

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

Milena Costas Trascasas*

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. ASPECTOS GENERALES. II. ¿GARANTIZA LA LEY EL DERECHO A SER JUZGADO POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL Y A UN JUICIO JUSTO? III. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. IV. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El 17 de octubre pasado el Presidente de los Estados Unidos firmaba la *Military Commissions Act* (2006) “to authorize trial by military commission for violations of the Law of war *and for other purposes*”. 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”.

En realidad, la nueva legislación (Pub. L. N° 109-366, 120 Stat.2006, 17 october 2006) 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 autores mediante procedimientos aún más excepcionales que los previstos para las cortes marciales (la *Orden Militar n° 1* sobre la detención, trato y enjuiciamiento de detenidos extranjeros en la guerra contra el terrorismo del 2001, modificada y completada por sucesivas órdenes militares del Secretario de Defensa y la *Detainee Treatment Act* del 2005). La *Military Commissions Act* (MCA), por tanto, no hace otra cosa más que confirmar y revestir con forma de Ley este procedimiento extraordinario establecido para juzgar al “enemigo” por los crímenes que pueda cometer en el curso de

* Doctora en Derecho. Profesora investigadora en el Dipartimento di Studi Internazionali de la Università degli Studi di Milano.

esa “guerra” atípica que para los EEUU se está librando contra el terrorismo internacional. 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 (IIICG) a los prisioneros de guerra 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 se ha dotado de una base jurídica bastante más sólida que la existente para continuar con este tipo de medidas, subsanando así el defecto de forma que el Tribunal Supremo había identificado en el caso *Hamdan v. Rumsfeld* como causa de ilegalidad del sistema de comisiones preexistente: la ausencia de una previa autorización del Congreso. Por otra parte, no cabe duda que la adopción de esta nueva Ley representa una muy buena señal política para Administración Bush. El apoyo explícito que ha recibido por parte de las dos Cámaras legislativas cuando todavía estaban controladas por los Republicanos, sin duda, servirá para justificar su política antiterrorista ante una opinión pública que cada vez resultaba menos complaciente con las acciones del gobierno y más sensible ante sus excesos. Sosteniendo que el terrorismo internacional sigue representando un grave peligro para la seguridad nacional de los EEUU y que se precisan todavía 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 es algo 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 internacionales. 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 judicial que de acuerdo con el Derecho internacional general vigente no puede suspenderse ni siquiera en situaciones excepcionales.

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 general sobre los aspectos más destacables de la MCA, hemos estructurado esta nota 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 ha tardado tres meses en responder con una ley a la sentencia *Hamdan v. Rumsfeld* (126 S.Ct. 2749, 29 de junio de 2006) que había declarado la ilegalidad del sistema de comisiones militares autorizado por el Presidente en noviembre del 2001. 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 *ad hoc* y sin tener en cuenta las reglas que rigen los tribunales militares de conformidad con el Derecho interno estadounidense. 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* of 1951), dejaban al acusado sin las garantías judiciales mínimas previstas por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, 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 “que se encuentran reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. La reacción del ejecutivo estadounidense ante esta decisión fue casi inmediata. El Departamento de Defensa a los pocos días emitía un *Memorandum* dirigido a los máximos responsables de ese Departamento declarando la aplicabilidad del artículo 3 común al “conflicto” que Estados Unidos mantiene con *Al- Qaeda*, y la Administración Bush manifestaba su intención 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 competencia de los jueces y tribunales para controlar la legalidad de su funcionamiento. 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 funcionan no ya conforme a la Ley, sino de conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, incluidas las obligaciones internacionales que han asumido los EEUU.

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”. 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 sentencia del Tribunal Supremo. Efectivamente, las nuevas comisiones militares mantienen la misma estructura y funcionamiento por lo que 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 sentencia de una comisión militar, incluidas las demandas referidas a la legalidad de los procedimientos de las comisiones militares”.

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” de conformidad con la Ley: a) porque hayan tomado parte activa en hostilidades o hayan apoyado acciones hostiles contra los EEUU o sus aliados; b) porque sean miembros de determinados grupos; c) porque hayan sido calificados como tales por un órgano creado *ad hoc* con esta finalidad.

A) *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 legítimos. 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 categoría.

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, pero sin definir qué entiende por “hostilidades” y sin aclarar si actos violentos de carácter esporádico o aislado

pueden considerarse como tales, ni cual sería el grado de “apoyo material” que se precisa para que pueda ser juzgada por estas comisiones 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” o por cualquier otro tribunal competente que se establezca bajo la autoridad del Presidente o el Secretario de Defensa con esta misma finalidad.

De la letra de la Ley se desprende claramente que lo que se persigue es juzgar a nacionales *no estadounidenses* 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 gocen de la nacionalidad norteamericana y que, 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. Cabe señalar en todo caso que las personas que 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* (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).

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”. 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 aliados. 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, acoja o asista al culpable con la finalidad de esconderla o evitar su aprehensión, juicio o castigo”. Cabe mencionar que la conspiración se configura no ya como un grado de responsabilidad sino como delito autónomo, que, sin embargo, ofrece una redacción excesivamente imprecisa. 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 mismos.

B) 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 misma 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 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 armas 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 aéreo; 24) el terrorismo; 25) la provisión de apoyo material al terrorismo; 26) prestar ayuda indebida al enemigo; 27) el espionaje; 28) la conspiración.

C) 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”. 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 retroactividad de la ley penal es una cuestión bastante delicada que la MCA zanja de manera muy simple: aclarando que no 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 militares.

1. 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 requieren. 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 doce. 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 disponibles.

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 surgir. 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 decisiones. 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 quedando 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 servicio.

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 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 personas.

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 designado, 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 sin cargos y sin juicio, del procedimiento ante las comisiones se excluyen expresamente ciertas reglas que resultarían incompatibles con ella y 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 juicio.

Por otra parte, la MCA 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 idem*, 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 en el caso de que aquellos resulten violados.

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, como la de ser ciudadano estadounidense, haber sido calificado previamente como elegible para tener acceso a información clasificada como secreta o haber firmado 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 proceso. Podrán ocultársele 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 (*trial counsel*), que representa la acusación pública en nombre de los Estados Unidos.

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 defensa. 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 ordinarios. 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 sección 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 nacional. 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 confidencialidad. 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 clasificada. 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”.

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 clasificados, 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 autoincriminación 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 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 probatorio. 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 norma. 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 Constitución.

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*-, y porque permite que en cualquier momento del proceso se decrete 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.

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 10 años o la pena de muerte, en cuyo caso se precisa el de los tres cuartos.

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

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”.

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 20 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 autoridad goza de una discrecionalidad absoluta para aprobar, desaprobar, 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 juicio. Una vez aprobada la sentencia la autoridad en cuestión referirá el caso al *Tribunal de Revisión de las Comisiones Militares*. 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 Unidos. 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 momento. 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*).

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

Es evidente que el legislador ha tomado las normas del DIH como punto de referencia para tipificar y definir los crímenes de guerra y de ahí que la terminología empleada en las últimas secciones resulte bastante familiar. Se recomienda, no obstante, leer y analizar con mucha cautela esta nueva Ley 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 omite posteriormente ciertas obligaciones y frases, o incorpora otras provisiones 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. 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.

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

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 EEUU 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 regulares que sigan las instrucciones de un gobierno que no haya sido reconocido como tal por los Estados Unidos.

Como se apreciará, la definición de esta nueva categoría –creada *ex novo* y, por tanto, extraña para el DIH- 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-Qaeda* 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 estadounidense. 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 lealdad a una autoridad no reconocida por la potencia detentora.

Aunque con la finalidad de determinar las personas que encajan dentro de esta categoría se haya establecido un *Tribunal de Revisión del Estatuto de Combatiente*, lo cierto es que este órgano no ofrece las suficientes garantías de imparcialidad e independencia que se requieren para hacer esta determinación: la hacen tres oficiales a puerta cerrada siguiendo un procedimiento administrativo que no permite al detenido defenderse adecuadamente –aunque se le escuche y se le ofrezca la posibilidad de presentar testigos y pruebas en su apoyo–, y aplicando la amplísima concepción de combatiente ilegal que el gobierno de los EEUU ha elaborado de manera unilateral. 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.

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 Ley 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.

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 EEUU 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 de estos motivos. 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. Conductas que según la Ley constituyen “infracciones graves” del artículo 3 común

El hecho de que Estados Unidos haya reconocido la aplicabilidad del artículo 3 común al conflicto que mantiene con *Al-Quaeda*, no puede dejarnos indiferentes, teniendo en cuenta que este país, en el pasado, se ha negado de manera persistente a reconocer la aplicación de esta disposición. 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 el gobierno de los EEUU 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 internacional.

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

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 EEUU 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 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”. 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 violen.

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 IIICG de proveer sanciones penales efectivas por las “infracciones graves” que se encuentran previstas en el artículo 3 común. 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 IIICG, 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 Ley. 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.

4. Competencia del Presidente para interpretar los convenios de Ginebra

Y ya como colofón final, la Ley atribuye al Presidente de los EEUU 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 mismos. Considerada de manera aislada, esta disposición responde a las facultades interpretativas que la Constitución de los EEUU 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 tribunales. 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 EEUU. 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 procedimiento 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, 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.