¿PRISIONEROS DE UNA GUERRA DIFERENTE?

Héctor López Aréstegui*

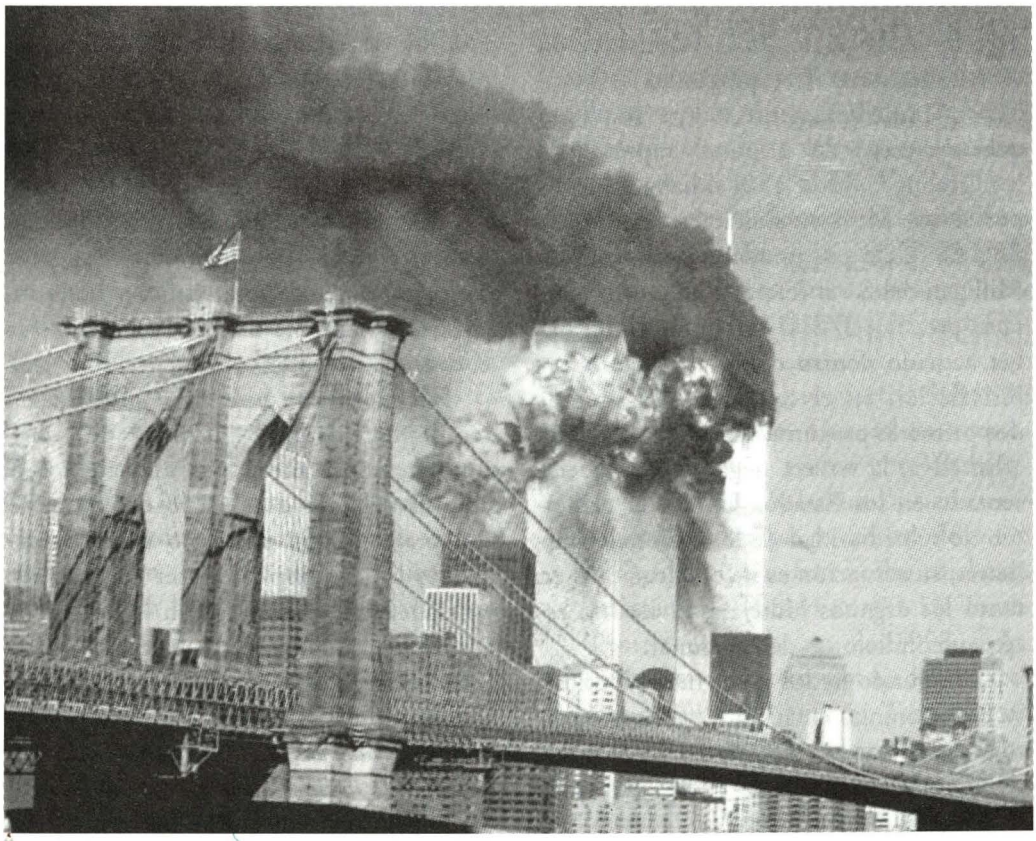
La destrucción de las Torres Gemelas el 11 de septiembre del 2001, ha generado una larga serie de preocupantes consecuencias en todos los ámbitos. Se han anunciado cambios legislativos y procesales en diferentes países de Europa y en Estados Unidos con el objeto de afrontar la amenaza terrorista surgida a raíz del ataque. Ejemplo de esto, es la ardorosa defensa por parte de la Federación Rusa de su controvertida Ley de Represión del Terrorismo del 3 de julio de 1998 así como la "USA Patriot Act" del 12 de octubre del 2001, que autoriza la escucha de las comunicaciones telefónicas e informáticas sin autorización de los extranjeros residentes en los Estados Unidos, sospechosos de terrorismo, así como el bloqueo de sus cuentas corrientes y su eventual arresto durante un período de seis meses renovables, restringiéndoseles además el derecho de pedir un habeas corpus.

Es en este contexto que abordamos el tema del status jurídico de los 158 detenidos en la Base Militar de Guantánamo, entre talibanes y miembros de Al Qaida. Para ello tomamos como primer elemento de análisis el anuncio efectuado por el portavoz de la Casa Blanca, Ari Fleischer, el 7 de febrero pasado.

Fleischer anunció ese día que *"el Presidente Bush había decidido que la (Cuarta) Convención de Ginebra (de 1949) se aplicará en el caso de los talibanes detenidos en Guantánamo, pero no a los terroristas de Al Qaida"*. Añadió el portavoz presidencial que *"la decisión presidencial está fundada en el antecedente establecido por el Pentágono durante la guerra de Vietnam, al hacer las autoridades militares de entonces la distinción entre el tratamiento de prisioneros de guerra para los soldados norvietnamitas y los terroristas del Vietcong"*. El gobierno norteamericano hace hoy la distinción en el hecho que si los Estados Unidos jamás reconoció al Talibán como gobierno legítimo de Afganistán, este país es parte signataria de la Convención de Ginebra.

Respecto a los detenidos de Al Qaida, el vocero presidencial fue tajante: *"La guerra contra el terrorismo no es un caso previs-*

* *Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Lima.*



to en el texto de la Convención de Ginebra de 1949. En esta guerra los terroristas trascienden fronteras y atacan a civiles inocentes en todo el mundo".

¿Cómo interpretar el aparente cambio de posición de Washington respecto al status jurídico de los 158 detenidos en Guantánamo? En primer lugar, debemos tomar dos casos que sentaron precedentes en situaciones similares en la historia de los Estados Unidos: el Caso Milligan (1866) y el caso Duncan vs Kahanamoku (1946).

El primero de los casos nombrados ocurrió durante la Guerra de Secesión Norteamericana (1861-1865). Lambdin P. Milligan y otros fueron arrestados por órdenes del Comandante del Distrito Militar de Indiana, General del Ejército de la Unión Alvin P. Hovey, el 4 de octubre de 1864. Los cargos eran de traición y conspiración. Milligan y sus coacusados fueron sometidos a proceso sumario el 21 de octubre y condenados a la horca. La sentencia debía ser cumplida el 19 de mayo de 1865. No obstante, el veredicto del tribunal militar fue observado por la Corte del Distrito Judicial de Indianápolis en enero de 1865. Fue entonces que Milligan pidió ser juzgado por un jurado según el

derecho establecido en la Constitución Norteamericana. Tres preguntas se plantearon inmediatamente, cuya respuesta quedó a cargo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: 1) Si el habeas corpus por el que Milligan solicitaba ser sometido a un juicio por jurado era válido; 2) Si Milligan debía ser liberado en tanto durara su proceso; 3) Si el Tribunal Militar había actuado dentro de su competencia y jurisdicción en el caso de Milligan. Las dos primeras preguntas tuvieron respuesta afirmativa, la tercera negativa. Así quedó sentado en los Estados Unidos el principio de subsidiaridad de los tribunales militares; su actuación es inconstitucional en tanto los órganos judiciales civiles no estén en condiciones de funcionar.

El segundo de los casos fue el Duncan vs Kahanamoku en 1946. El contexto histórico en el que se desarrolló fue el internamiento de ciudadanos norteamericanos de origen japonés por autoridades militares durante la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal Supremo en un principio avaló las órdenes dictadas por las autoridades militares. Al terminar la guerra y presentarse este caso, el Tribunal estableció que el derecho de juicio por jurado, así como el resto de derechos constitucionales eran demasiado fundamentales para ser sacrificados ante el temor de un posible ataque militar. Desde que se dio esta fallo, hasta el 11 de septiembre del 2001 quedaba claro que dentro de la legislación norteamericana, *"las normas de excepción son como un extintor de incendios, es decir, sólo se usan cuando se presenta la emergencia"*.

La metáfora del extintor de incendios es muy adecuada. En el Perú sabemos muy bien sobre el peligro que corren, tanto civiles como militares, cuando se abusa de las leyes de naturaleza excepcional. Dada la variedad del fenómeno terrorista, hay que tomar las medidas correspondientes con pinzas, por involucrar este una carga política, religiosa, étnica y hasta incluso simplemente delincuencial como es el caso del narcoterrorismo.

Hechas ya la explicación sobre los antecedentes histórico-jurídicos del tema que tratamos, ahora nos abocaremos al análisis del caso de los 158 detenidos de Guantánamo. En principio debemos entender lo que implica el ser considerado prisionero de guerra. Según la definición jurídica prisionero de guerra es *"el militar que se entrega al enemigo y vencedor en una capitulación. Por extensión, el paisano o civil capturado en el curso de una guerra y privado de su libertad"*.

El prisionero de guerra tiene, por principio sagrado; derecho al respeto de su persona y honor, a ser alimentado, a conservar sus objetos y efectos personales y, al ser interrogado, limitar sus respuestas a su nombre, grado y número de identificación o registro militar. Además debe pasar su cautiverio en una zona alejada, por lo menos a 20 kilómetros del frente y circular libremente dentro de los confines del lugar de cautiverio. En el curso del proceso al que pueda ser sometido por un tribunal militar enemigo, el prisionero tiene el derecho a escoger libremente a su abogado defensor.

El que se otorgue indistintamente a los Talibanes y miembros de Al Qaida este

status jurídico constituiría una derrota político-legal para Washington. El ataque del 11 de septiembre del 2001 podría quedar impune pues se podría argüir que las Torres Gemelas eran un blanco militar. Lo mismo podrían decir en el caso del Pentágono, el ataque contra el USS Cole en bahía de Aden, Yemen, en octubre del 2000 y los coches bomba contra el complejo militar norteamericano de Khobar, en Arabia Saudita, en junio de 1996. Es por esta razón que la posición de Washington es tan inflexible respecto a los detenidos de Guantánamo. Además, es por la misma razón que el lugar escogido para su detención es precisamente Guantánamo, lejos de la jurisdicción de las cortes federales norteamericanas.

Hasta el momento, Estados Unidos tiene cinco opciones legales para decidir sobre el juzgamiento de los detenidos de Guantánamo. Estas son:

1. **Un Tribunal Internacional Ad Hoc.** Este se crearía por medio de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ofrece como ventaja el respeto a los principios del Derecho Internacional en la materia. Como desventaja esta es una salida de alto costo político para el Presidente Bush, pues la opinión pública norteamericana puede sentirse traicionada al entregarse a los detenidos de Al Qaida a la justicia internacional.
2. **El juzgamiento por tribunales extranjeros.** En cierto modo también aseguraría el respeto de los principios de la ley internacional en materia de trato humanitario y juicio justo para los detenidos de Guantánamo. Muchos países europeos se encargarían de llevar a cabo el juzgamiento de aquellos que caigan en su jurisdicción. Entre estos estarán el Reino Unido, Francia, Alemania, Suecia y España. Esta salida no es bien vista por Washington ya que no se podría ejercer mucha influencia sobre la decisión de jueces extranjeros.
3. **El juzgamiento por cortes federales norteamericanas.** Una salida aceptable hasta cierto punto por Washington. Las cortes federales ya tienen experiencia en juzgar terroristas de la red Al Qaida, pues lo han hecho en el caso del primer atentado contra las Torres Gemelas el invierno de 1993 y los atentados contra las embajadas norteamericanas en Kenia y Tanzania en 1998. Su desventaja sería que los detenidos tendrían que ser trasladados a territorio norteamericano, siendo por tanto de aplicación la jurisprudencia antes mencionada.
4. **El juzgamiento por tribunales militares norteamericanos regulares.** Salida aceptable para Washington en tanto que se podría alegar que las condiciones sobre las que se realizarían los procesos serían las mismas que disfrutan los militares norteamericanos. Es políticamente riesgosa por su potencial incendiario en el ya convulso mundo árabe.
5. **El juzgamiento por tribunales militares especiales.** Es la salida planteada por la Administración Bush en la Orden Presidencial del 13 de noviembre

del 2001. Debe ser aprobada por el Congreso. Según la letra de esta Orden Presidencial, se crearían tribunales militares especiales en el extranjero para juzgar los delitos cometidos el 11 de septiembre del 2001. Se aplicaría a los extranjeros no residentes en los Estados Unidos. Esta propuesta ha sido severamente criticada por expertos legales y grupos de DD. HH.

Una sexta propuesta circula en Europa, inaceptable en todos sus extremos para Washington. Según los juristas que la apoyan, los atentados del 11 de septiembre del 2001 calzan en la categoría de crimen contra la humanidad y no de terrorismo.

La jurista francesa Mereille Delmas Marty – profesora de Derecho Internacional de la Universidad de París y miembro del Instituto Universitario de Francia – la fundamenta en su artículo titulado "Crimen global, justicia global" (*Le Monde*, 29 de enero del 2002): *"A diferencia del concepto de terrorismo, sin valor expresivo en tanto que reúne una heterogeneidad de conductas, el crimen contra la humanidad reconoce una serie de valores universales que van más allá que la protección de la vida humana, protegen a toda la humanidad (Artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre). Jurídicamente, los atentados de Nueva York y Washington se les puede considerar como un ataque generalizado y sistemático contra la población civil (art. 7 inciso 1 de la Declaración mencionada), por una organización que tiene por fin realizar este tipo de acciones (inciso 2 del mismo artículo 7). La solidaridad con las víctimas cobra significación plena".* Washington rechaza tal posición porque se opone abiertamente a la conformación del Tribunal Penal Internacional.

A manera de conclusión, consideramos que el caso de los detenidos de Guantánamo es de *"prisioneros de un nuevo tipo de guerra"*. En base a nuestra experiencia sabemos que la llamada solución de autodefensa estatal puede crear a la larga efecto contraproducente. Para Washington estos ya han aparecido luego que el Pentágono decidiera publicar las fotos del campo Rayos X de Guantánamo. El carácter ambiguo y humillante de las fotos no ayuda a ver la situación con claridad. Esto es de gran importancia por los antecedentes que pueda sentar Washington sobre este particular. De la solución que finalmente se tome depende el precedente que guíe el procedimiento judicial contra los terroristas del siglo XXI.