

LA LEY ESTADOUNIDENSE DE COMISIONES MILITARES: UN ANÁLISIS CRÍTICO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Milena COSTAS TRASCASAS

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I. ASPECTOS GENERALES. 1.1. Ámbito de aplicación de la Ley. 1.1.1. *Ratione personae*. 1.1.2. *Ratione materiae*. 1.1.3. *Ratione temporis*. 1.2. Constitución y funcionamiento de las Comisiones Milopitares. II. ¿GARANTIZA LA LEY EL DERECHO A SER JUZGADO POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL Y A UN JUICIO JUSTO? 2.1. Derecho a la defensa. 2.2. Práctica de la prueba. 2.3. Sentencia y penas aplicables. 2.4. Recursos. III. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO; 3.1. La definición de la categoría de “combatiente enemigo ilegal”: consecuencias jurídicas. 3.2. Conductas que según la Ley constituyen “infracciones graves” del artículo 3 común. 3.3. Responsabilidad de los agentes del Estado. 3.4. Competencia del Presidente para interpretar los Convenios de Ginebra. IV. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El 17 de octubre de 2006 el Presidente de los Estados Unidos firmaba la *Military Commissions Act* “to authorize trial by military commission for violations of the Law of war and for other purposes”¹. Dirigida a regular el establecimiento de comisiones militares y el procedimiento conforme al cual habrán de ser juzgados los “combatientes enemigos ilegales” por alguno de los delitos previstos, la nueva Ley constituye uno de los instrumentos claves para entender la política antiterrorista que la Administración Bush viene desarrollando desde que comenzara su particular cruzada contra lo que ha bautizado como la “guerra global contra el terror”².

1. Pub. L. N° 109-366, 120 Stat.2006, 17 october 2006. La Ley ha sido desarrollada por el “Manual for Military Commissions”, presentado por el Secretario de Defensa ante el Congreso que lo adoptó el 18 de enero del 2007. Ambos documentos se encuentran en <http://www.defenselink.mil/news/commissions.html>

2. El gobierno de los EE.UU. en septiembre del 2002 presentaba un documento donde se definían estos términos: “The United States of America is fighting a war against terrorism of global reach. The enemy is not a single political regime or person or religion or ideology. The enemy is terrorism –premeditated, politically motivated violence perpetrated against innocents

MILENA COSTAS TRASCASAS

En realidad, la nueva legislación no supone ninguna novedad para el Derecho interno estadounidense. Como es sabido, el Presidente Bush ya inmediatamente después de los atentados del 11-S había instaurado un sistema de comisiones militares con la finalidad de juzgar a los presuntos terroristas utilizando procedimientos aún más excepcionales que los que utilizan las cortes marciales³. La *Military Commissions Act* (MCA), por tanto, no hace otra cosa más que confirmar y revestir con forma de Ley ese procedimiento extraordinario que ya se había establecido para juzgar al “enemigo” por los crímenes que pueda cometer en el curso de esa “guerra” atípica que para los EE.UU. se está librando contra el terrorismo internacional⁴. Quiere esto decir que las nuevas comisiones militares seguirán funcionando como lo han hecho hasta ahora: siguiendo un procedimiento que no toma en consideración los privilegios reconocidos por el *III Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* (IIICG) y donde se obvian los elementos más fundamentales que requiere un juicio para poder ser considerado como justo, los mismos que, de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), no pueden ser suspendidos en ningún caso y bajo ninguna circunstancia.

Efectivamente, es algo evidente que han sido motivos más bien formales que sustantivos los que han llevado al gobierno estadounidense a promulgar esta nueva legislación. Gracias a ella, el mismo se ha dotado de una base jurídica bastante más sólida. La nueva Ley le permite seguir aplicando medidas de carácter extraordinario al mismo tiempo que viene a subsanar el defecto de forma que el Tribunal Supremo había identificado en el caso *Hamdan v.*

(...). It will be fought on many fronts against a particularly elusive enemy over an extended period of time. Progress will come through the persistent accumulation of successes –some seen, some unseen (...). In the war against global terrorism, we will never forget that we are ultimately fighting for our democratic values and way of life. Freedom and fear are at war, and there will be no quick or easy end to this conflict. In leading the campaign against terrorism, we are forging new, productive international relationships and redefining existing ones in ways that meet the challenges for of the twenty-first century”. *The National Security Strategy of the United States of America*; September 2002. <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>

3. La *Orden Militar* nº 1 sobre “Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism” (16 de noviembre de 2001), modificada y completada por sucesivas órdenes militares del Secretario de Defensa y por la *Detainee Treatment Act* en el 2005.

4. El Presidente Bush entendía justificado el recurso a estas medidas extraordinarias dado que los ataques terroristas contra los Estados Unidos se habían producido “on a scale that has created a state of armed conflict that requires the use of the United States Armed Forces”. *Military Order*, *supra* nota 3, pár. 1 (a). La cursiva es nuestra.

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

Rumsfeld y sobre cuya base había declarado la ilegalidad del sistema de comisiones preexistente: la ausencia de una previa autorización del Congreso⁵. Por otra parte, es indudable que la adopción de esta nueva Ley representa una muy buena señal política para la Administración Bush. El apoyo explícito que ha recibido por parte de las dos Cámaras legislativas cuando todavía estaban controladas por los Republicanos⁶, servirá para justificar su política antiterrorista ante una opinión pública que cada vez resulta menos complaciente con las acciones del gobierno y más sensible ante sus excesos. De esta forma, sosteniendo que el terrorismo internacional sigue representando un grave peligro para la seguridad nacional de los EE.UU. y que todavía se precisan medidas legislativas extraordinarias para afrontarlo, el gobierno ha logrado consagrar legalmente los amplísimos poderes con los que se ha ido dotando a lo largo de estos años para detener, interrogar y enjuiciar a los presuntos terroristas.

Aunque el principal propósito de la Ley sea regular el procedimiento a través del cual se establecerán y funcionarán estas comisiones, es evidente que la misma es mucho más que una mera regulación de carácter penal o procesal. A lo largo de sus diez secciones, confirma la interpretación unilateral y selectiva de las obligaciones internacionales que el gobierno estadounidense ha venido sosteniendo en contra de la doctrina y jurisprudencia de los órganos de control internacionales⁷. En ella, se respaldan categorías jurídicas desconocidas para el Derecho internacional humanitario (DIH) como la de “combatiente enemigo ilegal”, o la de “infracciones graves del artículo 3 común”; se flexibiliza la prohibición absoluta de someter a las personas a tratos crueles, inhumanos o degradantes; no se acoge de manera correcta el régimen de responsabilidad de los agentes del Estado por crímenes de guerra; se establece un procedimiento judicial que no respeta las más mínimas garantías del acusado y se priva a los detenidos del recurso al *habeas corpus*, una garantía

5. *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (29 de junio de 2006). <http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>

6. En el Congreso la Ley obtuvo 250 votos a favor y 170 en contra, mientras que en el Senado registró 65 a favor y 34 en contra.

7. V. por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos*, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3; Situación de los detenidos de la Bahía de Guantánamo. Informe de la Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, el Relator Especial sobre la tortura y otras penas y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, el Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias y del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; E/CN.4/2006/120.

MILENA COSTAS TRASCASAS

judicial que de acuerdo con el Derecho internacional general vigente no puede suspenderse ni siquiera en situaciones excepcionales⁸.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, estamos ante una regulación confusa, donde son frecuentes las referencias internas, las excepciones, el uso de términos ambiguos, la repetición innecesaria de palabras y las frases donde se aparenta decir una cosa, cuando en realidad se dice la contraria. La Ley utiliza una redacción engañosa y capciosa porque los principios y derechos que afirma garantizar quedan completamente vacíos de contenido a lo largo de su articulado. Desde luego que no hace falta ser un experto en Derecho penal para concluir que la *Military Commissions Act* (MCA) presenta ciertos aspectos que difícilmente se conforman con el principio de legalidad, el cual exige que las leyes sean claras y precisas en el contenido de su regulación.

Para ofrecer una panorámica global sobre los aspectos más destacables de la MCA, hemos estructurado este artículo en tres partes: en la primera nos referiremos a los aspectos generales de la Ley; en la segunda responderemos a la cuestión de si estas comisiones reúnen las suficientes garantías de independencia e imparcialidad y aseguran al acusado el derecho a un proceso justo; en último lugar, examinaremos los aspectos que afectan a la interpretación y aplicación de las normas de DIH.

I. ASPECTOS GENERALES

Como decíamos, la Administración Bush tan sólo tardó tres meses en responder con una ley a la sentencia *Hamdan v. Rumsfeld* que había declarado la

8. El carácter inderogable de esta garantía ha sido ampliamente reconocido por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos tanto en tiempo de paz como de conflicto armado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una aportación fundamental al establecer la regla general que sirve para determinar qué derechos o garantías no pueden ser objeto de suspensión bajo ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de excepción, debido a su estrecha relación con los derechos que "en esencia" no son susceptibles de derogación, en concreto, con el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura. Partiendo del hecho de que la protección de esos derechos debe ser garantizada en todo momento se llega a la conclusión evidente de que los recursos procesales que sean indispensables para tutelar su respeto y para garantizar a los acusados un juicio imparcial no pueden sino ser también inderogables. La Corte pone como ejemplo dos recursos judiciales considerados como indispensables e idóneos para la garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos inderogables bajo el estado de excepción: el *habeas corpus* y el recurso de amparo o similares. V. *El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Ser. A, n° 8 (1987).

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

ilegalidad del sistema de comisiones militares autorizado por el Presidente en noviembre del 2001⁹. En el caso en cuestión, el Tribunal Supremo concluyó que el gobierno no había justificado de manera suficiente la necesidad de que el presunto miembro de *Al-Qaeda* fuera juzgado por una comisión militar creada *ad hoc* y sin tener en cuenta las reglas que rigen los tribunales militares de conformidad con el Derecho interno estadounidense¹⁰. Además, declaraba que la estructura y procedimiento de tales comisiones, aparte de no conformarse con el Código Penal Militar americano (*The Uniform Code of Military Justice* de 1951), dejaban al acusado sin las garantías judiciales mínimas previstas por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra¹¹, o lo que es lo mismo, que *Salim Ahmed Hamdan* había sido juzgado por un tribunal que no estaba regularmente constituido y conforme a un procedimiento que no ofrecía las garantías “reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”¹². La reacción del ejecutivo estadounidense ante esta decisión fue casi inmediata. El Departamento de Defensa a los pocos días emitía un *Memo-rándum* dirigido a los máximos responsables de ese Departamento declarando la aplicabilidad del citado artículo 3 común al “conflicto” que Estados Unidos mantiene con *Al-Qaeda*¹³, y la Administración Bush manifestaba su inten-

9. V. *Supra* nota 6.

10. “The regular military courts in our system are the courts-martial established by congressional statute. At a minimum, a military commission can be ‘regularly constituted’ only if some practical need explains deviations from court martial practice. No such need has been demonstrated here” (párrs. 69-70).

11. Esta disposición obliga a las partes a respetar una serie de garantías mínimas que resultan aplicables en todo tiempo y lugar y protege a las personas que no participen o hayan dejado de participar en las hostilidades. La misma, prohíbe, entre otras cosas: “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Los EE.UU. ratificaron en 1955 los cuatro Convenios de Ginebra, aparte, el Tribunal Supremo en el citado caso *Hamdan* ha reconocido el valor consuetudinario de esta disposición. V. *Nota infra*.

12. “The phrase ‘all the guarantees... recognized as indispensable by civilized peoples’ in Common Article 3 of the Geneva Conventions is not defined, but it must be understood to incorporate at least the barest of the trial protections recognized by customary international law. The procedures adopted to try Hadam deviate from those governing court-martial in ways not justified by practical need, and thus fail to afford the requisite guarantees. Moreover, various provisions of Commission Order No. 1 dispense with the principles, which are indisputably part of customary international law, that an accused must, absent disruptive conduct or consent, be present for his trial and must be privy to the evidence against him” (párrs. 17-19).

13. La Oficina del Secretario de Defensa asumía que: “The Supreme Court has determined that Common Article 3 to the Geneva Conventions of 1949 applies as a matter of law to the conflict with Al Qaeda (...). It is my understanding that, aside from the military commissions procedures, existing DoD orders, policies, directives, executive orders, and doctrine comply with the standards of Common Article 3 and, therefore, actions by DoD personnel that comply with

MILENA COSTAS TRASCASAS

ción de acudir al Congreso para pedir la autorización necesaria para reconstituir las comisiones impugnadas a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo. *La Military Commission Act* (2006) es el resultado.

La Ley comienza haciendo referencia a toda una serie de cuestiones generales que buscan excluir la posibilidad de que el sistema de comisiones militares pueda verse de nuevo cuestionado en el futuro, especialmente por los motivos que se suscitaron en el referido caso *Hamdan*. Así, al mismo tiempo que atribuye al Presidente la competencia y discrecionalidad para establecer tales comisiones cuando lo crea conveniente, tiende a negar con carácter general la de los jueces y tribunales para controlar la legalidad de su funcionamiento¹⁴. A este objetivo parecen dirigirse toda una serie de disposiciones con las que se obtiene el efecto de limitar la competencia e independencia que el poder judicial debería conservar en todo momento para juzgar si las comisiones militares han sido constituidas correctamente y si funcionan no ya conforme a la Ley, sino de conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, incluidas las obligaciones internacionales asumidas por los EE.UU.

De entrada, ya resulta bastante sorprendente que la Ley afirme que cualquier comisión que se cree de conformidad con ella constituye “un tribunal regularmente constituido, que otorga las necesarias garantías judiciales consideradas como indispensables por los pueblos civilizados a los efectos del artículo 3 común”¹⁵. Sorprende, sobre todo, porque la nueva regulación en nada mejora el sistema de comisiones militares impugnado, ni tampoco introduce ningún cambio sustancial a la luz de lo que se desprendía de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo. Efectivamente, las nuevas comisiones militares mantienen la misma estructura y funcionamiento y, por tanto, siguen sin otorgar al acusado el mínimo de garantías judiciales que requiere el artículo 3 común. El legislador parece ser consciente de este fallo y trata de evitar que la Ley pueda ser nuevamente cuestionada por estos motivos, de dos formas. Por un lado, restringiendo la capacidad de los tribunales designados para revisar la sentencia de las comisiones exclusivamente al examen de las cuestiones de Derecho y no de fondo. Por otro, negando a los jueces y tribunales la competencia para atender o considerar cualquier acción –pendiente o futura– “en relación con la acusación, el proceso de enjuiciamiento o la

such issuances would comply with the standards of Common Article 3”. *Application of Common article 3 of the Geneva Conventions to the Treatment of Detainees in the Department of Defense. Memorandum*. <http://www.defenselink.mil/news/Aug2006/d20060814comm3.pdf>

14. MCA § 948b (b) y (c).

15. MCA § 948b (f).

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

sentencia de una comisión militar, incluidas las demandas referidas a la legalidad de los procedimientos de las comisiones militares”¹⁶.

1.1. *Ámbito de aplicación de la Ley*

La MCA recoge el procedimiento que habrán de seguir en su funcionamiento las comisiones militares, que podrán ser establecidas discrecionalmente por el poder ejecutivo con la finalidad de juzgar a las personas que resulten ser “combatientes enemigos ilegales”. Como se desarrollará más adelante, de conformidad con la sección 948c, esta categoría se refiere a toda persona que no sea nacional estadounidense y que: a) haya tomado parte activa en hostilidades o haya apoyado acciones hostiles contra los EE.UU. o sus aliados; b) pertenezca a un determinado grupo; c) sea expresamente calificado como tal por un órgano creado *ad hoc* con esta finalidad.

1.1.1. *Ratione personae*

Como es sabido, el gobierno de Estados Unidos ha creado *ex novo* la categoría de “combatientes enemigos ilegales”, hecha a medida para que los miembros de *Al-Qaeda* y demás presuntos terroristas no puedan disfrutar de los beneficios que el DIH otorga a los combatientes legítimos¹⁷. La Ley respalda este concepto pero resulta poco rigurosa a la hora de determinar las características que una persona debe reunir para entrar dentro de esta categoría¹⁸.

16. “Except as otherwise provided in this chapter and notwithstanding other provision of law (including section 2241 of title 28 or any other habeas corpus provision) no court, justice or judge shall have jurisdiction to hear or consider any claim or cause of action whatsoever, including any action pending on or filed after the date of the enactment of the Military Commission Act of 2006, relating to the prosecution, trial, or judgement of a military commission under this chapter, including challenges to the lawfulness of procedures of military commissions under this chapter”; MCA § 950j (b).

17. Recientemente el Relator Especial de las Naciones Unidas para la protección y la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el americano Martin Scheinin, ha señalado que se trata de una definición de conveniencia que no produce ningún efecto jurídico dado que el Derecho internacional no prevé tal tercera categoría de personas: las que han participado en las hostilidades son o “combatientes” o “civiles” que han participado en las hostilidades y que por lo tanto pueden ser perseguidas y ser juzgadas. *UN Press Release: Preliminary findings on visit to United States by Special Rapporteur on Promotion and Protection of human rights while countering terrorism*; 29 de mayo de 2007.

18. MCA § 948d (b).

MILENA COSTAS TRASCASAS

Así, el concepto de “combatiente enemigo ilegal” se refiere, en primer lugar, a toda persona que haya tomado parte en hostilidades contra los Estados Unidos o sus co-beligerantes o las haya apoyado material e intencionadamente. Sin embargo, la MCA no dice qué entiende por “hostilidades” ni aclara si actos violentos de carácter esporádico o aislado pueden considerarse como tales, o cual sería el grado de “apoyo material” que se precisa para que estas comisiones puedan juzgar una persona que no toma parte activa en las hostilidades. En segundo lugar, se califican expresamente como tales a las personas que se consideren miembros de las fuerzas talibanes, de *Al-Qaeda* o de cualquier fuerza asociada. Por último, podrá ser juzgada por una comisión militar cualquier persona que haya sido calificada como “combatiente enemigo ilegal” por el denominado “Tribunal de Revisión del Estatus de Combatiente”, en el caso de que esa persona se encuentre detenida en Guantánamo, o por cualquier otro tribunal competente que se establezca bajo la autoridad del Presidente o el Secretario de Defensa con esta misma finalidad, en el resto de los casos.

De la letra de la Ley se desprende claramente que lo que se persigue es juzgar a nacionales *no estadounidenses*, incluidas las personas que hayan obtenido la residencia, que se encuentren implicados en hostilidades contra los Estados Unidos o que hayan “apoyado” actos de hostilidad contra ese país. Se trata, por tanto, de un régimen intrínsecamente discriminatorio ya que se aplica únicamente a las personas que no disfruten de la nacionalidad norteamericana. Por otra parte, puede afectar a personas que, estrictamente hablando, no toman parte en las hostilidades y, por tanto, que no son combatientes, ni legítimos ni ilegítimos de acuerdo con la definición que ofrece el DIH. Cabe señalar en todo caso que las personas que de acuerdo con la MCA no entren dentro de esta categoría –combatientes enemigos pero “legales”– habrán de ser juzgadas por tribunales militares, según el procedimiento previsto en el Capítulo 47 del *Uniform Code of Military Justice*¹⁹.

En cuanto a los grados de autoría, junto a la responsabilidad de las personas que sean autores materiales de alguno de los delitos enunciados, la Ley establece que será susceptible de ser juzgado conforme a ella todo aquel que “ayude, instigue, aconseje, ordene o procure su comisión”²⁰. De esta forma, la jurisdicción de las comisiones se extiende incluso a simples civiles, personas que no toman parte en hostilidades contra los Estados Unidos o sus alia-

19. De hecho, la nueva Ley se introduce como nuevo Capítulo 47 A del *United States Code* que compila y codifica la legislación que conforma el Derecho general federal.

20. MCA § 950q.

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

dos. Si ya muchos de estos términos resultan vagos, poco o nada objetivos y de difícil constatación, la Ley va aún más allá al otorgar a las comisiones competencia para juzgar a cualquier persona que teniendo conocimiento de la comisión de un delito que resulte punible de acuerdo con la Ley, “reciba, acoga o asista al culpable con la finalidad de esconderla o evitar su aprehensión, juicio o castigo”²¹. Cabe mencionar en particular que la conspiración se configura no ya como un grado de responsabilidad sino como delito autónomo, que, sin embargo, ofrece una redacción excesivamente imprecisa²². Así, cualquier persona que “conspire para cometer alguno de los delitos a los que se refiere la Ley”, y que realice alguna acción que revele su intención de producir el resultado previsto, podrá ser juzgada y, llegado el caso, condenada a muerte si como consecuencia de la conspiración se produce la muerte de alguna persona. Se recoge, por último, el principio bien aceptado de la responsabilidad del superior jerárquico que supiera, tuviera razón para saber, o hubiera debido saber que un subordinado fuera a cometer o hubiera cometido tales actos y no hubiera tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o para sancionar a los autores de los mismos²³.

1.1.2. *Ratione materiae*

Una vez aclarados estos aspectos de la responsabilidad, la Ley establece que las comisiones militares sólo juzgarán aquellas acciones que se cometan en hostilidades contra los Estados Unidos y que constituyan violaciones del Derecho aplicable a los conflictos armados u otro tipo de delito según lo previsto en ella. La sección 950v enuncia y define, en términos muy generales, los actos que habrán de ser juzgados conforme al procedimiento que establece, algunos de los cuales se consideran inadecuadamente crímenes de guerra: 1) el asesinato de personas protegidas; 2) el ataque de civiles; 3) el ataque de objetos civiles; 4) el ataque de la propiedad protegida; 5) el pillaje; 6) la negativa de dar cuartel; 7) la toma de rehenes; 8) el empleo de veneno u otras ar-

21. MCA § 950r.

22. “Any person subject to this chapter who conspires to commit one or more substantive offenses triable by military comisión under this chapter, and who knowingly does any overt act to effect the object of the conspiracy, shall be punished, if death results to one or more of the victims, by death or such other punishment as a military commission under this chapter may direct, and, if death does not result to any of the victims, by such punishment, other than death, as a military commission under this chapter may direct” [MCA &950v (b)28].

23. MCA § 950q (3).

MILENA COSTAS TRASCASAS

mas similares; 9) el uso como escudos de personas protegidas; 10) el uso como escudo de propiedad protegida; 11) la tortura; 12) los tratamientos crueles o inhumanos; 13) causar intencionalmente un daño serio al cuerpo; 14) la mutilación o la desfiguración; 15) el asesinato en violación del Derecho de guerra; 16) la destrucción de la propiedad en violación del Derecho la guerra; 17) el uso del engaño o la perfidia; 18) el uso inapropiado de la bandera o tregua; 19) el uso inapropiado del emblema distintivo; 20) el maltrato intencionado de los restos humanos; 21) la violación; 22) la agresión o el abuso sexual; 23) el secuestro o la puesta en peligro de una embarcación o aeronave; 24) el terrorismo; 25) la provisión de apoyo material al terrorismo; 26) prestar ayuda indebida al enemigo; 27) el espionaje; y 28) la conspiración.

1.1.3. *Ratione temporis*

La competencia de las comisiones para juzgar estos delitos no conoce límite temporal alguno, se extiende a los actos que hayan sido cometidos “antes, durante o después del 11 de septiembre del 2001”²⁴. En consecuencia, la Ley establece la imprescriptibilidad de los delitos arriba enunciados que podrán ser enjuiciados en cualquier momento autorizando expresamente su aplicación retroactiva a hechos que se hayan producido con carácter previo a la fecha de su entrada en vigor. Como es sabido, la irretroactividad de la ley penal es una cuestión extremadamente delicada que la MCA zanja de manera muy simple: aclarando que en ella no se tipifica ningún delito que no existiera previamente sino que se limita a declarar el Derecho existente y a codificar los crímenes para su posterior enjuiciamiento por las comisiones militares²⁵.

24. MCA § 948d (a).

25. MCA § 950p (a). Según el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, ratificado por los EE.UU.: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional (...). Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. De conformidad con el artículo 4 PIDCP este artículo no puede derogarse en ninguna circunstancia ni siquiera “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”. Sobre este aspecto el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre terrorismo y derechos humanos ha concluido que: “the military comisions will be applying criminal law retroactively, in breach of ICCPR Article 15 and universally acknowledged general principles of law”. V. *Supra* nota 18.

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

1.2. *Constitución y funcionamiento de las comisiones militares*

La Ley comienza atribuyendo de manera expresa al Presidente la competencia para establecer las comisiones militares, dejando inalterada la posibilidad que ya tiene asignada de poner en funcionamiento comisiones militares en áreas que se encuentran sometidas a la Ley marcial o en territorios ocupados, si las circunstancias así lo requieren²⁶. Corresponde al Secretario de Defensa o a cualquier funcionario u oficial por él designado convocar las comisiones. Éstas estarán presididas por un Juez Militar y compuestas normalmente por cinco miembros salvo que el acusado se enfrente a una sentencia de pena capital, en cuyo caso deberán ser como mínimo doce²⁷. Teniendo en cuenta que ésta es la pena más grave de todas y que no hay forma de reparar las consecuencias que se derivan de su ejecución en caso de error judicial, no deja de ser llamativo que la única excepción prevista en esta sección se refiera precisamente a estos casos. Así, el número de componentes de la comisión puede reducirse hasta un mínimo de cinco “a causa de circunstancias físicas o exigencias militares”, bastando con que la correspondiente autoridad realice una declaración escrita sobre los motivos por los que un gran número de los miembros no se encontraban ese día disponibles²⁸.

Únicamente resultan elegibles jueces de carrera militar que se encuentren especialmente cualificados y que hayan sido previamente certificados por el Juez Abogado General de las Fuerzas Armadas para desempeñar sus funciones ante tribunales militares. El juez se limitará a dirigir el proceso y a decidir sobre las cuestiones procedimentales, incluida la admisión de pruebas y las cuestiones interlocutorias que puedan surgir²⁹. No deja de ser curioso que la Ley contemple explícitamente la posibilidad de que el mismo pueda cambiar “en cualquier momento del proceso” el sentido de sus decisiones³⁰. Por lo demás, la acción del juez se limita a regular las cuestiones de Derecho y no participará en la votación de la sentencia final, siendo por ello una cuestión decisiva si entre los criterios que sirven para designar al resto de los miembros que integran la comisión se exige que éstos tengan una previa formación jurídica. En este sentido, la Ley no establece ningún requisito específico: podrá ser elegido cualquier oficial de las fuerzas armadas en activo que-

26. MCA § 948h; Sección 3.

27. MCA §948i y § 948j.

28. MCA § 948m en relación con la MCA § 949m.

29. MCA § 948j.

30. MCA § 949l.

MILENA COSTAS TRASCASAS

dando a la discrecionalidad de la autoridad que designa la elección de aquellos que se encuentren mayormente cualificados, teniendo en cuenta su “temperamento judicial” y otras circunstancias como la edad, educación, formación, experiencia y años de servicio³¹.

Cabe destacar, por último, que está prevista la posibilidad de que el juez cierre al público todo o parte del procedimiento en caso de que así lo estime necesario para proteger la confidencialidad de la información, si razonablemente entiende que su revelación puede producir un perjuicio a la seguridad nacional, a los servicios de inteligencia o los instrumentos, métodos y actividades que se dirigen a garantizar la aplicación de la ley o a la seguridad física de las personas³².

II. ¿GARANTIZA LA LEY EL DERECHO A SER JUZGADO POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL Y A UN JUICIO JUSTO?

Aunque se prohíba expresamente que los integrantes de la comisión puedan ser evaluados sobre su “efectividad, capacidad o eficiencia” por la autoridad que los ha designado³³, es evidente que las comisiones militares que configura esta Ley son completamente dependientes del gobierno. Como desarrollamos en este epígrafe, las decisiones no pueden ser consideradas como imparciales e independientes debido a que la MCA, además de negar al acusado las garantías judiciales más elementales, atribuye al poder ejecutivo el papel de juez, fiscal y abogado defensor.

El procedimiento que siguen las comisiones militares se caracteriza por ser una suerte de procedimiento extra-extraordinario, que va incluso más allá del previsto por la Ley marcial, derogando adicionalmente determinadas reglas que no podrán ser consideradas en los juicios que se lleven a cabo contra combatientes ilegales enemigos. En cuestiones como la prueba o los derechos procesales que se asignan al acusado, el derecho a la defensa o a apelar la sentencia, este procedimiento se separa claramente del que siguen los tribunales militares cuyas normas sólo resultan aplicables a las cuestiones que la Ley señale expresamente. De hecho, y teniendo en cuenta la práctica seguida por la Administración estadounidense de mantener personas detenidas in-

31. MCA § 948i.

32. MCA § 949d (d).

33. MCA § 949 (a).

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

definidamente sin cargos y sin juicio³⁴, del procedimiento ante las comisiones se excluyen expresamente ciertas reglas que, sin embargo, sí que se garantizan ante las cortes marciales: las relativas a un juicio rápido, las que hacen referencia a la auto-incriminación y las reglas que se refieren a la investigación previa al juicio³⁵.

Por otra parte, la MCA, aunque los proclame³⁶, no garantiza con carácter absoluto ciertos principios generales del Derecho penal, tales como el principio de presunción de inocencia, el principio de *non bis in ídem*, el principio de irretroactividad de la Ley, ni tampoco los derechos procesales que corresponden a todo acusado: el derecho a no declararse culpable, el derecho a la defensa, el derecho a estar presente en el juicio o a que una jurisdicción superior pueda examinar la declaración de culpabilidad y de condena. Aunque es cierto que por motivos de emergencia nacional pueden llegar a limitarse ciertas garantías judiciales, la MCA afecta a derechos y principios que deben mantenerse incluso en situaciones excepcionales, porque son indispensables para garantizar el derecho a un proceso justo ante un tribunal imparcial e independiente. Además, priva al acusado de los recursos judiciales adecuados y efectivos para hacerlos valer sus derechos fundamentales en el caso de que resulten violados.

2.1. *Derecho a la defensa*

Para la defensa del acusado la Ley prevé con carácter general la asignación de un abogado defensor (*defense counsel*), que ha de ser un juez abogado de carrera militar, certificado por el Juez Abogado General para desarrollar las funciones de defensa ante los tribunales marciales de las fuerzas armadas. Aunque cabe la posibilidad de que se nombre a un abogado civil si así lo pide el acusado, es evidente que su derecho a defenderse mediante un abogado de su elección no se encuentra plenamente garantizado, dado que el letrado necesariamente debe reunir toda una serie de condiciones muy precisas; ser ciudadano estadounidense, haber sido calificado previamente como elegible para tener acceso a información clasificada como secreta o haber fir-

34. Los EE.UU. tienen bajo su custodia a aproximadamente 505 detenidos en Guantánamo y más de 400 en Afganistán. Sin embargo, según datos oficiales, han capturado, investigado y puesto en libertad a más de 10.000 personas. UN Doc. CAT/C/48/Add.3/Rev.1, pár. 22.

35. MCA § 948b (c) y (d).

36. MCA § 948r (Compulsory self-incrimination prohibited); 948Q (Charges and specifications); 949I (the accused must be presumed to be innocent);

MILENA COSTAS TRASCASAS

mado un acuerdo escrito por medio del cual se compromete a mantener confidencialidad, a cumplir con las normas e instrucciones de la defensa, así como las reglas de comportamiento durante todo el proceso³⁷. Podrán ocultarse ciertos datos y pruebas y se podrá impedir que asista a la audiencia por motivos de seguridad nacional. La Ley tampoco garantiza la libertad de acción de la defensa: incluso en el caso de que se opte por la elección de un abogado civil, se “asociará” a él un letrado militar (*military counsel*), que representa la acusación pública en nombre de los Estados Unidos³⁸.

2.2. Práctica de la prueba

Si bien la Ley no trata de manera exhaustiva la cuestión de la práctica de la prueba ni hace referencia a los elementos y medios concretos que resultan admisibles ante las comisiones militares, cabe destacar que se distancia en parte –y de manera positiva– con respecto al sistema anterior, al no admitir como válidas las pruebas que no puedan ser vistas o refutadas por la defensa³⁹. De manera muy general, la Ley tan sólo indica que debe darse al abogado defensor “una posibilidad razonable” para obtener testigos y otras pruebas, así como la oportunidad de examinar a los testigos que sean llamados a testificar ante la comisión y delega la reglamentación de este tema al Secretario de Defensa, que, según dice la Ley, habrá de hacerlo ateniéndose al procedimiento penal que normalmente se sigue ante los tribunales ordinarios⁴⁰. Hasta aquí, todo parece indicar que no se produce ninguna variación sustancial, en lo que a la prueba se refiere, con respecto a los procedimientos penales ordinarios, si no fuera porque, a renglón seguido, la Ley incluye una parte dedicada por completo a la protección de información clasificada. Así, en cualquier fase del proceso y a petición del jefe del departamento ejecutivo, militar o de cualquier agencia gubernamental concernida, el juez podrá impedir la revelación de información que se considere importante para proteger la seguridad nacional⁴¹.

37. MCA § 949b (b).

38. MCA § 949c (a) y (5).

39. MCA § 949a (E) (i).

40. MCA § 949a y 949j. Los elementos de prueba deberán admitirse si el juez militar determina que tienen un “valor probatorio razonable”, aunque podrá ser excluido cualquier elemento en el caso de que se considere que el valor que se le atribuye es excesivo y pueda derivar en un “perjuicio injusto, confusión o conducir a la comisión a equívoco” o “por considerados de retraso indebido, pérdida de tiempo o para evitar que se presenten innecesariamente pruebas acumulativas”, MCA § 949 (F).

41. MCA § 949d (f) (1).

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

Igualmente, durante la declaración de los testigos, la acusación tendrá el derecho a objetar tanto las preguntas, el interrogatorio o las pruebas que, en su opinión, puedan requerir que se revele información clasificada. En este caso, el juez se encuentra autorizado para retrasar el juicio hasta que se realicen las correspondientes consultas y se determine si la información goza o no del privilegio de la confidencialidad⁴². Dado que el acusado en ningún caso estará presente en estas deliberaciones ni tendrá acceso a esta información, la Ley trata de paliar lo que objetivamente parece una flagrante violación del derecho de la persona a preparar de manera adecuada su defensa, ofreciendo como alternativa que se supriman ciertos elementos de la información clasificada o sólo una parte de la misma y se acompañe con un resumen de la información, o bien que el acusado reciba una declaración con los hechos relevantes que resultan probados de acuerdo con la información clasificada⁴³. Este mismo procedimiento alternativo será el que se siga en el supuesto de que la información protegida contenga pruebas que exculpan al acusado, en cuyo caso y tan pronto como sea posible, la acusación tendrá la obligación de comunicar a la defensa su existencia así como de proveer al acusado de información “sustitutoria adecuada”⁴⁴.

Que la Ley admita la posibilidad de que la acusación pueda introducir pruebas de cargo sin revelar las “fuentes, métodos o actividades” por medio de las cuales los Estados Unidos han adquirido la información porque se consideren clasificados⁴⁵, lógicamente, plantea la duda de si también las declaraciones obtenidas por medio de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, podrán verse protegidas por razones de seguridad nacional y servir en consecuencia como elemento de prueba ante las comisiones militares. En este sentido, hay que destacar que la nueva legislación tan sólo prohíbe expresamente que se empleen como elemento de prueba declaraciones que sean el resultado de actos de tortura, admitiendo, sin embargo, el valor probatorio de las que hayan sido obtenidas mediante actos de “coacción”, otorgando incluso valor a la auto-incriminación bajo ciertas circunstancias (si el juez determina que es creíble e instruye a los miembros de la comisión sobre la necesidad de valorar la autenticidad de la prueba a la hora de determinar su peso). En cuanto al grado de coacción permitido, la Ley distingue entre las declaraciones obtenidas de esa forma antes y después de la entrada en vigor

42. MCA § 949d (f) (2) (C).

43. MCA § 949d (f) (2) (A).

44. MCA § 949j (d).

45. MCA § 949d (f) (2) (B).

MILENA COSTAS TRASCASAS

de la *Detainee Treatment Act*. En el primer caso, podrán ser admitidas en interés de la justicia, si el juez entiende que la declaración –a pesar de ser el resultado de medidas de coacción– resulta fiable y con suficiente valor probatorio⁴⁶. Sólo si se trata de declaraciones obtenidas con posterioridad al 30 diciembre 2005 –la fecha de entrada en vigor de la mencionada normativa–, se exigen, además de las anteriores condiciones, que en el interrogatorio no se hayan utilizado métodos que “constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes”, según se definen en la sección 1003 de la mencionada norma⁴⁷. Debe recordarse a tales efectos que el gobierno de Estados Unidos al ratificar la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984* introdujo una reserva relativa a la interpretación que cabe dar a esta expresión y que se corresponde con la que aparece en la Quinta, Octava y Decimocuarta Enmiendas a la Constitución⁴⁸.

De lo anterior se deduce que la MCA –aunque aparentemente parezca prohibir las declaraciones que sean el resultado del recurso a métodos crueles, inhumanos o degradantes– no consagra una prohibición absoluta de las pruebas obtenidas mediante coacción o presiones de carácter físico o psicológico. Más bien al contrario, admite explícitamente la posibilidad de que se presenten como prueba de cargo declaraciones obtenidas irregularmente, es decir, mediante técnicas abusivas de interrogatorio en el período que va del 2001 al 2005, e implícitamente tolera y fomenta tales prácticas de cara al futuro, porque impide al juez comprobar las condiciones de detención –los detenidos no disponen del recurso de *habeas corpus*⁴⁹–, y porque permite que

46. MCA § 948r (c).

47. MCA § 948r (d).

48. Los Estados Unidos interpretan que los actos de tortura prohibidos por la Convención se limitan a los que causan un daño mental *prolongado*. El Comité contra la tortura de la ONU tras examinar el último informe periódico presentado por este país, ha reiterado que esa exigencia abarca una gama más amplia de actos que infligen graves sufrimientos mentales, sea cual fuere su duración. En este sentido, se muestra preocupado por la falta de disposiciones legislativas claras para que no se haga excepción alguna a la prohibición de la tortura dispuesta en la Convención. Además recuerda al Estado su obligación de velar por que se enjuicie y sancione como es debido a los autores de actos de tortura. *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la tortura*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, de 25 de julio de 2006, párs. 13 y 19.

49. Este recurso, consagrado en la Constitución de EE.UU. es el instrumento legal que permite a cualquier acusado cuestionar la legalidad de su detención ante un juez. A efectos prácticos, prohíbe las detenciones indefinidas sin la presentación de cargos o un juicio formal. Recientemente, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia en el caso ha sostenido la constitucionalidad de la MCA a pesar de que retire la competencia de los tribunales estadounidenses sobre los recursos de *habeas corpus* que puedan interponer los enemigos combatientes ilegales. A este respecto ha señalado que la Ley no representa una “suspension

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

en cualquier momento del proceso se decreta la confidencialidad de los medios o actividades que han sido empleados para obtener la información; de este modo se hace muy difícil que estos abusos puedan denunciarse y salgan a la luz.

2.3. Sentencia y penas aplicables

La sentencia la decide la Comisión Militar tras votación secreta, por escrito, con el voto afirmativo de al menos los dos tercios de los miembros presentes en el momento de la misma, salvo en el caso de que se trate de una sentencia que imponga la privación de la libertad por más de diez años o la pena de muerte, en cuyo caso se precisa el de los tres cuartos⁵⁰.

En lo que respecta a las penas, la Ley deja una amplísima libertad: puede imponerse cualquier tipo de pena que no se encuentre prohibida expresamente. Está permitida la pena de muerte, la cadena perpetua, la privación de libertad, el pago de una indemnización equitativa o cualquier otro castigo que pueda determinar la comisión militar. No deja de producir cierta perplejidad la lista de los castigos que quedan expresamente prohibidos: los latigazos, marcar o tatuar el cuerpo humano, el uso de grilletes, así como cualquier otro maltrato que pueda considerarse cruel o “inusual”⁵¹. Se deja sin aclarar qué tipos de castigos entrarían dentro de esta última categoría que, en nuestra opinión, puede dar cabida a la práctica de castigos de carácter inhumano o degradante pero, sin embargo, considerados como “usuales”. Tampoco se menciona el límite máximo de la sentencia, a determinar por el Presidente o el Secretario de Defensa⁵². En todo caso, la pena de privación de libertad se ejecutará en un lugar que se encuentre bajo el control de las fuerzas armadas o

sión” del recurso. por lo tanto no contradice la Constitución de acuerdo con la cual: “The Privilege of the Writ of *Habeas Corpus* shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it”. Al contrario, la mayoría de los jueces concluyeron que este recurso es un título individual que no existe en el caso de que el individuo no sea beneficiario de derechos en virtud de la Constitución. Este caso que acumula los recursos de apelación de 63 ciudadanos no estadounidenses denunciando la ilegalidad de su detención por ser contraria a la Constitución, representa evidentemente un paso atrás con respecto a la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Rasul*. Será este mismo órgano el que nuevamente tendrá la última palabra a este respecto. V. *Boumediene v. Bush*, nº 05-5060 etc. (DC Cir.Feb.20, 2007).

50. MCA § 949l.

51. MCA § 949s.

52. MCA § 949t.

MILENA COSTAS TRASCASAS

en cualquier institución penal o correccional controlada por los Estados Unidos, sus aliados, o que se encuentre a su disposición⁵³.

Está prevista expresamente la pena de muerte para los reos de aquellos delitos que produzcan como consecuencia la muerte de personas, como los casos de asesinato de personas protegidas, los ataques a civiles, la toma de rehenes, el uso como escudo humano de personas protegidas, el empleo de veneno o armas similares o cuando se produce la muerte de la persona tras ser torturada o sometida a otros tratamientos crueles o inhumanos. Si bien la MCA parece requerir condiciones más estrictas cuando se trata de imponer la pena capital, exigiendo un número más elevado de miembros en la votación y la unanimidad de todos ellos para imponer esta pena, no puede pasarse por alto que, al mismo tiempo, prevé numerosas excepciones que claramente juegan en contra del reo. Una lectura conjunta de todas ellas puede llevar a la conclusión de que, al estar en juego un derecho inderogable como es el derecho a la vida de la persona, la MCA no ofrece al acusado un proceso con todas las garantías jurídicas y que, por tanto, la imposición de la pena capital debe considerarse una privación arbitraria del derecho a la vida, de acuerdo con amplia jurisprudencia y doctrina internacional. No deja de ser llamativo en este sentido que la propia Ley se refiera al error judicial en los siguientes términos: “una determinación o sentencia de una comisión militar, creada de conformidad con este capítulo, no debe considerarse incorrecta como consecuencia de un error de Derecho, a menos que el error materialmente perjudique los principales derechos del acusado”⁵⁴.

2.4. Recursos

A grandes rasgos, la Ley no cambia sustancialmente el sistema de recursos preexistente. Puede destacarse como elemento positivo que el nuevo sistema permite apelar ante un tribunal de apelación civil cualquier tipo de sentencia, y en esta parte deroga a la *Detainee Treatment Act (2005)* que sólo permitía este recurso en el caso de que se tratara de una pena de muerte o de privación de libertad de más de 10 años.

El acusado dispone de un plazo de veinte días para someter a la autoridad convenida (*convening authority*) ciertas cuestiones relativas a las conclusiones o a la sentencia de la comisión militar para su consideración. Dicha auto-

53. MCA § 949u.

54. MCA § 950a.

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

ridad goza de una discrecionalidad absoluta para aprobar, desaprobado, conmutar o suspender total o parcialmente la sentencia, aunque no podrá aumentar la pena. Es posible que bajo ciertas circunstancias se ordene la revisión e incluso la repetición del juicio⁵⁵. Una vez aprobada la sentencia la autoridad en cuestión referirá el caso al *Tribunal de Revisión de las Comisiones Militares*⁵⁶. Se trata de un tribunal establecido por el Secretario de Defensa, compuesto por un comité de tres jueces militares como mínimo y que se limita a revisar las cuestiones de Derecho que hayan sido planteadas por la defensa. La decisión final del Tribunal de Revisión podrá recurrirse nuevamente ante el *Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia*, el cual deberá limitarse a considerar si la decisión final es consistente con los estándares y procedimientos especificados por la Ley para el funcionamiento de las Comisiones Militares y, cuando sea pertinente, su compatibilidad con la Constitución y las Leyes de los Estados Unidos⁵⁷. Resulta un tanto curioso comprobar que la Ley insiste en garantizar el “derecho” del acusado, no ya a interponer un recurso, sino a renunciar por escrito a él, así como a retirar la apelación en cualquier momento⁵⁸. Corresponderá en última instancia al *Tribunal Supremo* revisar la decisión final del Tribunal de Apelaciones tras la interposición del correspondiente recurso de amparo (*writ of certiorari*)⁵⁹.

III. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Tomando como punto de partida el cuestionado presupuesto de que la lucha contra el terrorismo internacional es un conflicto armado que se rige por el DIH, el legislador recurre a este núcleo normativo con la finalidad de tipificar y definir los crímenes de guerra. Por eso, no es extraño que la terminología que emplea la MCA en sus últimas secciones resulte bastante familiar. A pesar de ello, esta Ley debe leerse con mucha cautela ya que, lejos de hacer una mera transposición de las normas y principios del DIH, opta por recurrir a ellos de manera selectiva.

Así, por ejemplo, en unos casos, aparentemente toma como base y se refiere de manera expresa a las disposiciones de los Convenios de Ginebra pero

55. MCA § 950b.

56. MCA § 950c y 950f.

57. MCA § 950g.

58. MCA § 950c (c).

59. MCA § 950g (d).

MILENA COSTAS TRASCASAS

omite posteriormente ciertas obligaciones y frases, o incorpora otras provi- siones que no están específicamente previstas. En otros casos, la Ley resulta engañosa pues añade la coletilla “in violation of the law of war” cuando en realidad no existe ninguna norma de este conjunto normativo que prevea la regla en cuestión. Más concretamente, los crímenes enumerados en la sección 950v-24-28 (el terrorismo; la provisión de apoyo material al terrorismo; pres- tar ayuda indebida al enemigo; el espionaje y la conspiración), van más allá de lo que está previsto por el DIH. Esto significa que las comisiones milita- res tienen jurisdicción para juzgar delitos que no forman parte del Derecho Internacional Humanitario y que, por tanto, permite que las mismas juzguen a civiles en violación de lo que está previsto por el Derecho internacional de los derechos humanos. A través de esta técnica, la nueva legislación viene a enmendar de manera sustantiva la *War Crimes Act* (1996) en lo que respecta a los actos que constituyen crímenes de guerra en virtud del artículo 3 común.

Parece fuera de duda que los EE.UU. han optado por considerar que la lucha contra el terrorismo internacional es una “guerra” para así poder justi- ficar jurídicamente medidas excepcionales tales como la detención de los combatientes sin cargo alguno hasta el fin de las hostilidades o el interna- miento de civiles por razones de seguridad; de otra manera se verían obliga- dos a regirse por las normas de derechos humanos, mucho más estrictas. Lo paradójico es que el gobierno estadounidense no reconoce los derechos que las normas humanitarias atribuyen a las personas que caen en poder del ene- migo y se niegan a atribuir a sus agentes la responsabilidad que se deriva de su violación. Para evitar estas consecuencias jurídicas “no deseadas”, se han introducido en la nueva Ley categorías “para-jurídicas” que, evidentemente, han sido creadas con la finalidad de eludir los límites que lógicamente impo- ne el DIH⁶⁰. No es preciso recordar que muchos de estos límites son hoy de naturaleza consuetudinaria dado que se corresponden con normas mínimas de humanidad que deben respetarse en cualquier circunstancia.

3.1. *La definición de “enemigo combatiente ilegal”: consecuencias jurídicas*

Poco después de que comenzaran las operaciones en Afganistán el Pre- sidente de los EE.UU. anunció su postura sobre la posible aplicación de las

60. V. James G. Stewart, “The Military Commissions Act’s inconsistency with the Gene- va Conventions: An overview”, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p. 28.

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

disposiciones relativas al estatuto de prisionero de guerra a las personas que resultaran capturadas en el curso de este conflicto⁶¹. El Presidente decidía que el III Convenio de Ginebra debía aplicarse a los detenidos talibanes (dado que Afganistán también es parte del mismo), pero no a los terroristas internacionales de *Al-Qaeda* (por ser un grupo terrorista internacional que no es parte). No obstante, señalaba que en virtud del artículo 4 los talibanes no podían considerarse como combatientes legítimos porque no se distinguen de manera efectiva de la población civil y porque no conducen sus operaciones con arreglo a las leyes y costumbres de la guerra. De esta forma, los miembros de *Al-Qaeda*, talibanes asociados o seguidores suyos así como los que apoyan a esas fuerzas no serán tratados como combatientes legítimos, sino como “combatientes enemigos ilegales” que, consecuentemente, deberán permanecer detenidos hasta que acaben las hostilidades, sin que puedan beneficiarse del estatuto de prisionero de guerra⁶².

La MCA mantiene la definición que ya la *Detainee Treatment Act* del 2005 ofrecía de este concepto, destinado a crear un nuevo régimen jurídico para el tratamiento de los combatientes enemigos que el gobierno de los EE.UU. no considera legítimos en el sentido que se desprende de los Convenios de Ginebra de 1949. Serán por tanto tratados como legítimos, o mejor, como “ilegales” (preferimos este término puesto que la Ley no acoge exactamente la definición de combatiente legítimo del DIH) aquellas personas que realicen actos hostiles contra este país en nombre de un Estado y que no puedan encuadrarse dentro de alguna de las siguientes categorías: a) miembros de las fuerzas regulares; b) miembros de las milicias, voluntarios, o de movimientos de resistencia organizados, que se encuentren bajo un mando responsable y lleven un signo distintivo fijo que sea reconocible a distancia, lleven las armas a la vista y dirijan sus operaciones de conformidad con el Derecho aplicable a los conflictos armados; c) miembros de las fuerzas armadas regu-

61. White House Press Secretary announcement of President Bush's determination re legal status of Taliban and Al Qaeda detainees (February 7, 2002); <http://www.state.gov/s/l/38727.htm>;

62. En el último informe periódico presentado ante el Comité contra la tortura, el Estado Parte afirma que: “Los Estados Unidos y sus asociados en la coalición participan en una guerra contra *Al-Qaida*, los talibanes y sus asociados y seguidores. No cabe duda de que, con arreglo al derecho de los conflictos armados, los EE.UU. están autorizados a detener a personas que hayan cometido actos ilegales de beligerancia hasta que cesen las hostilidades. Como sucede en todas las guerras, una vez que comienzan no se sabe cuándo terminarán. De todos modos, podemos detener a combatientes hasta el final de la guerra”. Segundo informe periódico presentado por los Estados Unidos de América al Comité contra la tortura de las Naciones Unidas; UN Doc. CAT/C/48/Add.3/Rev.1, de 13 de enero de 2003, par. 1.

MILENA COSTAS TRASCASAS

lares que sigan las instrucciones de un gobierno que no haya sido reconocido como tal por los Estados Unidos⁶³.

Como se apreciará, la definición de esta nueva categoría –creada *ex novo* y, por tanto, extraña para el DIH⁶⁴– está claramente tomada del artículo 4 del IIICG, una disposición que el legislador ha retocado hasta obtener el resultado deseado, esto es, una definición de combatiente legítimo con derecho al estatuto de prisionero de guerra, bastante más estricta que la que ofrece el DIH y de la que al mismo tiempo resultan excluidas determinadas categorías de personas, como, por ejemplo, la población que toma espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras –artículo 4.6 IIICG– y en todo caso los miembros de *Al-Quaeda* que, de acuerdo con la Ley, no entran dentro de esta categoría al tratarse precisamente de un grupo armado no gubernamental y, por supuesto, no reconocido por el gobierno estadounidense⁶⁵. Resulta obvio que al eliminar la referencia a “una autoridad no reconocida” que contiene el artículo 4.3 IIICG, la Ley persigue evitar que el estatuto de prisionero de guerra abarque a los miembros de las fuerzas armadas regulares capturadas y que profesen lealtad a una autoridad no reconocida por la potencia detentora. Además, el crear esta categoría y caracterizar su pertenencia a la misma como un crimen de guerra sobre la base de la MCA es un elemento imprescindible para atribuir la jurisdicción a las comisiones militares. Precisamente, el principal motivo del que se ha servido el Gobierno estadounidense para justificar el establecimiento de las comisiones militares al margen de las cortes marciales es que estas últimas no tienen jurisdicción sobre ciertos crímenes que presuntamente han sido cometidos por los detenidos.

Siguiendo las sentencias del Tribunal Supremo en los casos *Rasul v. Bush*⁶⁶ y *Hamdi v. Rumsfeld*⁶⁷, el ejecutivo estadounidense se vio forzado en

63. MCA § 948^a.

64. En realidad, esta terminología fue utilizada por primera vez por el Tribunal Supremo en 1942 en el caso *Ex Parte Quirin*, para referirse a ocho saboteadores nazis que entraron en Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial y que recurrieron ante él su detención así como la decisión de no concederles el estatuto de POW. V. Mark David Maxwell and Sean M. Watts “Unlawful Enemy Combatant: Status, Theory of Culpability, or Neither?”, *Journal of International Criminal Justice* (2007), 5(1), pp. 19-25; George C. Harris, “Terrorism, War and Justice: The Concept of the Unlawful Enemy Combatant”, *Loy.L.A.Int'l & Comparative Law Review*, vol. 26 (2003), pp. 37-38.

65. Según la Ley, entra automáticamente dentro de esta categoría: “A person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, Al Qaeda, or associated forces)”. Estas personas no se consideran combatientes y de acuerdo con la Ley pierden el derecho al trato como prisioneros de guerra, aunque sean combatientes y la protección que corresponde a los civiles, si no lo son.

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

el 2004 a establecer *Tribunales de Determinación del Estatuto de Combatiente*, encargados de determinar las personas que encajan dentro de esta categoría⁶⁸. A pesar de que su nombre parezca indicar lo contrario, lo cierto es que este órgano no reúne las suficientes garantías de imparcialidad e independencia que se requieren para hacer esta determinación: la hacen tres oficiales en sesión a puerta cerrada siguiendo un procedimiento de carácter administrativo que no permite al detenido defenderse adecuadamente –no cuenta con el apoyo de un abogado durante la vista oral– y, aunque se le escuche y se le ofrezca la posibilidad de presentar testigos y pruebas en su apoyo, es evidente las dificultades con las que se encuentra para ello. El Tribunal ha aplicado la amplísima concepción de combatiente ilegal que el gobierno de los EE.UU. viene desarrollando unilateralmente. Igualmente se ha establecido una *Junta Administrativa de Revisión (Detainee Administrative Review Board)*⁶⁹ con la función de revisar anualmente la situación de cada uno de los detenidos, confirmando si procede o no que siga detenido lo cual, sin embargo, no equivale a un recurso de revisión. La revisión judicial existe pero sólo para determinar si los órganos que se han encargado de hacer la calificación lo han hecho de

66. En este caso el Tribunal Supremo sostuvo la competencia de los tribunales americanos para examinar los recursos interpuestos por ciudadanos extranjeros detenidos en Guantánamo tras concluir que se encuentran detenidos en un territorio que se encuentra sometido a la jurisdicción y bajo el control exclusivo de los Estados Unidos. La sentencia establecía claramente que: “Considering that the [habeas] statute draws no distinction between the Americans and aliens held in federal custody, there is little reason to think that Congress intended the geographical coverage of the statute to vary depending on the detainee citizenship”. *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct 2686 (2004), par. 481.

67. *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S.Ct.2633, 2639-42 (2003). En el caso relativo a un nacional estadounidense que permanecía detenido indefinidamente por ser considerado “enemigo combatiente ilegal”, el Tribunal Supremo admitió que el gobierno podía detener combatientes ilegales, siempre que éstos pudieran recurrir la legalidad de su detención ante un tribunal imparcial.

68. Antes de los mencionados fallos del Tribunal Supremo, los EE.UU. consideraban que de conformidad con el derecho internacional, no había duda respecto a la condición de Al-Quaida, los talibanes, sus asociados y seguidores, “no es necesario ni obligatorio examinar de forma individual si cada combatiente enemigo detenido en Guantánamo tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra”. Procede recordar por otra parte que el artículo 5 del III CG, estipula la intervención de un “tribunal competente” para determinar, en caso de duda, si el combatiente es acreedor o no del estatuto de prisionero de guerra y que, en espera de dicha determinación, tales personas se benefician de la protección del Convenio. Los Estados Unidos interpretaban por tanto esta disposición en el sentido de que no existían dudas sobre el estatuto de esas personas y que, en consecuencia, no se precisaba el establecimiento de tales tribunales. V. *Supra* nota 61, pág. 28.

69. Establecida por una Orden Militar n° el 11 de mayo de 2004. V. *Implementation of Administrative Review Procedures for Enemy Combatants Detained at U.S Naval Base Guantánamo Bay*, Cuba. Este procedimiento se ha visto confirmado en la MCA.

MILENA COSTAS TRASCASAS

acuerdo con las reglas de procedimiento. El detenido o sus familiares podrán presentar información que demuestre que ya no constituye un peligro para los Estados Unidos, pero no podrá llamar a ningún testigo para que declare ni tendrá derecho a ser escuchado. Si así lo desea, se le asignará un oficial estadounidense para que lo asista (*Assisting Militar Officer*), pero no tiene derecho a contar con un abogado, salvo que decida presentar ante un juez civil la petición de *habeas corpus*⁷⁰. Lo máximo que pueden hacer los tribunales es ordenar que se reconsidere una decisión, pero no la liberación del detenido⁷¹.

Hasta ahora la doctrina desarrollada por este órgano demuestra que se está aplicando una noción de combatiente ilegal excesivamente amplia que no se corresponde con las normas de DIH y que conduce a que personas civiles que en ningún momento han tomado parte en hostilidades puedan ser juzgadas por tribunales militares especiales. Resulta, efectivamente, bastante sorprendente que este órgano en apenas un año determinara que prácticamente todos (en concreto, 520 de 558) de los detenidos en Guantánamo eran “combatientes enemigos ilegales”⁷². No dice tampoco mucho a favor del procedimiento que sigue este Tribunal el hecho de que, según el informa propio Departamento de Defensa norteamericano, de los 38 restantes que fueron liberados, por lo menos 30 han vuelto a combatir contra las fuerzas de la Coalición, principalmente en Afganistán⁷³.

70. El documento en el que se contiene la notificación de sus derechos a los combatientes enemigos ilegales se encuentra en <http://www.defenselink.mil/news/Dec2004/d20041209ARB.pdf>. En diciembre de 2005 el Congreso adoptó la Detainee Treatment Act que, entre otras cosas, atribuyó al Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia la competencia exclusiva para examinar los recursos interpuestos por los detenidos en Guantánamo contra las decisiones de los Tribunales de Determinación del Estatuto de Combatiente.

71. Evidentemente ninguno de estos procedimientos salvaguardan adecuadamente el derecho a un proceso justo, especialmente a causa de: a) su falta de independencia del poder ejecutivo y del ejército; la restricción de los detenidos a tener acceso a todos los procedimientos y pruebas; c) la inevitable dificultad con que tropiezan ambas instancias para citar a los testigos para su comparecencia y d) la posibilidad de evaluar si las pruebas obtenidas mediante coacción tienen valor probatorio. V. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos*, supra nota 7, pág. 18.

72. El *Panel Administrativo de Revisión* ha publicado los resultados de la segunda ronda de revisión (enero 2006), como consecuencia de la cual, de los 330 casos revisados, ninguno de los detenidos ha sido liberado, 273 han sido confirmados como “combatientes enemigos ilegales” y 55 han sido transferidos. De hecho se observa una tendencia en la política estadounidense a transferir a estas personas a su país de origen; práctica que por otra parte ha sido criticada por el Comité de las Naciones Unidas contra la tortura. V. http://www.defenselink.mil/news/Combatant_Tribunals.html

73. V. *Ex-Guantánamo detainees who have returned to the fight*. <http://www.defenselink.mil/news/d20070712formertmo.pdf>

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

La falta de rigor con la que este órgano toma sus decisiones resulta bastante preocupante, vistas las consecuencias que se derivan de esta calificación: una vez que se determina que una persona es “combatiente enemigo ilegal” podrá ser juzgada no ya por una corte marcial sino por la correspondiente comisión militar y de acuerdo con el procedimiento que establece la MCA. No podrá impugnar la legalidad de su detención mediante la interposición del recurso de *habeas corpus* “si los Estados Unidos consideran que han sido detenidos adecuadamente”, ni tampoco podrá beneficiarse de los derechos que el IIICG garantiza a los combatientes legítimos, pues la sección 948b (g) prevé expresamente que “ningún combatiente enemigo ilegal juzgado por una comisión militar de acuerdo con este capítulo podrá invocar los Convenios de Ginebra como fuente de derechos”. Cabe destacar que, en el caso de que se determine que una persona es “combatiente enemigo ilegal”, las autoridades no estarán obligadas a juzgar a la persona, como tampoco a ponerla en libertad en el caso de que se llegue a la conclusión de que no lo es. De hecho, a pesar de que la vasta mayoría de los detenidos han sido calificados como tales combatientes enemigos ilegales, sólo tres de ellos (*Salim Ahmed Hamdam*, *David M. Hicks* y *Omar Ahmed Khadr*) han sido acusados formalmente y posteriormente juzgados por la correspondiente comisión militar⁷⁴.

3.2. Responsabilidad de los agentes del Estado

La política tolerante con respecto a los abusos cometidos en el curso de la lucha contra el terrorismo internacional que ha venido siguiendo el gobierno de los EE.UU. ha sido elevada al rango de Ley. Siguiendo la línea marcada por la *Detainee Treatment Act*, la *Military Commission Act* garantiza la impunidad de los agentes estadounidenses por las posibles violaciones que pudieran cometer en el curso de la “detención, la transferencia, el tratamiento, el enjuiciamiento o en relación con las condiciones de internamiento” de cualquier persona que haya sido detenida a partir del 11 de septiembre del 2001 en calidad de enemigo combatiente o que se encuentre a la espera de dicha determinación. Ningún tribunal o juez tendrá jurisdicción para aceptar o considerar la aplicación del recurso de *habeas corpus* o de cualquier otra acción contra los Estados Unidos o sus agentes por ninguno

74. Recientemente el gobierno de los Estados Unidos ha anunciado que entre 40 y 80 detenidos se encuentran a la espera de ser juzgados por las comisiones militares.

MILENA COSTAS TRASCASAS

de estos motivos⁷⁵. Por si fuera poco, esta norma se aplicará retroactivamente y sin excepción a todos los casos que se encuentren pendientes o a los que puedan producirse tras la entrada en vigor de la Ley.

3.3. *Conductas que según la Ley constituyen “infracciones graves” del artículo 3 común*

El hecho de que el gobierno estadounidense haya reconocido la aplicabilidad del artículo 3 común al conflicto que mantiene con *Al-Qaeda* no puede dejarnos indiferentes, especialmente si se tiene en cuenta que este país se ha negado de manera persistente en el pasado a reconocer la aplicación de esta disposición⁷⁶. No ponemos en duda que los derechos que contiene –por su carácter mínimo– puedan y deban ser garantizados igualmente a personas que forman parte de grupos terroristas, ni tampoco podemos dejar de valorar como algo positivo, desde el punto de vista político, el reconocimiento hecho por el ejecutivo estadounidense de que existen ciertas reglas humanitarias básicas que no pueden dejar de aplicarse ni siquiera en el caso de emergencia nacional. Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídica no puede admitirse –sin más– que una disposición que evidentemente ofrece una protección de mínimos sea el único régimen jurídico que resulte aplicable a las personas que los EE.UU. pueda calificar unilateralmente, como “combatientes enemigos ilegales”. No es éste el lugar más indicado, pero sería muy deseable que la doctrina realizara un análisis profundo del efecto que se persigue extendiendo el campo de aplicación del artículo 3 común más allá de su ámbito natural –el contexto de un conflicto armado– para abarcar un conflicto de carácter transnacional como es el terrorismo internacional⁷⁷.

La MCA enmienda la *War Crimes Act* de 1996 introduciendo como novedad que, a partir de ahora, sólo serán considerados como crímenes de gue-

75. “No person may invoke the Geneva Conventions or any protocols thereto in any habeas corpus or other civil action or proceeding to which the United States, of a current or former officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent of the United States is a party as a source of rights in any court of the United States or its States or territories”. MCA § 5 (a).

76. V. Sean D. Murphy, *Contemporary Practice of the United States*, 96 *American Journal of International Law* (2002), pp. 475-80.

77. A este respecto, V. *Los desafíos que afrontan el CICR y el DIH*. Declaración de Jakob Kellenberger, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, Washington, Universidad de Georgetown, 19 de octubre de 2006, <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/kellenberger-statement-191006>

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

rra las “infracciones graves” y no las simples “violaciones” del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Distinguiendo entre las violaciones de mayor gravedad y las que no lo son, la Ley trata de instaurar dos niveles de prohibiciones que, según ha manifestado el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), atenta de manera directa contra la integridad de esta disposición⁷⁸. Este aspecto es importante, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 3 común constituye, según lo dicho, el parámetro que fundamentalmente servirá para establecer la posible responsabilidad de los miembros de las fuerzas armadas estadounidenses por la comisión de crímenes de guerra en la lucha contra el terrorismo internacional. Si a ello se suma la aplicación retroactiva de las enmiendas que la MCA introduce a la *War Crimes Act*, el resultado es la despenalización de ciertas violaciones del artículo 3 común que previamente estaban sujetas a sanción penal⁷⁹.

Por otra parte, cabe destacar que la enumeración que contiene la Ley resulta mucho más general que la contemplada por esa disposición, debido a que se añaden determinados actos que no se encuentran previstos por la misma, tales como la agresión sexual, los experimentos biológicos y el hecho de causar deliberadamente lesiones corporales graves. Sin embargo, de manera muy significativa la Ley omite el apartado d) del artículo 3 común que es, precisamente, el que prohíbe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Junto a la tortura, la Ley prohíbe en concreto los “tratos crueles e inhumanos”, pero elude la referencia más genérica que se hace en la misma disposición a “cualquier otra forma de atentado contra la dignidad personal”. Respecto a qué tipo de tratamientos están prohibidos, la Ley no es nada clara: establece una definición diferente y aparentemente más amplia y concreta de este tipo de conductas en el caso de los delitos cometidos por combatientes enemigos ilegales que cuando se trata de establecer la responsabilidad de los agentes de los EE.UU. y, además, aplica un régimen a los actos que han tenido lugar antes de la MCA que, como decíamos, es distinto del que será aplicado a partir de su entrada en vigor. Con todo, la MCA establece que “las definiciones en esta

78. V. Evolución en la política y legislación de los Estados Unidos con respecto a los detenidos: la posición del CICR. <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/kellenberger-interview-191006>

79. Esto tendrá un evidente impacto sobre la persecución y enjuiciamiento del personal americano y de las compañías militares contratadas en los casos de maltratos a los detenidos en las prisiones de Abu Ghraib y en Guantánamo. V. D. Scheffer, “Introductory Note to Military Commissions Act of 2006”.

MILENA COSTAS TRASCASAS

subsección se dirigen a definir las graves violaciones del artículo 3 común y no el ámbito completo de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos de conformidad con este artículo”⁸⁰. La única interpretación que cabe dar a esta frase es que la Administración se considera obligada a respetar tácitamente las prohibiciones que contiene el artículo 3 común, pero no a considerar como individualmente responsables a los que las violen⁸¹.

Por si fuera poca la confusión creada hasta aquí, la Ley a continúa afirmando que con la tipificación que hace está satisfaciendo completamente la obligación que se deriva del artículo 129 IICG de proveer sanciones penales efectivas por las “infracciones graves” que se encuentran previstas en el artículo 3 común⁸². Teniendo en cuenta que ni los Convenios de Ginebra prevén expresamente un régimen para la sanción de las infracciones graves cometidas en los conflictos armados sin carácter internacional y que, por añadidura, tampoco el artículo 3 común aparece mencionado en el artículo 129 IICG, es evidente que lo que se ha buscado con esta declaración es evitar que los tribunales estadounidenses puedan recurrir al artículo 3 común como fuente de prohibiciones que no hayan sido previstas explícitamente por la Ley⁸³. De ahí que, a renglón seguido, se afirme que ninguna fuente de Derecho extranjera o internacional podrá servir de base en la decisión de ningún tribunal estadounidense para interpretar las prohibiciones enumeradas en esta subsección.

3.4. *Competencia del Presidente para interpretar los Convenios de Ginebra*

Y ya como colofón final, la Ley atribuye al Presidente de los EE.UU. la autoridad para interpretar el sentido y la aplicación de los Convenios de Ginebra así como la potestad para promulgar estándares más altos y reglamentar las violaciones que no constituyen infracciones graves de los mismos⁸⁴.

80. MCA Sección 6 (5).

81. J. Cerone, “The Military Commissions Act of 2006: Examining the Relationship between the International Law of Armed Conflict and US Law”, <http://www.asil.org/insights/2006/11/insights061114.html>

82. MCA Sección 6 (2).

83. En este sentido V. J. Cerone, “The Military Commissions Act of 2006: Examining the Relationship between the International Law of Armed Conflict and US Law”, *ASIL Insight*. <http://www.asil.org/insights/2006/11/insights061114.html>

84. “As provided by the Constitution and by this section, the President has the authority for the United States to interpret the meaning and application of the Geneva Conventions and to promulgate higher standards and administrative regulations for violations of treaty obligations which are not grave breaches of Geneva Conventions” [MCA &6 (b)].

LA LEY ESTADOUNIDENSES DE COMISIONES MILITARES

Considerada de manera aislada, esta disposición responde a las facultades interpretativas que la Constitución de los EE.UU. atribuye al Presidente y no debería ser vista por ello como un impedimento para que sus decisiones en esta materia, como cualquier otro acto del poder ejecutivo, pudieran ser anuladas por los tribunales. Sin embargo, no hay que olvidar que la Ley, al mismo tiempo, no admite que se invoquen los Convenios de Ginebra como fuente de derechos ante los tribunales⁸⁵. De esta forma, impidiendo la intervención del poder judicial, de hecho, la MCA está atribuyendo al Presidente la autoridad exclusiva para interpretar y redefinir unilateralmente el sentido de los Convenios de Ginebra.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, con la nueva Ley la Administración Bush ha logrado el respaldo y la autorización expresa del Congreso para continuar estableciendo comisiones militares con el encargo de “juzgar” a los denominados “combatientes enemigos ilegales” mediante procedimientos extraordinarios que no respetan las garantías judiciales más elementales. Desde el punto de vista del Derecho internacional, la nueva legislación no supone ninguna mejora y presenta los mismos defectos que ya aquejaban al sistema de las comisiones militares preexistente y, consiguientemente, sigue siendo incompatible con las obligaciones internacionales que han sido suscritas por los EE.UU.⁸⁶.

Hay que admitir que los Estados en circunstancias excepcionales pueden legítimamente suspender o limitar ciertos aspectos del proceso penal o garantías judiciales con la finalidad de preservar la seguridad nacional. Lo que no pueden hacer es eliminar por completo el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial y de acuerdo con un procedi-

85. *V. Supra* nota 12.

86. A pesar de ello, la Casa Blanca en su presentación de la Ley de Comisiones Militares el 17 de octubre de 2006, señalaba que: “con la Military Commissions Act, el poder legislativo y ejecutivo han concordado en un sistema que atiende nuestras necesidades de seguridad nacional”, destacando en particular que la nueva Ley permitiría a la CIA continuar con su programa de interrogatorios a terroristas porque: “a) Ofrece protecciones legales para garantizar que nuestro personal militar y de inteligencia no tenga que temer demandas judiciales de terroristas por simplemente cumplir con su labor; b) Enumera ofensas específicas y discernibles que podrían considerarse delitos en el trato con los detenidos, para que nuestros hombres y mujeres que interrogan a los terroristas capturados puedan cumplir con sus deberes enteramente dentro de la ley, y; c) Cumple tanto el espíritu como la letra de nuestras obligaciones internacionales”. <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/10/20061017.es.html>

MILENA COSTAS TRASCASAS

miento penal justo. Existe, por tanto, un núcleo esencial de garantías judiciales y procesales que deben mantenerse incluso en una situación excepcional como puede ser el terrorismo internacional, si es que se quiere permanecer dentro del marco del Estado de Derecho.

Consideramos, en definitiva, que la *Military Commissions Act* es una “mala legislación nacional”⁸⁷, porque utiliza una terminología equívoca y capciosa, porque realiza una interpretación interesada y selectiva de las normas internacionales, porque tolera la violación de derechos fundamentales de la persona, porque viola los principios generales del Derecho penal, porque priva a las personas detenidas y acusadas del derecho a defenderse, porque establece órganos judiciales que no presentan las más mínimas garantías de independencia e imparcialidad y porque, además, es intrínsecamente discriminatoria. Por eso esta Ley es una nueva prueba de que los EE.UU. persisten en interpretar unilateralmente, de manera selectiva y de mala fe las obligaciones internacionales que les corresponden⁸⁸.

87. La expresión procede del Informe de Amnistía Internacional: Estados Unidos de América: *La Ley de Comisiones Militares de 2006 convierte la mala política del Ejecutivo en mala legislación nacional*, de 29 de septiembre de 2006 (AMR 51/154/2006).

88. El Comité de Derechos Humanos ha hecho un llamamiento a este Estado para que revise su enfoque del PIDCP, de conformidad con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en su contexto, incluida la práctica ulteriormente seguida, y teniendo en cuenta su objetivo y finalidad. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos*, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3, pág. 10.