christian Rath.

32. Günther Jakobs, *Diritto penale del nemico?, una analisi sulle condizioni della giuridicità*, en *Delitto politico* cit. nota 4., p.128/129 (Se trata de la versión italiana realizada por Luigi Cornacchia de un artículo que Jakobs ha publicado también en Alemania otros países y del que hay también traducción española).

Fecha de recepción de originales: 14 de marzo de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 4 de abril de 2008.