

¿SEPARACIÓN DE PODERES EN «TIEMPOS DE GUERRA»?: UNA RESPUESTA AL TERRORISMO INTERNACIONAL DESDE LA CONSTITUCIÓN DE LOS EUA

David Fernández Puyana¹

«No hay razón para pensar que los futuros Presidentes actuarán en tiempos de guerra de forma diferente a como lo hicieron Lincoln, Wilson o Roosevelt, o que los futuros Presidentes del Tribunal Supremo decidirán cuestiones de forma diferente a sus predecesores»

William Rehnquist, *All the Laws But One: Civil Liberties During Wartime*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de EUA divide el gobierno en tres diferentes poderes, el ejecutivo, el legislativo y el judicial. El Juez Brandeis indicó que los

¹ El autor es Lco. en Filosofía y Cº de la Educación por la Universidad de Barcelona, Lco. en Derecho por la Universidad de la Pompeu Fabra (Barcelona), Máster en Estudios Internacionales por la Universidad de la Pompeu Fabra (Barcelona), Master en Protección de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid) y LLM in International Human Rights Law por la University of Essex (UK). Premio de Derechos Humanos otorgado por la Academy on Human Rights and Humanitarian Law de la American University Washington School of Law (USA), 2005. Ha trabajado como experto en la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional de España. Es profesor invitado del Centro de DIH de la Cruz Roja Española y de la Asociación Española para el Desarrollo y Aplicación del DIDH. Actualmente trabaja como consultor internacional en Ginebra. El autor querría dedicar este trabajo al Sr. Richard Maiman, catedrático de ciencia política de la Maine University (USA), por las enseñanzas que de él recibió en Essex sobre derecho constitucional de los EUA.

redactores de la Constitución establecieron la doctrina de la separación de poderes con objeto de evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder². De hecho, dichos redactores fueron favorables al establecimiento de un sistema de «checks and balances» (cheques y balances), en vez de una concentración de poderes, ya que ellos consideraron que para conseguir un buen gobierno era necesario evitar el monopolio de poder en una única rama del gobierno³. Por tanto, el sistema de «checks and balances» no solo está en la línea con la doctrina de la separación de poderes, sino que incluso ambos son complementarios⁴ e interdependientes⁵.

Es innegable que el principio básico del constitucionalismo Norteamericano, el sistema de «checks and balances», ha sido a menudo inoperativo en tiempos de guerra, lo cual ha permitido al poder ejecutivo operar sin el debido control de los otros dos poderes, a decir, el legislativo y judicial. Tal concentración de poder en manos del ejecutivo es claramente constatable en la reciente historia Norteamericana —por ejemplo, durante la 2ª Guerra Mundial, la Guerra Fría, y la Guerra de Vietnam—, y es ahora de nuevo repetida en la política de seguridad nacional aplicada por el gobierno Bush como respuesta a los acontecimientos del 11 de Septiembre del 2001.

En varios documentos posteriores al 11 de Septiembre de 2001, tanto el poder ejecutivo, legislativo como el judicial han provisto una interpretación de como los poderes constitucionales del Presidente de EUA deberían ser ejercidos en tiempos de emergencia nacional.

El objetivo de este ensayo es primeramente, describir el posicionamiento de cada uno de los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) en el marco constitucional tras los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001. Para alcanzar este propósito he tenido en cuenta tanto los discursos presidenciales, como las órdenes, resoluciones del Congreso y el derecho interno del país.

Segundamente, este estudio analiza tanto la decisión que el Tribunal Supremo adoptó en el caso *Hamdam v. Rumsfeld*, como los argumentos y precedentes jurisprudenciales que llegaron a utilizarse con objeto de defender su decisión. Dicho caso resulta fundamental para la futura viabilidad de las comisiones militares creadas por el Presidente con objeto de juzgar a los presuntos terroristas de Al-Qaeda.

² Myers v. United States, 272 U.S. 52, 293 (1926)

³ Shuman, H., and Thomas, W., THE CONSTITUTION AND NATIONAL SECURITY, A BICENTENNIAL VIEW, National Defense University Press, Washington, 1990, p. 234

⁴ Fisher, L., CONSTITUTIONAL CONFLICT BETWEEN CONGRESS AND THE PRESIDENT, Princeton University Press, New Jersey, 1985, p. 14

⁵ Youngstown Co. V. Sawyer, 343 U.S. 579, 635 (1952)

El protagonismo de la Presidencia en tiempos de guerra ha sido indiscutible a lo largo de la historia reciente de los EUA. Actualmente existe una lucha o guerra, tal como la administración Bush afirma, contra el terrorismo internacional, lo cual ha motivado que el poder legislativo y judicial hayan adoptado una postura en la cual otorgan al Presidente cierta «carta blanca» para llevar a cabo cualquier tipo de iniciativa militar o política.

II. PODER EJECUTIVO

El Tribunal Supremo de EUA ha afirmado que una de las más importantes preocupaciones para todos los gobiernos del mundo son los asuntos relativos a la seguridad⁶. Como consecuencia, la posición del Presidente en el caso de los EUA resulta vital para proteger la integridad de la nación⁷. Además, dicho alto Tribunal indica que la primacía institucional del Presidente deriva de su única posición en la Constitución de los EUA⁸, ya que una de sus responsabilidades primarias es dar una efectiva respuesta a cualquier tipo de amenaza⁹ que pueda existir en el país:

The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States..... (article 2.II)

El propósito de los redactores de la Constitución era crear un ejecutivo con poderes concentrados en la Presidencia¹⁰, que a su vez tuviese el control de las relaciones internacionales¹¹. Pero tal como el Tribunal Supremo indicó también en 1850, el Presidente como comandante en jefe está también «autorizado para dirigir las operaciones de las fuerzas armadas»¹².

Este acercamiento constitucional defendido por el Tribunal Supremo es reflejado en la *Joint Resolution 23 of the House of Representatives* «the

⁶ Haig v. Agee, 453 U.S. 280 (1981), Duncan v. Kahanamoku, 327 US 304 (1946)

⁷ Justice Powell, Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800 (1982)

⁸ Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731 (1982)

⁹ Lichter v. USA, 334 US 742, 785-86 (1948)

¹⁰ Westerfield, D. L., WAR POWERS, THE PRESIDENT, THE CONGRESS, AND THE QUESTION OF WAR, Library of Congress, Westport, 1996, p. 16

¹¹ Ludecke v. Watkins, 335 U.S. 160 (1948), Navy v. Egan, 484 US 518 (1988), United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 US 304 (1936)

¹² Fleming v. Page, 50 U.S. 602, 614 (1850)

authorization for the use of Military Force»¹³ y en el discurso presidencial apoyando esta ley¹⁴, fechadas ambos textos el 18 de Septiembre 2001. Estos documentos subrayan que «el Presidente tiene la autoridad bajo la Constitución para tomar cualquier tipo de acción que tenga como objeto disuadir y prevenir los actos de terrorismo internacional contra los EUA».

Griffin B. Bell, antiguo miembro presidencial del Consejo de Ministros, también defendió el 28 de noviembre del 2001 ante el *Comité sobre Asuntos Judiciales del Senado* de EUA, el liderazgo del Presidente en la actual guerra contra el terrorismo: «La autoridad del Presidente deriva no tanto de su rol como último responsable en la aplicación de la ley, sino más bien del rol que tiene como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación».

El liderazgo del Presidente deriva del texto, estructura e historia de la Constitución, debido al hecho que este texto legal confía al Presidente con la primaria responsabilidad de usar la fuerza en situaciones de emergencia, y a coordinar las operaciones militares de las mismas Fuerzas Armadas¹⁵. El Tribunal Supremo está de acuerdo con la primacía presidencial en la guerra contra el terrorismo, ya que el Presidente no solo tiene amplia discreción en determinar cuando una pública emergencia existe¹⁶, sino que incluso puede desplegar las Fuerzas Armadas fuera del país con objeto de proteger a los ciudadanos norteamericanos y la seguridad nacional¹⁷.

III. PODER LEGISLATIVO

Los poderes de guerra son una de las más controvertidas e indefinidas materias del derecho constitucional norteamericano, en el cual tanto el Presidente como el Congreso tienen atribuidas sus propias competencias. La Constitución otorga al Congreso el poder para declarar la guerra y legislar, imponer impuestos, gastar y hacer todo aquello que resulte necesario para llevar a cabo la guerra. Por otra parte, el Presidente, como comandante en jefe, tiene la autoridad constitucional para mandar las

¹³ http://www.yale.edu/lawweb/avalon/sept_11/sjres23_eb.htm

¹⁴ <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010918-10.html>

¹⁵ John C. Yoo, Memorandum (1) Opinion for the Deputy Counsel to the President, 25 September 2001, from Greenberg, K. J., and Dratel, J. L., *THE TORTURE PAPERS, THE ROAD TO ABU GHRAIB*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 5

¹⁶ *USA v. Smith*, United States Court of Appeals for the district of Columbia Circuit. Argued October 23, 2000 Decided November 24, 2000.

¹⁷ *United States v. Verdugo-Urquidez*,. 494 US 259, 265-66 (1990)

Fuerzas Armadas¹⁸. Por tanto, la idea de guardar el «dinero y la espada» en diferentes poderes constitucionales fue un principio básico para los redactores de la Constitución¹⁹.

En la actual lucha contra el terrorismo, el Congreso ha concedido totales poderes de guerra al Presidente con objeto de responder a los ataques terroristas. Sin embargo, el Congreso ha intentado también controlar las decisiones del Presidente, a través de la inclusión de la *War Power Resolution* en la sección 2 de la *Joint Resolution 23*. La inclusión de este control es más teórico que real, ya que el Presidente históricamente ha tenido libertad de acción para llevar a cabo la guerra, y el Congreso ha sido renuente, por su parte, a cuestionar sus acciones²⁰. Por tanto, aunque el principal propósito de la *War Power Resolution* es supervisar al Presidente, los resultados no han sido muy exitosos desde su promulgación en 1973²¹, incluyendo la actual lucha contra el terrorismo.

La *Joint Resolution 23* incluye en la sección 2.a la autorización dada al Presidente por el Congreso para el uso de la fuerza militar. De acuerdo a la interpretación de John C. Yoo, esta *Joint Resolution* no puede estar solo limitada a aquellos individuos, grupos, o estados que planearon, autorizaron, cometieron, o ayudaron a los ataques relacionados con el 11 de Septiembre, ya que esto sería contrario a los amplios poderes constitucionales que permite al Presidente usar la fuerza militar en cualquier circunstancia. Por tanto, el Presidente tendría legitimidad para responder a las amenazas terroristas provenientes de cualquier individuo, independientemente de si ellos están descritas o no en la *Joint Resolution 23*.

El Congreso ha evitado criticar abiertamente los poderes de guerra del Presidente. Incluso, algunos senadores han colaborado asiduamente con el gobierno en la lucha contra el terrorismo. El principal propósito del senador McCain en la enmienda Anti-Tortura introducida en la Ley de Defensa era prevenir que los individuos en custodia fuesen sujetos a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tal como es definida en la quinta, octava y catorceava enmienda de la Constitución de los EUA.

¹⁸ Henkin, L., *FOREIGN AFFAIRS AND THE US CONSTITUTION*, Clarendon Press-Oxford, New York, 1997, p. 97-98

¹⁹ Fisher, L, *supra* n. 4, p. 8

²⁰ Katzmann, R., *War Powers: Toward a New Accommodation*, from Mann, T., *A QUESTION OF BALANCE, THE PRESIDENT, THE CONGRESS, AND FOREIGN POLICY*, The Brookings Institution, Washington, 1990, p. 35

²¹ Ogul, M. S., *The war powers resolution: Congress versus the President*, de Shuman, H., and Thomas, *supra* n. 3, p. 309-315

IV. PODER JUDICIAL

Una de las finalidades de la judicatura es controlar la posible acción arbitraria de los responsables políticos pertenecientes tanto al poder legislativo como ejecutivo. Por consiguiente, su independencia es fundamental para defender los derechos e intereses de los individuos²². El sistema de control llevado a cabo por la judicatura sobre los otros poderes únicamente funciona en tiempos de paz y orden social, ya que este balance tradicional varía profundamente en tiempos de guerra.

El poder judicial ha sido siempre renuente a fallar en favor del Congreso o del Presidente en los temas relacionados con los poderes de guerra²³, o a examinar los poderes indeterminados del Presidente como comandante en jefe²⁴. La judicatura considera que ellos no pueden controlar al Presidente, ya que, por una parte, su competencia no puede ser extendida a materias relacionadas con poderes estatales elegidos democráticamente, y por otra, su abstención es necesaria para la independencia de las cortes²⁵.

Uno de los más polémicos temas en la lucha contra el terrorismo es la aprobación por el Senado de la *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot Act)*²⁶, ya que esta medida autoriza al Gobierno a usar las escuchas y los servicios de inteligencia para obtener información de presuntos terroristas.

El Senador Patrick Leahy²⁷, defensor de esta medida, indicó el 25 Octubre de 2001 que a pesar que esta medida producía legítimas y serias preocupaciones sobre la expansión de los poderes del gobierno, esta ley tenía que ser aprobada por razones de seguridad nacional. Unos años más tarde, el 16 de Diciembre de 2005, el Senador Feingold²⁸ arguyó que esta ley no debería ser renovada por el Senado ya

²² Vanderbilt, A. T., *THE DOCTRINE OF THE SEPARATION OF POWERS AND ITS PRESENT-DAY SIGNIFICANCE*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1953, p. VI

²³ Westerfield, D. L., *supra* n. 11, p. 25

²⁴ Pritchett, H. C., *National Security and the United States Judiciary*, from Schuman, H.E. and Thomas, W.R., *supra* note. 3, p. 324

²⁵ Fisher, L., *PRESIDENTIAL WAR POWER*, University Press of Kansas, Kansas, 1995, p. 198-199

²⁶ <http://www.lifeandliberty.gov/>

²⁷ http://www.yale.edu/lawweb/avalon/sept_11/house_proc_hr3162.htm

²⁸ <http://feingold.senate.gov/~feingold/statements/01/10/102501at.html>

que la *US Patriot Act* era contraria a la cuarta enmienda de la Constitución de EUA²⁹.

El Tribunal Supremo no ha fallado de forma conclusiva acerca del uso por parte del Presidente de las escuchas electrónicas con objeto de obtener información sobre gobiernos extranjeros, personas y agencias³⁰, ya que las Cortes consideran que el Presidente tiene autoridad constitucional para hacer este tipo de cosas. De hecho, tanto el Presidente³¹ como el Fiscal General³² usaron el argumento del Presidente como comandante en jefe con objeto de obtener la renovación de la *Patriot Act* en 2005³³.

El Tribunal Supremo ha fallado dos sentencias las cuales están en desacuerdo con la posición del Gobierno de los EUA. Primeramente, en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*³⁴, donde tanto el juez David H. Souter como el juez Ruth Bader Ginsburg indicaron que Hamdi tenía el derecho a que su caso fuera examinado por un tribunal de justicia. Por consecuencia, el Tribunal consideró que el Gobierno de EUA había violado la quinta enmienda de Hamdi relativo al debido proceso, ya que dicho individuo fue arrestado indefinidamente, sin acceso a abogado como consecuencia de ser considerado un combatiente enemigo. Segundamente, en el caso *Rasul v. Bush*³⁵ el Tribunal consideró que los presos de la Base de Guantánamo deberían tener el derecho del habeas corpus.

Pero el caso que ha levantado más expectación recientemente es el caso *Hamdam v. Rumsfeld*, ya que dicha decisión ha desautorizado las comisiones militares creadas por el Presidente. El pasado 28 de marzo del 2006 tuvo lugar su vista oral, y el 29 de junio del mismo año el Tribunal Supremo adoptaba su fallo. El demandante, Salim Ahmed Hamdam es un nacional yemení, el cual fue capturado durante la invasión de Afganistán, mientras servía como chofer y guardaespaldas de Usama bin Laden. Aunque él niega su participación en los atentados del 11 de septiembre del

²⁹ «The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized», IV Enmienda de la Constitución de EUA

³⁰ Henkin, L., *supra* note 17, p. 53

³¹ President Bush defends USA Patriot Act renewal and domestic wiretapping order, President's Radio Address, December 17, 2005

³² Press Briefing by Attorney General Alberto Gonzales and General Michael Hayden, Principal Deputy Director for National Intelligence, December 19, 2005

³³ <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/12/20051217.html>

³⁴ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)

³⁵ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004)

2001, la corte de apelación para el distrito del circuito de Columbia le acusa con los cargos de conspiración para cometer actos de terrorismo.

Entre las cuestiones que el Tribunal Supremo fue preguntado es tanto, si la autorización del Congreso para el uso de la fuerza, como el artículo II de la Constitución proveen suficiente autorización al Presidente para establecer comisiones militares, que tengan como objeto juzgar a Hamdam y a presuntos terroristas de Al Qaeda por crímenes de guerra³⁶. A pesar que el Tribunal Supremo fue renuente a contestar directamente a la cuestión de la posible autoridad del Presidente por considerar que este no era un asunto que correspondía resolverlo en el presente juicio³⁷, dicho Tribunal consideró que la comisión militar violaba el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra³⁸, debido a que la estructura y procedimientos de dichas comisiones no garantizaban en ningún caso los derechos individuales de Hamdam. De hecho, el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra 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».

Los fundamentos legales y políticos usados por el Departamento de Justicia de EUA para crear este tipo de comisiones militares se encuentran en la *Military Order: Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* firmada por el Presidente Bush el 13 de noviembre del 2001. El preámbulo de esta orden estipula estas razones:

By the authority vested in me as President and as Commander in Chief of the Armed Forces of the United States by the Constitution and the laws of the United States of America, including the Authorization for Use of Military Force Joint Resolution (Public Law 107-40, 115 Stat. 224) and sections 821 and 836 of title 10, United States Code

Dicha *Military Order* hace mención expresa al contenido de la Sección 2(a) de la *Joint Resolution*. Algunos expertos arguyen que esta Sección podría ser interpretada como la vía la cual concede al Presidente el derecho, como comandante en jefe, a usar la fuerza en defensa propia como

³⁶ Dorf, M., C., *The Nation's Second-Highest Court Upholds Military Commissions*, de Findlaw,

³⁷ Hamdam v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al., Supreme Court of the United States, June 29, 2006, p. 28

³⁸ Hamdam v. Rumsfeld, supra n° 37, p. 2

consecuencia de una continuada amenaza proveniente de un estado o un actor no estatal³⁹. De hecho, la sección 2(a) de esta Resolución autoriza al Presidente:

to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on Sept 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons

Otro argumento usado por la *Military Order* para legitimar este tipo de comisiones se encuentra en la mención que realiza del Código de Justicia Militar de los EUA. La Sección 821 del Título 10 de dicho Código regula la jurisdicción de las Comisiones o Tribunales Militares⁴⁰, mientras que el segundo estatuto, la Sección 836 del Título 10, desarrolla los poderes del Presidente para prescribir leyes⁴¹.

A pesar de estos antecedentes político-jurídicos, algunos expertos⁴² indican que este tipo de comisiones creados por Bush son ilegales, ya que el primer estatuto del Código estaría solo centrado en los delitos cometidos por los miembros del ejército. Además, la Sección 821 no puede incluir el crimen de conspiración, ya que ni las Convenciones de la Haya ni Ginebra contemplan esta posibilidad⁴³. Por otra parte, el segundo estatuto regula exclusivamente los procedimientos y reglas de prueba en derecho penal tanto de los Tribunales Federales como de las cortes marciales, lo que quiere decir que el estatuto no contemplaría la posibilidad de tribunales creados bajo la orden del Presidente.

A lo largo de la historia norteamericana, el Tribunal Supremo ha repetido en más de una ocasión que él no estaba legitimado para revisar los méritos de cualquier decisión realizada por un Tribunal Militar⁴⁴, ya que

³⁹ Silliman, S.L., *DOJ Oversight: Preserving our freedoms while defending against terrorism*, US Senate Committee on the Judiciary, November 28, 2001

⁴⁰ Section 821, Art. 21, Jurisdiction of courts-martial not exclusive, de Findlaw

⁴¹ Section 836. Art. 36. President may prescribe rules, de Findlaw

⁴² Grossman, J. B., *Careless with the Constitution? The Problem with Military Tribunals*, November 29, 2001, de Findlaw

⁴³ Baldrate, B. C., *The Supreme Court's Role in Defining the Jurisdiction of Military Tribunals: A Study, Critique, & Proposal for Hamdam v. Rumsfeld*, *Military Law Review*, Vol. 186, 2005, p. 111

⁴⁴ Rosen, R. D., *Civilian Courts and the Military Justice System: Collateral Review of Courts-Martial*, 108 *Military Law Review*, 5 (1985)

considera que el poder judicial no debe interferir en los asuntos militares, y viceversa⁴⁵. Teniendo en cuenta estos antecedentes algunos expertos han indicado erróneamente que «basado en la historia, es improbable que el Tribunal Supremo falle en contra de los procedimientos abiertos por la actual comisión militar que tiene como objeto juzgar a Hamdam»⁴⁶.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha tenido dos opciones a la hora de determinar la constitucionalidad de las comisiones militares en el llamado caso Hamdam: 1) Seguir el caso *Quirin*⁴⁷ y permitir al Gobierno continuar adelante con estas comisiones en base al artículo I o II de la Constitución, o 2) seguir el caso *Milligan* y prohibir los juicios militares en base al artículo III de la Constitución. Finalmente, el Tribunal Supremo adoptó la segunda de las opciones.

Opción primera: el caso *Quirin* es el precedente legal más importante de la *Military Order* y además, es a menudo citado por el Gobierno de EUA para justificar las actuales comisiones militares⁴⁸. Franklin D. Roosevelt también creó una comisión militar con objeto de juzgar a ocho saboteadores Nazis, los cuales intentaron destruir en EUA varios objetivos militares. De acuerdo a la administración Bush, la *Presidential Proclamation 2561* firmada por Roosevelt el 2 de Julio de 1942 sería un claro precedente.

Los abogados de Hamdam presentan los mismos argumentos legales ya usados por los abogados de los saboteadores Nazis hace 60 años contra la constitucionalidad de estas comisiones. Este argumento es el siguiente: «El Presidente está sin autoridad constitucional o estatutaria para ordenar a los demandados a ser juzgados por comisiones militares por los delitos de conspiración»⁴⁹. El Tribunal Supremo falló en 1942 que la orden presidencial creando la comisión militar era una orden de acuerdo al derecho de los EUA, y que los demandados estaban legalmente detenidos.

Sin embargo, podría indicarse que la *Military Order* firmada por el Presidente Bush difiere sustancialmente del presunto precedente *Quirin*⁵⁰, ya que cuando los hechos de dicho caso ocurrieron en 1942, el Congreso de EUA había formalmente declarado la guerra contra Alemania. Por otra

⁴⁵ Orloff v. Willoughby, 345 U.S. 83, 94 (1953)

⁴⁶ Baldrate, B. C., supra note. 33, p. 20

⁴⁷ Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942)

⁴⁸ Lazarus, E., *The history and precedential value of the Supreme Court case cited in support of the Bush Administration's Military Tribunals*, December 11, 2001, de Findlaw

⁴⁹ Ex Parte Quirin, supra note 37

⁵⁰ Elsea, J., *Terrorism and the Law of War: Trying Terrorist as War Criminals before Military Commissions*, CRS Report for Congress, Received through the CRS Web, Library of Congress, 11 December, 2001

parte, una vez que los ataques terroristas ocurrieron el 11 de Septiembre del 2001, los EUA no estaban en un estado de conflicto armado, solo unos días después el Congreso hizo una declaración formal en este sentido. Además, aunque los actos de terrorismo son considerados una violación del derecho internacional, estos no pueden ser calificados como una violación del derecho de guerra⁵¹.

Otra de las diferencias entre la *Military Order* del Presidente y el caso *Quirin* es la determinación legal sobre quien puede ser juzgado en los tribunales militares. De hecho, el Presidente no solo tiene la plena discreción para castigar a potenciales terroristas no conectados con el 11 de septiembre, sino que además esta orden no impone límite en las conductas que pueden ser juzgadas por estos tribunales⁵².

Por otra parte, algunos otros autores⁵³ apoyan la constitucionalidad de las comisiones militares, indicando que este tipo de comisiones tienen una larga tradición en la historia de los EUA. De hecho, ellos fueron usados en la guerra Mexicano-Americana (1846-48) y la guerra civil (1861-1865). Los defensores de los tribunales militares arguyen que la falta de declaración de guerra por el Congreso no es un elemento fundamental para determinar la ilegalidad de este tipo de tribunales, ya que debería tenerse en cuenta los cambios políticos ocurridos desde la 2º Guerra Mundial. De hecho, el Congreso ya no declara la guerra tal como se hacía en el pasado, y además, el Congreso ha siempre autorizado este tipo de tribunales⁵⁴. Además, «mientras el Congreso tiene el poder para crear cortes marciales y determinar las leyes de los tribunales de guerra, la leyes marciales y las cortes de ocupación militar emanan únicamente de la autoridad del Presidente como comandante en jefe»⁵⁵.

En el caso *Yamashita*⁵⁶, un caso similar al *Quirin*, el General Séller, como comandante de las Fuerzas Armadas de los EUA, creó comisiones militares una vez concluida la 2º Guerra Mundial con objeto de juzgar a los nacionales japoneses. La comisión fue creada por un general del ejército cuya autoridad venía refrendada por la política aplicada por el Gobierno de los EUA. Por tanto, «si un comandante en el Pacífico puede esta-

⁵¹ Silliman, S.L, supra note 29

⁵² Orentlicher, D., F. and Goldman, R. K., *The Military Tribunal Order: When Justice Goes to War: Prosecuting Terrorists Before Military Commissions*, 25, Harvard Journal of Law & Public Policy, 653, 2002

⁵³ Dean, J., *Military Tribunals: A Long and Mostly Honorable History*, December 7, 2001, de Findlaw

⁵⁴ Dean, J., supra note 43

⁵⁵ Baldrate, B. C., supra note. 33, p. 13

⁵⁶ In Re Yamashita, 327 U.S. 1 (1946)

blecer sus propios tribunales militares y operar bajo el derecho militar, entonces seguramente que el Presidente, como comandante en jefe, puede hacer la misma cosa»⁵⁷.

Esta primera opción, relativa a la constitucionalidad de las comisiones militares, fue defendida como voto disidente por los jueces Thomas, Scalia y Alito en el caso *Hamdam*. Según estos jueces la interpretación que el Presidente pueda hacer del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra debe ser respetada, debido a la posición predominante que el Presidente tiene en el sistema constitucional de los EUA⁵⁸. Por tanto, el intento del Tribunal Supremo de aplicar las mismas reglas y procedimientos de los tribunales militares a las comisiones militares es insostenible desde el derecho interno de los EUA, ya que ambos órganos judiciales son totalmente distintos. De hecho, las comisiones militares se diferencian de los tribunales militares, en que dichas comisiones son un instrumento legal que el Presidente tiene con objeto de juzgar aquellos delitos contra la seguridad nacional cometidos en tiempos de guerra. De ello se deduce según los jueces Thomas, Scalia y Alito, que la decisión del Tribunal Supremo ha creado un importante y peligroso precedente jurisprudencial en la historia del constitucionalismo norteamericano, ya que los poderes del Presidente han sido enormemente limitados, como consecuencia de la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra.

Opción segunda: el Tribunal Supremo adoptó finalmente en el caso *Hamdam* el precedente legal del caso *Milligan*. En este último caso el Tribunal falló en favor del demandante al declarar la ilegalidad de su internamiento durante la guerra civil de los EUA. El demandante había sido acusado de conspiración contra el Gobierno de los EUA y además, violación de las leyes de guerra. El Tribunal indicó que el demandante no podía ser juzgado de un delito criminal por una comisión militar, elegida por un comandante militar, en un país donde los tribunales civiles funcionaban correctamente y no estaban obstruidos⁵⁹.

El caso *Milligan* estaría en la línea del caso *Kulomin*⁶⁰ del Comité de Derechos Humanos de las NNUU, y el caso *Cantoral Benavides*⁶¹ de la

⁵⁷ Fletcher, G.P. *The Military Tribunal Order: On Justice and War: Contradictions in the Proposed Military Tribunals*, 25, Harvard Journal of Law & Public Policy, 635, 2002

⁵⁸ *Hamdam v. Rumsfeld*, supra nº 37, p. 43

⁵⁹ Ex parte *Milligan*, 71 U.S. 2 (1866)

⁶⁰ Com. No. 521/1992, **V. Kulomin v. Hungary**, U.N. Doc. CCPR/A/51/40, 1996

⁶¹ I/A Court H.R., *Case of Cantoral-Benavides v. Perú*. Judgment of August 18, 2000, Series C, 69

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, ya que ambos casos indicaron que uno de los prerequisites para la correcta administración de justicia está relacionado con el tipo de competencia jurisdiccional que debe ser ejercida por los tribunales. Dicha competencia jurisdiccional debe ser ejercida por una autoridad independiente, objetiva e imparcial en relación con el caso que se discute en el tribunal. Dicha postura es defendida por el juez Kennedy en el voto particular del caso *Hamdam*, al subrayar la necesidad que los tribunales, que deben juzgar a este presunto terrorista, deberían ser totalmente independientes del poder ejecutivo. De hecho, el *relator especial sobre la independencia de jueces y abogados* de las Naciones Unidas expresó su preocupación sobre la adopción de ciertos actos que se están adoptando en nombre del contra—terrorismo y seguridad, ya que dichas medidas no cumplen con los mínimos estándares de derechos humanos, afectando negativamente a la independencia de la judicatura⁶².

Sin embargo, y a pesar que la decisión del Tribunal Supremo prohíbe la constitución de dichas comisiones militares, la reacción de la administración Bush al caso *Hamdam* ha estado en la línea del voto disidente que los jueces Thomas, Scalia y Alito defendieron en el susodicho caso. De hecho, el acuerdo adoptado entre el Senado de los EUA y la administración Bush el pasado mes de septiembre del 2006 en la llamada *ley para autorizar los juicios llevados a cabo por las comisiones militares por violación de las leyes de guerra, y por otros propósitos*⁶³ fortalece la posición del Presidente en la lucha contra el terrorismo. De dicho acuerdo surgió la llamada *Military Commission Act*, la cual fue firmada por el Presidente de EUA el 17 de octubre del 2006. En dicho acto legislativo el Presidente ya no solo tiene la autoridad suficiente para establecer comisiones militares con objeto de juzgar a los combatientes ilegales⁶⁴, sino que incluso, tiene autoridad para interpretar el significado y la aplicación de las Convenciones de Ginebra⁶⁵.

Una de las consecuencias legales de la *Military Commission Act*, ha sido la aprobación y presentación del *Manual for Military Commission* al Congreso de los EUA el 18 de enero del 2007. En dicho manual ya no solo

⁶² Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Leandro Despouy, Commission on Human Rights, E/CN.4/2004/60, 2003, parr. 59

⁶³ <http://jurist.law.pitt.edu/index.php?edition=world>

⁶⁴ Sección 3.A de la *ley que autoriza los juicios llevados a cabo por las comisiones militares*

⁶⁵ Sección 8.C de la *ley que autoriza los juicios llevados a cabo por las comisiones militares*

se regula las reglas de procedimiento y prueba de las comisiones militares, sino que incluso, vuelve a destacarse la posición del Presidente de EUA como máximo intérprete y responsable de estas Comisiones. Además, el mencionado manual incluye una disposición en la que se destaca que el Presidente de los EUA es el único garante en la aplicación de la pena de muerte en relación a aquellas personas que son condenadas por cometer crímenes contrarios a las leyes de la guerra⁶⁶.

La respuesta legal de la administración Bush al caso Hamdam invalida *de facto* una decisión del Tribunal Supremo de los EUA. Esta reacción de la administración Bush podría ser considerada como razonable si tenemos *solo en cuenta* el derecho interno del país y los importantes antecedentes jurisprudenciales entorno a la función del comandante en jefe en tiempos de guerra. Sin embargo, lo irrazonable del caso es la posible contradicción de dicha ley con los estándares de derechos humanos, y la particular interpretación que la administración Bush hace del término «estado de derecho». De hecho, el Fiscal General de los EUA, Alberto González, afirmó el 29 de septiembre en la Universidad de Georgetown en el marco de la «Fair and Independent Courts conference»⁶⁷ que los tribunales de justicia deben abstenerse de adoptar cualquier decisión que vaya en contra de la Constitución norteamericana. Ello quiere decir, según dicho Fiscal, que los jueces deben respetar escrupulosamente la separación de poderes que dicha Constitución establece en tiempos de guerra. Dicha interpretación de lo que debe entenderse por «estado de derecho» fue totalmente rechazado por Sandra O'Connor, antigua jueza del Tribunal Supremo, ya que según ella el «estado de derecho» significa, que el poder ejecutivo debe respetar escrupulosamente las decisiones del Tribunal Supremo.

Tal como podemos observar, el poder ejecutivo vuelve de nuevo a adoptar una posición de liderazgo en esta nueva lucha, tal como ya ocurrió en tiempos precedentes. Sin embargo, la diferencia es que en la actual lucha contra el terrorismo, el poder ejecutivo se ha enfrentado abiertamente al poder judicial. Y esta actitud de la administración Bush es lo que de verdad constituye un auténtico precedente en EUA, y no solo la sentencia Hamdam, la cual es al fin y al cabo, un importante desarrollo del caso Milligan. Por tanto, la reciente historia del constitucionalismo Norteamericano parece sufrir, tal como dicen algunos juristas, un retroceso considerable como consecuencia de la reacción legal de la administración Bush al invalidar una decisión judicial del Tribunal Supremo.

⁶⁶Military Commissions

V. CONCLUSIÓN

La Constitución de los EUA divide el Gobierno en tres diferentes poderes, a decir, el ejecutivo, legislativo y judicial. El sistema tradicional de «checks and balances» entre poderes ha siempre cambiado en tiempos de guerra, debido al hecho que el poder ejecutivo sale fortalecido en detrimento del legislativo y el judicial. En la actual lucha contra el terrorismo, tal como la administración Bush declara, el Congreso y el Senado ha concedido totales poderes de guerra al Presidente para responder a los ataques terroristas, y por su parte, el poder judicial es renuente a fallar a favor del Congreso o el Presidente en materia de poderes de guerra.

Sin embargo, en los últimos años el Tribunal Supremo ha fallado diferentes sentencias, las cuales limitan la libertad de acción que el Presidente tiene en tiempos de guerra. El caso *Hamdam* ha creado un importante precedente jurisprudencial, ya que ha deslegitimado las comisiones militares utilizadas por el Presidente con objeto de juzgar a presuntos terroristas.

Sin embargo, el peso de los antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo y la creación de comisiones militares a lo largo de la historia de Norteamérica, hace presumir que dichas comisiones pueden seguir existiendo como respuesta de los EUA al terrorismo internacional.

Ferney Voltaire (Francia) - Ginebra (Suiza), 21 enero, 2007