

**HAMDAN v. RUMSFELD.**  
**COMENTARIO A LA SENTENCIA DICTADA POR EL**  
**TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS EL 29 DE**  
**JUNIO DE 2006\***

**M<sup>a</sup> Dolores Bollo Arocena\*\***

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO JURÍDICO APLICABLE A LOS  
MIEMBROS DE *AL QAEDA* CAPTURADOS EN AFGANISTÁN. III. LA  
ILEGALIDAD DE LAS COMISIONES MILITARES. IV. CONCLUSIONES.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La base estadounidense de Guantánamo sobre suelo cubano es desde hace algunos años uno de los lugares elegidos por las autoridades estadounidenses para *retener* a aquellos individuos presuntamente responsables de *participar* en actos de terrorismo contra los Estados Unidos de América, por representar una amenaza continua para ese país o por el interés de la información que esas personas pueden llegar a aportar en la lucha contra el terror<sup>1</sup>. Las circunstancias en las que resultaron detenidos los centenares de individuos que han pasado por Guantánamo, mucho de los cuales permanecen en la base a día de hoy, son variadas: algunos de ellos fueron hechos prisioneros en el contexto de los conflictos armados que estaban y están teniendo lugar en países como Afganistán e Iraq; otros, sin embargo, fueron capturados en el marco de lo que se conoce como *guerra contra el terrorismo*, en lugares tan dispares y tan alejados de sendas contiendas bélicas como Tailandia, Bosnia Herzegovina o Zambia.

El caso del Sr. Hamdan, nacional yemení protagonista de la sentencia objeto del presente comentario, nos sitúa en el estudio del derecho aplicable y el tribunal competente para enjuiciar a un individuo detenido en el contexto de un conflicto armado –el conflicto afgano– y colocado *bajo la jurisdicción* de los Estados Unidos por su presunta condición de miembro del grupo terrorista *Al Qaeda*. Salim Ahmed Hamdan

---

\* El presente trabajo ha sido concluido el 14 de septiembre de 2006.

\*\* Profesora Agregada Interina de Derecho Internacional Público. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

© M<sup>a</sup> Dolores Bollo Arocena. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> Cfr. la conferencia de prensa de Alberto Gonzales, Asesor Jurídico de la Casa Blanca, 22 de junio de 2004 en <http://www.whitehous.gov/news/releases/2004/06/20040622-14.html>.

fue detenido en noviembre de 2001 por la milicia e inmediatamente entregado a las fuerzas de los Estados Unidos, aunque su traslado a la prisión de Guantánamo no tuvo lugar hasta el mes de junio de 2002.

El Sr. Hamdan ha defendido en el curso de los distintos procesos celebrados ante la justicia de los Estados Unidos que se encuentra amparado por los Convenios de Ginebra de 1949 y que goza del derecho a ser enjuiciado por un tribunal militar de los Estados Unidos, y no por una comisión militar, creada ilegalmente y absolutamente irrespetuosa con algunos derechos procesales elementales. Por su parte, el Gobierno del Sr. Bush ha negado de manera insistente que los Convenios de Ginebra en su integridad o el artículo 3 común, en solitario, fueran aplicables a un presunto miembro del grupo terrorista *Al Qaeda*, esgrimiendo, además, que aunque lo fueran, no generarían el derecho a invocarlos judicialmente por un particular. Por lo demás, la posición oficial de las autoridades estadounidenses ha consistido en defender la legalidad de las comisiones militares.

El presente trabajo tiene como propósito analizar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el pasado 29 de Junio en el caso Hamdan, centrando nuestra atención en dos aspectos concretos de la misma: en primer lugar, el marco jurídico aplicable a los miembros del grupo terrorista *Al Qaeda* capturados en Afganistán y confinados en la prisión de Guantánamo. Y, en segundo lugar, la cuestiones de legalidad ligadas a la creación de comisiones militares para enjuiciar a los individuos detenidos en Guantánamo, en este caso a Hamdan, por suponer en algunos aspectos, una violación del derecho interno de los Estados Unidos y del derecho internacional humanitario

## II. MARCO JURÍDICO APLICABLE A LOS MIEMBROS DE *AL QAEDA* CAPTURADOS EN AFGANISTÁN<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. sobre el derecho aplicable en la “guerra contra el terrorismo”, entre otros: BORELLI, S., “Echar luz sobre un vacío jurídico: el derecho internacional y las detenciones en el extranjero en el marco de la ‘guerra contra el terrorismo’”, *RICR*, 2005, nº 857; CERONE, J., “Status of Detainees in International Armed Conflict, and their protection in the Course of Criminal Proceedings”, *Asil Insights*, Vol. 10, 14 Julio 2006; DÖRMAN, K., “La situación jurídica de los ‘combatientes ilegales/no privilegiados’”, *RICR*, 2003, Nº 849; FLECK, D., “International Humanitarian Law after September 11 : Challenges and the Need to respond”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2003, Vol. 6, pp. 41-71; NAQVI, Y., “Estatuto de prisionero de guerra: ‘casos de duda’”, *RICR*, 2002, Nº 847; NACOS, B. L., *Terrorism and counterterrorism : understanding threats and responses in the post-9/11 world*, Nueva York, 2006; PEJIC, J., “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, *RICR*, 2005, nº 858; PFANNER, T., “La guerra asimétrica desde la perspectiva de la acción y el derecho humanitarios”, *RICR*, 2005, nº 857; SHULTZ, R. H. and DEW, A. J., *Insurgents, terrorists, and militias : the warriors of contemporary combat*, Nueva York, 2006; STEINDHART, R., “International Humanitarian Law in the Courts of United States: Yamashita, Filartiga and 911”, *The George Washington International Law Review*, Vol. 36, 2004-2, pp. 36-46; SULLIVAN, S., “Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and the ‘War on Terror’”, *Harvard Interantional Law Journal*, Vol. 44, 2003, pp. 301-315; YOO, J.C., “The Status of Soldiers and Terrorists under the Geneva Conventions”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 3, 2004, pp. 135-150; YOO, J.C., HO, J.C., “The Status of Terrorist”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44, 2003-2004, pp. 207-228.

Es una obviedad pero parece necesario insistir en ello: no existen ni deben existir vacíos jurídicos<sup>3</sup>, y mucho menos si se crean o construyen para *tener las manos libres* y violar, si fuera preciso, los derechos humanos, bajo el pretexto de la defensa de la democracia, la libertad y la seguridad. Acaso convendría preguntarse, ¿la libertad y la seguridad de quién? y ¿a costa de qué o de quiénes? Como la ambigüedad, la imprecisión y la opacidad no casan bien con la idea de la justicia, es urgente esclarecer, más pronto que tarde, el derecho aplicable a las personas detenidas en el contexto de esa confusa noción de “*guerra contra el terrorismo*”. Y es necesario por un doble motivo.

En primer lugar, porque esas personas fueron trasladadas intencionadamente a un espacio geográfico –la base naval norteamericana en Guantánamo– que se presumió fuera del alcance de las normas y de los tribunales de los Estados Unidos. Después de algunas decisiones judiciales cuando menos sorprendentes<sup>4</sup>, el Tribunal Supremo se encargó de afirmar en el caso *Rasul y otros c. Bush* que los tribunales federales de los Estados Unidos tienen jurisdicción para conocer de las peticiones de *habeas corpus* realizadas en nombre de numerosos individuos detenidos en Guantánamo<sup>5</sup>, puesto que si bien Guantánamo es un espacio sometido a la soberanía de Cuba, se encuentra bajo la indudable jurisdicción de los Estados Unidos<sup>6</sup>. Y, en segundo lugar, porque una vez que podemos afirmar que los tribunales de los Estados Unidos tienen jurisdicción para conocer de las demandas planteadas por individuos detenidos en Guantánamo por la presunta violación de sus derechos, ha llegado el momento de establecer con precisión cuáles son esos derechos y dónde están recogidos. El caso Hamdan brindó al Tribunal Supremo la oportunidad de esclarecer el derecho aplicable en la lucha contra el terrorismo, al menos en el contexto de un territorio sobre el que existía un conflicto armado, como era el caso de Afganistán.

### **1. La aplicabilidad del artículo 3 común como estándar mínimo propio de cualquier conflicto armado, con independencia de su naturaleza.**

Como es bien sabido, la postura mantenida por el Gobierno de los Estados Unidos respecto de los derechos que asisten a las personas detenidas en la base naval de Guantánamo ha ido matizándose con el tiempo: tras una etapa inicial en la que insistió en negar la aplicación de los Convenios de Ginebra a todos los detenidos en la base de militar –por considerarles a todos ellos terroristas–, más adelante el Gobierno modificó

---

<sup>3</sup> “Las personas privadas de libertad nunca están *de jure* en un vacío jurídico. En principio, reciben protección jurídica con arreglo a, por lo menos, dos regímenes jurídicos, el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. En tiempo de conflicto armado, también tienen derecho a recibir la protección de un tercer régimen jurídico, el derecho internacional humanitario”, cfr. ZAYAS DE, A., “Derechos Humanos y detención por tiempo indeterminado”, *RICR*, 2005, n° 857, pp. 15-38, p. 15.

<sup>4</sup> Cfr. la posición mantenida por el Juez de Distrito y por la Corte de Apelación en el caso *Rasul y otros c. Bush*.

<sup>5</sup> Cfr. la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Rasul et al. v. Bush*, 28 de Junio de 2004, 542 US *Rasul v. Bush* (2004). Para ver un análisis de la sentencia, cfr. entre otros, OSBORN, M.B., “*Rasul v. Bush*: Federal Courts Have Jurisdiction over Habeas Challenges and Other Claims Brought by Guantanamo Detainees”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005, pp. 265-276.

<sup>6</sup> Cfr. Sobre el particular, CAPELLA I ROIG, M., “El estatuto jurídico de Guantánamo (Cuba)”, *REDI*, 2002, Vol. 54, pp. 773-781.

su posición, aunque tal modificación sólo fuera parcial y con limitados efectos prácticos. Y es que, desde la perspectiva de la Casa Blanca, Estados Unidos mantenía en Afganistán dos conflictos distintos a los que resultaban de aplicación normas igualmente distintas<sup>7</sup>.

Por una parte, admitió que el conflicto que mantenía en el Estado afgano contra el gobierno talibán era un conflicto armado internacional en el que podían aplicarse los Convenios de Ginebra. Sin embargo, el Gobierno negó a los miembros de la milicia talibán el estatuto de prisioneros de guerra por considerar que no reunían las condiciones exigidas en el artículo 5 del III Convenio de Ginebra de 1949 para ostentar tal condición: respetar el derecho internacional humanitario, atender las órdenes de un mando responsable, llevar abiertamente las armas y portar signos distintos. Y, por otra parte, continuó negando la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra en el *conflicto* que enfrentaba y sigue enfrentado a Estados Unidos con el grupo terrorista *Al Qaeda*, utilizando para ello una argumentación que a nuestro juicio carece de la más mínima consistencia. Desde el punto de vista del Gobierno, el conflicto que mantiene Estados Unidos con *Al Qaeda* es un conflicto internacional<sup>8</sup>, basándose en el hecho de que la lucha se despliega a lo largo y ancho del planeta, sin límite alguno, y durante el tiempo que sea necesario para acabar con la red terrorista. Sería, pues, un conflicto que alcanza geográficamente cualquier punto del globo y durante un lapso temporal imposible de determinar, un conflicto que queda *de facto* fuera del alcance del derecho internacional humanitario: se niega la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, pues *Al Qaeda* no es un Estado y mucho menos un Estado parte en los Convenios, y se niega también la aplicación del artículo 3 común, puesto que, desde la equivocada perspectiva del gobierno del Sr. Bush, esa disposición se aplicaría única y exclusivamente a conflictos armados no internacionales que surgen en el territorio de una Alta Parte contratante. Y ese no era el caso de Estados Unidos, según la posición oficial.

La tesis del Gobierno fue secundada por la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, quizás no tanto porque la compartiera como por el hecho de que tanto la calificación del conflicto como el derecho aplicable al mismo era una decisión del Presidente Bush que no admitía revisión por los tribunales de justicia: “under the Constitution, the President ‘has a degree of independence to act’ in foreign affairs (...) and for this reason and others, his construction and application of treaty provisions is entitled to ‘great weight’ (...) While the District Court determined that the actions in Afghanistan constituted a single conflict, the President’s decision to treat our conflict with the Taliban separately from our conflict with *Al Qaeda* is the sort of political military decision constitutionally committed to him (...). To the extent there is ambiguity

---

<sup>7</sup> Cfr. el Memorandum firmado por el Presidente de los Estados Unidos el 7 de febrero de 2002 titulado “Humane Treatment of Taliban and *Al Qaeda* Detainees”, documento que puede consultarse en [http://www.justicescholars.org/pegc/archive/White\\_House/bush\\_memo\\_20020207\\_ed.pdf](http://www.justicescholars.org/pegc/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf) (página visitada el 12 de agosto de 2006).

<sup>8</sup> Cfr. el informe presentado por el gobierno para responder al recurso interpuesto por el Sr. Hamdan contra la sentencia de la Corte de Apelación, *Brief for the respondents in opposition*, septiembre 2005, p. 21 en <http://www.defenselink.mil/news/Nov2005/d20051110Hamdanvol4.pdf>, pp. 144 a 180 del archivo.

about the meaning of Common Article 3 as applied to *Al Qaeda* and its members, the President's reasonable view of the provision must therefore prevail"<sup>9</sup>.

Por fortuna, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo ha afirmado sin la más mínima ambigüedad que el razonamiento de la Corte de Apelación del Distrito de Columbia y del Gobierno es erróneo: "Common Article 3, affords some minimal protection, falling short of full protection under the Conventions, to individuals associated with neither a signatory nor even a nonsignatory 'Power' who are involved in a conflict 'in the territory of a signatory'"<sup>10</sup>. Los jueces recuerdan en la sentencia los comentarios al artículo 3 común, comentarios realizados bajo los auspicios del CICR y la dirección de J. Pictet, y de los que se desprende que uno de los propósitos de la disposición consistía en proporcionar una protección mínima a las personas que se encuentran envueltas en un conflicto no internacional, como, por ejemplo, una guerra civil; sin embargo reconocen que "the scope of the Article must be as wide as possible". Pero lo más interesante es, a nuestro juicio, las referencias contenidas en la sentencia del Tribunal Supremo, también en la del Juez de Distrito de Columbia, a cierta jurisprudencia internacional de gran interés<sup>11</sup>: sendos tribunales norteamericanos recuerdan lo dictaminado por la Corte Internacional de Justicia en el caso que enfrentó a Nicaragua con los Estados Unidos: referente ineludible en la interpretación del artículo 3 común: "there is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules (en referencia al artículo 3 común) also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called 'elementary considerations of humanity'", para afirmar un poco más adelante que "the minimum rules applicable to international and to non international conflicts are identical"<sup>12</sup>. Todo ello, como decíamos, echa por tierra la absurda tesis del Gobierno de los Estados Unidos de la inaplicabilidad del artículo 3 común a un conflicto que ellos mismos califican como internacional. Abundando en ello, el Tribunal Supremo menciona la emblemática decisión de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la

---

<sup>9</sup> Cfr. Sentencia de la Corte de Apelación en el caso Hamdan, 15 de julio de 2005. pp. 15-16. Uno de los jueces de la Corte de Apelación, el Juez Williams, disintió en este punto y afirmó que los miembros de *Al Qaeda* capturados en Afganistán se encuentran protegidos por el artículo 3 común. Cfr. Williams, J., Opinion, pp. 1-2.

<sup>10</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, 548 US Hamdan v. Rumsfeld 2006, p. 67. La sentencia aparece acompañada de tres opiniones disidentes, de los jueces Thomas, Alito y Scalia, y por dos opiniones más, la Concurring Opinion del juez Breyer, y la Concurring in part del juez Kennedy. El texto de las sentencias puede encontrarse en la siguiente dirección: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf#search=%22hamdan%20v.%20rumfeld%20appeals%20court%22>

<sup>11</sup> Resulta, a nuestro juicio, especialmente expresiva la sentencia que dictó el Juez de Distrito, puesto que la jurisprudencia internacional que constituye el elemento de mayor interés para interpretar el artículo 3 común, se cita en el cuerpo de su sentencia, incluso reproduciendo algunos extractos de ellas especialmente significativos. La sentencia del Tribunal Supremo asume la tesis de la aplicabilidad del artículo 3, sea cual sea la naturaleza del conflicto, y cita las decisiones de la CIJ y del TPIY, pero lo hace en nota a pie, la nota 63, tras referirse de manera reiterada a los Comentarios a los Convenios de Ginebra auspiciados por el CICR y dirigidos por J. Pictet. Cfr. pp. 19 a 22 de la Sentencia del Juez de Distrito en el caso Hamdan, así como las páginas 65 a 68 de la sentencia del Tribunal Supremo.

<sup>12</sup> Cfr. Nicaragua c. Estados Unidos, CIJ Reports, 1986, parágr.218.

antigua Yugoslavia, de 2 de octubre de 1995 en el caso Tadic, decisión en la que, desde una perspectiva de análisis distinta, se afirmó igualmente que el artículo 3 común es el standard mínimo aplicable a cualquier conflicto armado, sea éste interno o internacional<sup>13</sup>.

Conclusión: el artículo 3 común se aplica al *conflicto* que enfrenta a Estados Unidos con *Al Qaeda* en Afganistán. ¿Y fuera de él? Pues bien, aunque la sentencia no lo señala explícitamente, un memorandum del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, de 7 de julio de 2006, reconoce de una vez por todas que el artículo 3 común es un mínimo aplicable al “conflicto” que enfrenta a Estados Unidos con *Al Qaeda*, en Afganistán, en Iraq o en cualquier otra parte del globo<sup>14</sup>.

Pero, ¿existieron realmente, desde un punto de vista jurídico, dos conflictos paralelos en Afganistán?, ¿Estados Unidos v. milicia talibán, por una parte, y Estados Unidos v. *Al Qaeda*, por otra? ¿Cuál fue la naturaleza del conflicto desarrollado en Afganistán tras la intervención de los Estados Unidos?

Lo cierto es que no hay nada en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el pasado día 29 de Junio que sirva para responder a estas interrogantes. Según concluyen, no era necesario hacerlo pues el artículo 3 común no exige establecer la naturaleza del conflicto ni la situación de las “partes contendientes” respecto de los Convenios: “there is at least one provision of the Geneva Conventions that applies here even if the relevant conflict is not one between signatories”<sup>15</sup>. El Tribunal Supremo no ha secundado, pues, la tesis del Juez Robertson, Juez del Distrito de Columbia, que consistió en defender que en Afganistán no existieron dos conflictos armados, Estados Unidos v. milicia talibán, por parte, y Estados Unidos v. *Al Qaeda*, por otra. Desde su punto de vista, semejante planteamiento carece del mínimo fundamento jurídico si se toman como referencia los propios Convenios de Ginebra, Convenios que se aplican en función del lugar en el que se desarrolla el conflicto armado y no según la facción particular a la que pertenece o a la que se asocia a un combatiente<sup>16</sup>. Autores como Pérez González y Rodríguez Villasante y Prieto afirmaron desde el principio no tener ninguna duda de que el conflicto que se inició con la intervención armada de los Estados Unidos en Afganistán revestía el carácter de un conflicto armado internacional, y concluyeron que la calificación como terroristas a los miembros de *Al Qaeda* asentados en territorio afgano y la ejecución de operaciones contra sus instalaciones eran elementos que no desvirtuaban ese carácter internacional del conflicto, ni excluía automáticamente el beneficio del estatuto de prisionero de guerra de los componentes de *Al Qaeda*, cuestión esta última que queda supeditada al cumplimiento de los requisitos exigidos

<sup>13</sup> Cfr. Procureur c. Dusko TADIC (Caso N° ICTY-94-1-AR72), *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 de octubre de 1995, parágr. 102

<sup>14</sup> *Memorandum del Departamento de Defensa*, 7 de julio de 2006 en <http://www.defenselink.mil/home/dodupdate/documents/07-11-06%20England%20Detainee%20Treatment%20Memo.doc>.

<sup>15</sup> Cfr. p. 66 de la sentencia del Tribunal Supremo en el Caso Hamdan.

<sup>16</sup> Cfr. Sentencia del Juez de Distrito de Columbia, 4 de noviembre de 2004, p. 15 en <http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200507/04-5393a.pdf#search=%22hamdan%20v.%20rumsfeld%20district%20court%22>

convencionalmente<sup>17</sup>. En una línea similar, Cerone ha defendido que dado que Estados Unidos llevó a cabo una campaña militar atacando simultáneamente a los talibanes y a *Al Qaeda*, este Estado quedaba vinculado por el Derecho aplicable a los conflictos armados internacionales en relación con ambos grupos<sup>18</sup>. No faltan, sin embargo, quienes como Anderson, defienden la posición oficial del Sr. Bush: “it is far more persuasive to think that the Taliban wakened the claim of its fighters to POW status in fighting with *Al Qaeda* than that *Al Qaeda* fighters strengthened their claims by fighting with the Taliban”<sup>19</sup>

A nuestro juicio, desde un punto de vista jurídico, y teniendo en cuenta el derecho en vigor en el momento presente, no existe una guerra, un conflicto armado entre Estados Unidos y *Al Qaeda*<sup>20</sup>. Se trata de una expresión metafórica, similar a la utilizada para referirse a la guerra contra el SIDA, contra la pobreza o contra el narcotráfico, pero sin un contenido técnico jurídico<sup>21</sup>. Como ha señalado Sánchez Legido, la expresión guerra contra el terrorismo no viene sino a subrayar “la excepcionalidad de la amenaza que representa el terrorismo internacional y anunciar el empleo de medios excepcionales, entre los que ocupan una posición especial los de inteligencia y los de carácter militar”<sup>22</sup>, y recuerda a continuación lo que el CICR ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones: que la existencia y la calificación de un

---

<sup>17</sup> Cfr. PEREZ GONZALEZ, M., RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos”, *REDI*, 2002-I, Vol. LIV, pp. 11-39, p. 18. En el mismo sentido, ABRIL, R., “De Guantánamo a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los detenidos en la lucha contra el terrorismo”, *REEL*, Núm. 9, 2005, pp. 1-33.

<sup>18</sup> Cfr. CERONE, J., “Status of Detainees in International Armed Conflict, and their protection in the Course of Criminal Proceedings”, *Asil Insights*, January 2002; FITZPATRICK, J., “Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism”, *AJIL*, Vol. 96, 2002, pp. 345-354, en concreto p. 347-349.

<sup>19</sup> Cfr. ANDERSON, K., “What to do with Bin Laden and *Al Qaeda* terrorists?: A qualified defense of military commissions and United States Policy on detainees at Guantanamo Bay Naval Base”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2001-2002, pp. 591-634, p. 629.

<sup>20</sup> La Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso TADIC dio unas pautas sobre la noción ‘conflicto armado’, noción que después fue acogida en otras sentencias de ese y de otros tribunales,. Así pues, existe conflicto armado “chaque fois qu’il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre tels groupes au sein d’un État. Le droit international humanitaire s’applique dès l’ouverture de ces conflits armés et s’étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu’à la conclusion générale de la paix; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu’à ce qu’un règlement pacifique soit atteint. Jusqu’alors, le droit international humanitaire continue de s’appliquer sur l’ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’un Partie, que des combats effectifs s’y déroulent ou non”, *Cfr. Le Procureur c. Dusko TADIC (Caso N° ICTY-94-1-AR72), Arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence*, 2 de octubre de 1995 parágr. 70. A nuestro juicio, el conflicto que enfrenta a Estados Unidos con el grupo terrorista *Al Qaeda* no responde a esos parámetros.

<sup>21</sup> Cfr. ABRIL, R., “De Guantánamo a Bagdad. Estatuto jurídico...”, op. cit., pp. 2-3; BORRELLI, S. “Echar luz sobre un vacío jurídico: el derecho internacional y las detenciones en el extranjero en el marco de la guerra ‘contra el terrorismo’”, op. cit., p. 3 y ss.; FITZPATRICK, J., “Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism”, op. cit., pp. 346-347.

<sup>22</sup> Cfr. SANCHEZ LEGIDO, A., “‘Guerra contra el terrorismo’, conflictos armados y derechos humanos”, *Curso de Derechos Humanos de San Sebastián*, 2006, vol. VII, pp. 413-458, p. 430.

conflicto constituye una operación jurídica de carácter objetivo<sup>23</sup>, siendo así que un Estado no puede impedir la aplicación de las normas humanitarias, negando que exista conflicto, aunque a *sensu contrario*, continúa señalando el profesor Sanchez Legido, esa misma objetividad en la tarea de calificación, “debería impedir la aplicación, fuera del contexto de los conflictos armados, de normas que reconocen la licitud de conductas de extrema gravedad y que sólo se justifican por la excepcionalidad que rodea a los conflictos armados”<sup>24</sup>. Esta objetividad en la calificación del conflicto es algo que, al parecer, desconocían los jueces de la Corte de Apelación del Distrito de Columbia cuando afirmaron que “the President’s decision to treat our conflict with the Taliban separately from our conflict with *Al Qaeda* is the sort of political military decision constitutionally committed to him”<sup>25</sup>. Todo conflicto armado conlleva la adopción de decisiones políticas y de una determinada estrategia militar para la consecución de los objetivos propuestos. Sin embargo, la calificación del conflicto es una cuestión de estricta naturaleza jurídica.

Dicho lo anterior, y desde el punto de vista de quien escribe estas líneas, en Afganistán existió un único conflicto armado tras el 11 de septiembre, un conflicto que si bien pudo ser interno en su origen, se internacionalizó con la intervención de Estados Unidos sobre el territorio afgano. La existencia de un conflicto de tal naturaleza permite/obliga a aplicar el derecho internacional humanitario a todas las personas que se encuentren en el contexto geográfico en el que el conflicto armado tenga lugar, en este caso Afganistán, y durante todo el tiempo que dure la contienda. Insistimos, a todas las personas. Rechazamos, pues, la tesis del Gobierno sobre la existencia de dos conflictos armados distintos sobre el territorio afgano, aunque ese rechazo no ha salido de la pluma de los jueces del Supremo de los Estados Unidos. No la rechazan, pero tampoco la asumen. Simplemente esquivan la cuestión.

## **2. ¿Era realmente innecesario analizar la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra?**

Como señalábamos, el Tribunal Supremo ha considerado innecesario abordar la naturaleza del conflicto existente en Afganistán, puesto que la aplicación del artículo 3 común no lo exige, y desde su punto de vista, esa disposición es suficiente para

---

<sup>23</sup> El juez Thomas, que es uno de los jueces del Tribunal Supremo que disintió de la mayoría en el caso Hamdan, insiste en su *dissent* que la calificación que realiza el Presidente Bush del conflicto entre Estados Unidos y *Al Qaeda* entra dentro del ejercicio de sus competencias como comandante en jefe de las fuerzas armadas, por lo que el Tribunal se encuentra, desde su punto de vista, sometido a tal calificación. Cfr. Thomas, J., dissenting, p. 43.

<sup>24</sup> Cfr. SANCHEZ LEGIDO, A., “Guerra contra el terrorismo”, *op. cit.*, p. 431.

<sup>25</sup> La sentencia de la Corte de Apelación del Distrito de Columbia señaló en el caso Hamdan que “under the Constitution, the President ‘has a degree of independence to act’ in foreign affairs (...) and for this reason and others, his construction and application of treaty provisions is entitled to ‘great weight’ (...) While the District Court determined that the actions in Afghanistan constituted a single conflict, the President’s decision to treat our conflict with the Taliban separately from our conflict with *Al Qaeda* is the sort of political military decision constitutionally committed to him (...). To the extent there is ambiguity about the meaning of Common Article 3 as applied to *Al Qaeda* and its members, the President’s reasonable view of the provision must therefore prevail”, pp. 15-16.

defender lo que a la postre iba ser su veredicto final: la ilegalidad de las comisiones creadas para enjuiciar a los miembros de *Al Qaeda* capturados en Afganistán, por infringirse el derecho a ser enjuiciado por un tribunal regularmente constituido, dotado de las garantías reconocidas por los pueblos civilizados.

Desde nuestro punto de vista hubiera sido conveniente que el Tribunal Supremo hubiera abordado la naturaleza del conflicto afgano, lo que le hubiera podido llevar a analizar la aplicabilidad o inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra en su integridad, y más concretamente, a esclarecer definitivamente los posibles estatutos de las personas detenidas en Guantánamo. Y no sólo hubiera sido conveniente, sino, quizás, hasta necesario, puesto que el Sr. Hamdan ha esgrimido en distintos momentos su derecho a ser tratado como un prisionero de guerra con la intención de quedar sometido a la jurisdicción de los tribunales militares ordinarios de los Estados Unidos<sup>26</sup>, y no a la de las comisiones militares. Si un individuo como Hamdan goza o no de ese derecho es algo que no ha quedado esclarecido a día de hoy.

Por ello, no nos resistimos a realizar algunas breves reflexiones sobre el particular, máxime cuando los tribunales federales, fundamentalmente el Juez de Distrito de Columbia en este mismo caso, se ha referido a todo ello y con gran soltura, por cierto.

Si, como ha sido generalmente admitido, en Afganistán existió al menos un conflicto armado internacional –dos, en opinión del Gobierno de los Estados Unidos-, ¿resultan aplicables los Convenios de Ginebra a Hamdan y al resto de miembros de *Al Qaeda* detenidos en suelo afgano? La respuesta oficial ha sido simple y clara: no se aplican los Convenios de Ginebra a los miembros de *Al Qaeda* porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 común a los cuatro convenios ginebrinos, éstos se aplican en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre “dos o varias de las Altas Partes Contratantes”. Dado que *Al Qaeda* no es un Estado, y mucho menos un Estado parte en los Convenios, éstos no les son aplicables a sus miembros<sup>27</sup>. Y, en el remoto caso de que les fuera aplicable el Derecho de Ginebra, continúa el Gobierno de los Estados Unidos, los miembros de *Al Qaeda* detenidos en Afganistán no cumplirían los requisitos exigidos en el artículo 4 de la III Convención para ostentar tal condición, esto es, llevar abiertamente las armas, vestir uniforme, respetar el Derecho Internacional Humanitario y responder a las órdenes de un mando responsable<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. Sentencia dictada por el juez de Distrito de Columbia en el caso Hamdan, p. 26. El artículo 102 del III Convenio de Ginebra señala literalmente lo siguiente: “Una sentencia sólo tendrá validez contra un prisionero de guerra, cuando haya sido dictada por los mismos tribunales y siguiendo el mismo procedimiento que respecto a las personas pertenecientes a las fuerzas armadas de la Potencia en cuyo poder esté y si, además han quedado cumplidas las disposiciones del presente capítulo” (en referencia al Capítulo III, titulado *Procedimientos judiciales*”).

<sup>27</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, pp. pp. 65-66.

<sup>28</sup> Cfr. Memoria presentado por el Gobierno para recurrir la sentencia dictada por el Juez de Distrito de Columbia, *Reply brief for appellants*, pp. 17 y ss. en <http://www.defenselink.mil/news/Nov2005/d20051110Hamdanvol4.pdf>, pp. 270 y ss. del archivo

La cuestión es a nuestro juicio otra: el “conflicto” que enfrenta a Estados Unidos con el grupo terrorista *Al Qaeda* no es un conflicto armado en sentido técnico, de modo que el marco jurídico aplicable, con carácter general en esa lucha, guerra o conflicto no es el Derecho Internacional Humanitario sino el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con independencia de que el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra constituya el estándar humanitario mínimo aplicable tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Ahora bien, la respuesta es otra cuando nos referimos a individuos que, como Salim Ahmed Hamdan, son considerados presuntos miembros de *Al Qaeda* y han resultado detenidos en el territorio de un Estado en el que se estaba desarrollando un conflicto armado. En tal caso, los miembros de *Al Qaeda* están protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, puesto que éste se aplica a todas las personas que se hallen en un territorio en estado de guerra. Eso sí, habrá que determinar cuál es exactamente el alcance de la protección que reciben.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo relativa al caso del Sr. Hamdan no analiza la cuestión, a pesar de que su abogado alegó desde el principio su condición de prisionero de guerra para sustraerse de la jurisdicción de las comisiones militares. El Juez de Distrito de Columbia, advirtió, muy oportunamente, que dado que albergaba dudas<sup>29</sup> sobre el estatuto del Sr. Hamdan, éste debía disfrutar del estatuto de prisionero de guerra hasta que un *tribunal competente* concluyera lo contrario, tal y como exige el artículo 5 de la III Convenio de 1949<sup>30</sup>. Y es que no es correcto mantener que los miembros del grupo terrorista *Al Qaeda* no pueden disfrutar del estatuto de prisionero de guerra, pues habrá que analizar si cumplen los requisitos individuales y colectivos que exige el III Convenio de Ginebra para llegar a una conclusión. Esto es lo que podría ocurrir con los miembros de *Al Qaeda* que pudieran haberse integrado en la estructura militar de los talibanes. Como ha señalado Abril, la realización de actos terroristas no les despojaría del estatuto de prisionero de guerra, pero serían penalmente responsables de tales actos<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> La propia existencia de la duda puede ser objeto de controversia y en el caso Hamdan lo era. Así, mientras la postura del Gobierno de los Estados Unidos ha consistido en negar que tuvieran la más mínima duda sobre el estatuto de Hamdan, pues se trata de un combatiente enemigo, la posición del interesado ha sido bien distinta, defendiendo su derecho a disfrutar de su condición de prisionero de guerra. En esta tesitura: ¿puede afirmarse que existen dudas sobre el estatuto de una persona, y que, por tanto, un tribunal competente debe resolver la cuestión, o, por el contrario, siguiendo la tesis del Gobierno, tales dudas no existen porque no las tiene el Estado en cuyo poder se encuentra el individuo en cuestión? A nuestro juicio, y siguiendo a Navqui, no puede negarse la existencia de una duda sobre el estatuto de prisionero de guerra de la persona capturada y que ha cometido actos de beligerancia contra el captor, si el propio interesado reclama ese estatuto o lo hace la potencia de la cual depende. Eso es lo que se desprende del artículo 45.1 del Protocolo I que no es sino la “evolución del artículo 5 del III Convenio de Ginebra” Cfr. NAQVI, Y., “Estatuto de prisionero de guerra: ‘casos de duda’”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>30</sup> Cfr. el texto del artículo 5 del III Convenio de Ginebra de 1949: “Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”.

<sup>31</sup> Cfr. ABRIL, R., “De Guantánamo a Bagdad...”, *op. cit.*, p. 19.

¿Algún tribunal ha esclarecido el dudoso estatuto de Hamdan? ¿responden los tribunales de revisión del estatuto de combatiente a la noción de “tribunal competente” a la que se refiere el artículo 5 anteriormente citado?

Como es bien conocido, los CSRT<sup>32</sup> fueron creados por el Departamento de Defensa mediante la Orden Militar que adoptó en el mes de julio de 2004<sup>33</sup>, en respuesta a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*, en la que se reconoció el derecho de los detenidos a conocer las razones por las que han sido calificados como combatientes enemigos y el derecho a cuestionar ante una instancia neutral tal calificación<sup>34</sup>. Su objeto no es, pues, determinar el estatuto de prisionero de guerra o de civil de la persona detenida. El hecho de que muchos, la mayoría, de los detenidos en Guantánamo hayan sido calificados como combatientes enemigos no resuelve las dudas sobre su estatuto, o dicho más claramente, puede haber individuos que hayan sido calificados como combatientes enemigos y, sin embargo, puedan disfrutar del estatuto de prisionero de guerra<sup>35</sup>.

El Sr. Hamdan se sometió al CSRT el 3 de octubre de 2004 y la resolución que confirmaba su condición de combatiente enemigo fue adoptada el 25 de ese mismo mes. A pesar de ello, en la sentencia dictada por el Juez de Distrito de Columbia el 4 de noviembre de 2004, el Juez Robertson advirtió que no disponía de ningún dato que le permitiera afirmar que un *tribunal competente* hubiera revisado el estatuto del Sr. Hamdan, tal y como exige el artículo 5 del III Convenio y el propio Reglamento de la Armada (Army Regulation)<sup>36</sup>. Según continuó señalando el citado juez, el CSRT fue

---

<sup>32</sup> CSRT son las siglas comunmente utilizadas para referirse a “Combatant Status Revision Tribunal”

<sup>33</sup> Cfr. *Order establishing Combatant Status Review Tribunal*, 7 de julio de 2004, disponible en <http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf> (visitada el 22 de agosto de 2006).

<sup>34</sup> Cfr. la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*, 28 de junio de 2004, en <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/03-6696.ZS.html> (página visitada el 22 de agosto de 2006). cfr. entre otros, ELGART, A., “Hamdi v. Rumsfeld: Due Process Requires That Detainees Receive Notice and Opportunity to Contest Basis for Detention”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005, pp. 239-250.

<sup>35</sup> La noción de “combatiente enemigo” definida por primera vez en la Orden Militar citada: “For purposes of this Order, the term ‘enemy combatant’ shall mean an individual who was part of or supporting Taliban or *Al Qaeda* forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces. Each detainee subject to this Order has been determined to be an enemy combatant thorough multiple levels of review by officers of the Department of Defense”. El proyecto de ley que el Gobierno tiene intención de remitir al Congreso próximamente, con el fin de ajustarse a la sentencia objeto del presente comentario, incluye una definición más amplia de “combatiente enemigo”, incluyendo a los “combatientes legales” y a los “combatientes ilegales”. ¿Es acorde con el artículo 102 del III Convenio de Ginebra someter a una comisión militar a un combatiente legal a quien se ha hecho prisionero? Los prisioneros de guerra, insistimos, deben ser enjuiciados por los mismos tribunales que los miembros de las fuerzas armadas de los Estados Unidos, y hasta hoy esos tribunales son los tribunales militares. Cfr. la definición en la Sección 103.4, letras A y B. del proyecto de Ley, citado en nota 61.

<sup>36</sup> Cfr. Sentencia del Juez de Distrito en el caso *Hamdan* (4 noviembre de 2004), pp. 16-17. Unos meses después, en enero de 2005, el Juez de Distrito de Columbia, el juez Green, afirmó en la sentencia que dictó en el caso *In re Guantánamo* que las comisiones de revisión del estatuto de combatiente no respetaban las exigencias derivadas del principio del proceso debido Cfr. *In Re Guantánamo Detainee Cases*, 31 de enero de 2005.

establecido para cumplir con lo exigido en la sentencia de la Corte Suprema en el caso Hamdi, esto es, para determinar si las personas detenidas por los Estados Unidos son o no son combatientes enemigos, no para determinar si están protegidos o no por el III Convenio de Ginebra. Y concluyó el juez Robertson señalando que el hecho de que el Presidente de los Estados Unidos haya afirmado que los miembros de *Al Qaeda* no disfrutaban de la condición de prisioneros de guerra, no es determinante: “The President is not a ‘tribunal’, however. The government must convene a competent tribunal (or address a competent tribunal already convened) and seek a specific determination as to Hamdan’s status under the Geneva Conventions. Until or unless such a tribunal decides otherwise, Hamdan has, and must be accorded, the full protections of a prisoner-of-war”<sup>37</sup>. Por ello, concluye un poco más adelante, “It follows from those conclusion that Hamdan may not be tried for the war crimes he is charged with except by a court martial duly convened under the Uniform Code of Military Justice”<sup>38</sup>. El Tribunal Supremo, sin embargo, ha esquivado también el análisis de esta cuestión en la sentencia dictada en el caso Hamdan: como no consideran necesario plantearse la aplicabilidad del III Convenio de Ginebra, tampoco encuentran necesario resolver la adecuación del CSRT a la noción de “tribunal competente” a la que se refiere el artículo 5 del Convenio.

Frente a quienes ven en la referencia tribunal competente una remisión a un tribunal perteneciente al “poder judicial”, ya se trate de un tribunal civil o militar, apoyándose para ello en el proceso de redacción del III Convenio de Ginebra, proceso en el que se excluyó la expresión “autoridad responsable” para referirse al órgano que debía dilucidar definitivamente el estatuto de la persona en cuestión<sup>39</sup>, frente a ellos, decimos, se encuentran quienes como Naqvi, consideran que tribunal competente sugiere “un foro de juicio autorizado, aunque no necesariamente de carácter judicial” y esgrimen la diferente terminología utilizada en los párrafos 1 y 2 del artículo 45 del Protocolo I: el primero, incluye la expresión “tribunal competente” para referirse al órgano que debe determinar el estatuto de la persona, y el segundo, menciona el término “tribunal judicial” para referirse al órgano encargado del enjuiciamiento<sup>40</sup>. Por otra parte, la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Columbia quizás pueda servir para negar que los CSRT sean “el tribunal competente” al que se refiere el artículo 5 del III Convenio de Ginebra, pues concluyó en la sentencia dictada en abril de 2005 que el tribunal ante el que Hamdan debía alegar su condición de prisionero de

<sup>37</sup> Cfr. Sentencia del Juez de Distrito en el caso Hamdan, pp. 17-18.

<sup>38</sup> Ibid. p. 26.

<sup>39</sup> Cfr. PÉREZ GONZALEZ, M., RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “El caso de los detenidos de Guantánamo...”, op. cit., p. 23. Cfr. PICTET, J (Dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire III La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, Genève, 1958, pp. 85-86.

<sup>40</sup> En opinión de Naqvi, el artículo 45 establece un sistema de dos niveles: “por un lado, un ‘tribunal competente’ debe determinar el estatuto cuando, a pesar de las presunciones, subsiste una duda a este respecto; por otro, si un detenido que no recibe el trato de un prisionero de guerra manifiesta tener derecho a dicho estatuto y se le va a acusar de cometer una infracción en el marco de las hostilidades, un ‘tribunal judicial’ habrá de determinar su estatuto”, cf. NAQVI, Y., “Estatuto de prisionero de guerra: ‘casos de duda’”, op. cit., p. 4.

guerra es la comisión militar encargada de su enjuiciamiento<sup>41</sup>. Quizás, lo que plantea la Corte de Apelación no es sino lo previsto en el artículo 45.2 del Protocolo Adicional I donde se reconoce el derecho de la persona que ha caído en poder de la parte adversa, y que no está detenida como prisionero de guerra, el derecho, decimos, a hacer valer ese estatuto ante el tribunal judicial ante el que vaya a ser juzgada por esa Parte, con motivo de una infracción que guarde relación con las hostilidades. Esta interpretación plantea, a nuestro juicio, un problema: y es que las comisiones militares a las que se reenvía a Hamdan no son tribunales *judiciales*, o al menos tribunales judiciales regularmente constituido según la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo, como más adelante tendremos ocasión de analizar<sup>42</sup>. Con independencia de la posición que se mantenga sobre la noción de *tribunal competente*, tribunal perteneciente al poder judicial o foro autorizado, lo cierto es que debe respetar las garantías de la persona a él sometida, garantías que muy dudosamente cumple el CSRT<sup>43</sup>.

Por lo demás, los miembros de *Al Qaeda* detenidos realizando actos de beligerancia, y respecto de los que un tribunal competente, sea cual sea éste, haya concluido que no reúnen los requisitos exigidos para disfrutar del estatuto de prisionero de guerra, entrarán muy probablemente dentro de la controvertida categoría de combatientes no privilegiados. Aun cuando existe un sector doctrinal que defiende lo contrario<sup>44</sup>, existen argumentos suficientes como para defender con solvencia, tal y como ha sido lo han hecho autores como Dörman o Sánchez Legido<sup>45</sup>, que éstos podrían

---

<sup>41</sup> Cfr. Sentencia de la Corte de Apelación en el caso Hamdan, p. 19.

<sup>42</sup> Anderson, por ejemplo, afirmó que las comisiones militares podrían ser perfectamente el “tribunal competente” del artículo 5 del III Convenio de Ginebra, siempre y cuando las comisiones militares cumplieran con las exigencias del artículo 75 del Protocolo Adicional I: “In my opinion, a military commission can meet the requirements of a ‘competent tribunal’ if it is within the requirements of Article 75, specifically, a regularly constituted court with regular judicial procedures and impartiality”. ANDERSON, K., “What to do with Bin Laden and *Al Qaeda* terrorists?: A qualified defense of military commissions and United States Policy on detainees at Guantanamo Bay Naval Base”, op. cit., p. 619. Pues bien, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso Hamdan, ahora comentada, echa por tierra la tesis de que las comisiones militares puedan ser consideradas como el “tribunal competente” del artículo 5 del III Convenio de Ginebra.

<sup>43</sup> Cfr. SANCHEZ LEGIDO, A., “Guerra contra el terrorismo”, op. cit., pp. 424-425.

<sup>44</sup> Cfr. entre otros DETTER, I., *The Law of War*, Cambridge, 2000 (2ª ed.), p. 136; GREENWOOD, C., “International Law and the ‘war against terrorism’”, *International Affairs*, 2002, p. 316; YOO, J.C., “The Status of Soldiers and Terrorists under the Geneva Conventions”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 3, 2004, pp. 135-150; YOO, J.C., HO, J.C., “The Status of Terrorist”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44, 2003-2004, pp. 207-228. Entre quienes parece que consideran a los combatiente no privilegiados como una tercera categoría distinta, a caballo entre la de combatiente y la de civil, cfr. BAXTER, R., “So called ‘Unprivileged Belligerency’: Spies, Guerrillas and Saboteurs”, *BYIL*, 1951, pp. 328, 336-338.

<sup>45</sup> Cfr. la argumentación desplegada por DÖRMAN, K., “La situación jurídica de los ‘combatientes ilegales/no privilegiados’”, *RICR*, 2003, N° 849 y por SANCHEZ LEGIDO, A., “‘Guerra contra el terrorismo’, conflictos armados y derechos humanos”, op. cit., p. 444-450; Cfr. igualmente, BORELLI, S., “Echar luz sobre un vacío jurídico: el derecho internacional y las detenciones en el extranjero en el marco de la ‘guerra contra el terrorismo’”, *RICR*, 2005, n° 857, p. 6; CERONE, J., “Status of Detainees in International Armed Conflict, and their protection in the Course of Criminal Proceedings”, *Asil Insights*, January 2002, apartado II; PEREZ GONZALEZ, M., RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos”, op. cit., pp. 28-29; QUEGUINER, J.F., “Direct participation in hostilities under International

encontrarse protegidos por el IV Convenio ginebrino<sup>46</sup>. Para la tranquilidad de quienes puedan ver en ello un trato privilegiado hacia quien ha demostrado un menosprecio absoluto por la vida ajena, conviene recordar dos datos: que los combatientes ilegales o ilegítimos no disfrutaban de la inmunidad del combatiente, o dicho de otro modo, pueden ser objeto de enjuiciamiento por los actos de los que sean responsables, pues carecen de *licencia para matar o herir a combatientes enemigos y para destruir otros objetivos militares del enemigo*, y que pueden ver restringidos los derechos reconocidos en el IV Convenio a los civiles, tal y como se reconoce en el artículos 5, 42 o 78 del mismo<sup>47</sup>. Y, en el peor de los casos, disfrutarían de las garantías recogidas en el artículo 3 común, por razones obvias, y en el 75 del Protocolo I, disposición que ostentan naturaleza consuetudinaria como ha reconocido el propio Tribunal Supremo y que resulta aplicable a los conflictos internacionales a las personas que hayan participado en las hostilidades y no disfruten de un trato más favorable de conformidad con el resto de los Convenios de Ginebra<sup>48</sup>.

### 3. La cuestión de la invocabilidad de los derechos reconocidos en los Convenios de Ginebra en sede judicial de los Estados Unidos<sup>49</sup>.

El Gobierno de los Estados Unidos ha combatido de todas las formas posibles la judicialización de una cuestión como la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, primero, esgrimiendo que los miembros de *Al Qaeda* no se encuentran protegidos por ellos, y alegando después, por si acaso, que los Convenios de Ginebra no pueden ser invocados ante los tribunales por un particular, puesto que no son “self executing” y no proporcionan “a private cause of action”<sup>50</sup>. La Corte de Apelación del Distrito de

---

Humanitarian Law”, Working Paper, p. 9-11 en <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/briefing3297.pdf> (página visitada el 1 de septiembre de 2006); PAUST, J., “Judicial Power To Determine the Status and Rights of Persons Detained Without Trial”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, 2003-2, pp. 503-532.

<sup>46</sup> Algunas sentencias del TPIY se refieren a esta cuestión. Entre ellas, cfr. *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 271.

<sup>47</sup> Cfr. SANCHEZ LEGIDO, A., “‘Guerra contra el terrorismo’, conflictos armados y derechos humanos”, op. cit., pp. 448-450.

<sup>48</sup> Cfr. infra pp. 31 y ss.

<sup>49</sup> Cfr. sobre la naturaleza *self o non self executing* de los Tratados desde la perspectiva del derecho interno de los Estados Unidos: ALTHOUSE, A., “A Response to Professor Woolhandler’s ‘Treaties, Self Execution, and the Public Law Litigation Model’”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42, 2001-2002, pp. 789-800; DOLZER, R., “The settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim’s Private Right of Action? Lessons after 1945”, *Berkeley Journal of International Law*, 2002, Vol. 20, pp. 296-341; NELSON, C., “The Treaty Power and Self Execution: A Comment on Professor Woolhandler’s Article”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42, 2001-2002, pp. 801-817; PAUST, J., “Customary International Law and Human Rights Treaties are Law of the United States”, *Michigan Journal of International Law*, 1998-1999, Vol. 20, pp. 301-336; VAZQUEZ, C.M., “The Four Doctrines of Self Executing Treaties”, *AJIL*, Vol. 89, 1995, pp. 695-723; WOOLHANDLER, A., “Treaties, Self Execution, and the Public Law Litigation Model”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42, 2001-2002, pp. 695-788; YOO, J.C., “Treaties and Public Lawmaking: A textual and Structural Defense of Non Self Execution”, *Columbia Law Review*, Vol. 99, 1999, pp. 2218-2258.

<sup>50</sup> Reproducido en la p. 22 de la sentencia de la Corte de Distrito de Columbia en el caso Hamdan. Un autor como Vazquez señaló hace ya algún tiempo el error que supone ligar autoejecutabilidad del tratado a la existencia de un derecho privado de acción. En su opinión existe un importante número de tratados que

Columbia secundó la tesis del Gobierno y afirmó que los Convenios de Ginebra de 1949 “does not confer upon Hamdan a right to enforce its provisions in court”<sup>51</sup>, y se apoyó para ello en la sentencia que dictó el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1950 en relación con el caso *Eisentrager*. El Supremo afirmó por aquel entonces que el Convenio de Ginebra de 1929 –que era el que podía resultar aplicable en aquel momento- no era esgrimible judicialmente porque aunque el Convenio establecía derechos para los prisioneros de guerra “it is, however, the obvious scheme of the Agreement that responsibility for observance and enforcement of these rights is upon political and military authorities. Rights of alien enemies are vindicated under it only through protests and intervention of protecting powers as the rights of our citizens against foreign governments are vindicated only by Presidential intervention”<sup>52</sup>. Y como según la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, los Convenios de Ginebra de 1929 y los de 1949 tienen idéntica estructura, Hamdan tampoco podría esgrimir ante los tribunales de los Estados Unidos los Convenios de 1949, pues es en el marco de las relaciones interesatales en el que deben resolverse las posibles reclamaciones por las violaciones de los Convenios de Ginebra<sup>53</sup>. La Corte de Apelación insistió en su tesis mencionando algunos artículos del III Convenio de Ginebra, como el 11 o el 132, de los que, desde su perspectiva, se colige que son las partes contratantes las que deben resolver cualquier controversia derivada del incumplimiento o la violación de las disposiciones del Convenio: “here again is no suggestion of judicial enforcement”<sup>54</sup>.

Pues bien, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, y que es objeto del presente comentario, podría servir para apoyar la tesis del Gobierno, pero habrá quien afirme lo contrario. El Tribunal Supremo analiza la estructura de los Convenios de Ginebra con el propósito de responder si en ellos existe algún título que permita al particular invocar judicialmente la violación de los derechos que los mismos reconocen. Y con este fin, el Tribunal concluye: “we may assume” que el esquema de la Convención de 1929 se repite en la de 1949 y que tal esquema “would, absent some other provision of law, preclude Hamdan’s invocation of the Convention’s provisions as an independent source of law binding the Government’s actions and furnishing petitioner with any enforceable right”<sup>55</sup>. De este modo, el Tribunal Supremo parece haber asumido, sin demasiada convicción, eso sí, la tesis de la ininvocabilidad de los derechos reconocidos en los Convenios de Ginebra en sede judicial, al menos tomando como base los propios Convenios. A renglón seguido, el Tribunal afirma lo siguiente

---

no reconocen derechos de acción a los particulares, pero por ello “(are) no less judicially enforceable by individuals than constitutional or statutory provisions that do not themselves address private enforcement”, pues ese derecho puede estar recogido en otra fuente distinta del propio tratado. Cfr. VAZQUEZ, C.M., “The Four Doctrines of Self Executing Treaties”, op. cit., p. 720.

<sup>51</sup> Cfr. Sentencia de la Corte de Apelación en el caso Hamdan, p. 13.

<sup>52</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo *Johnson v. Eisentrager*, 339 US (1950), p. 14.

<sup>53</sup> Con grandes dosis de ironía, el Juez Robertson afirma en una nota a pie de página del texto de la sentencia que difícilmente podía esgrimir el Gobierno de los Estados Unidos que los Convenios de Ginebra pueden ejecutarse sólo por la vía diplomática cuando, por ejemplo, el Gobierno negó el permiso solicitado por diplomáticos yemeníes para visitar a Hamdan en Guantánamo. Cfr. p. 26, nota a pie núm. 11 de la sentencia dictada por el Juez Robertson en el caso Hamdan.

<sup>54</sup> Cfr. Sentencia de la Corte de Apelación en el caso Hamdan, p. 12.

<sup>55</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, pp. 64-65.

“*regardless* of the nature of the rights conferred on Hamdan, (...) they are, as the Government does not dispute, part of the law of war (...). And compliance with the law of war is the condition upon which the authority set forth in Article 21 is granted”<sup>56</sup>. El Tribunal Supremo concluye, pues, que con independencia de la naturaleza de los derechos conferidos a Hamdan en los Convenios de Ginebra, estos forman parte del derecho de la guerra de los Estados Unidos, y su respeto es obligado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del CUJM. Así las cosas, quizás podría concluirse que el argumento de fondo que utiliza el Tribunal Supremo para aplicar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra es que éstos forman parte del derecho de la guerra de los Estados Unidos.

Mucho más valientes fueron, a nuestro juicio, las reflexiones que realizó el Juez de Distrito de Columbia, Juez Robertson, sobre este particular, recurriendo a la denominada *Supremacy Clause*, a los procesos de ratificación de los Convenios de Ginebra y de adopción de la legislación necesaria para implementar algunas disposiciones de los citados tratados. Nos explicamos.

Según recordó el Juez Robertson, los Tratados Internacionales son “the supreme law of the land”<sup>57</sup> y los tribunales están obligados a aplicarlos por encima de cualquier otra norma, siempre y cuando éstos sean *self executing*<sup>58</sup>. Recuerda el juez que para esclarecer la naturaleza *self* o no *self executing* de un tratado, o de partes de un tratado, es preciso tener presentes distintos elementos, como la intención de los propios Estados, creadores del texto, la voluntad del Senado en el momento de autorizar la manifestación del consentimiento en obligarse, o la propia materia sobre la que verse el tratado, pues constitucionalmente puede que exija la adopción de medidas legislativas<sup>59</sup>. Pues bien, refiriéndose al concreto caso de los Convenios de Ginebra, el juez Robertson mantiene que un estudio de su proceso de ratificación demuestra que el Congreso analizó

<sup>56</sup> Ibidem. La cursiva es nuestra. El artículo 21 del CUJM establece lo siguiente: : “The provisions of this code conferring jurisdiction upon courts-martial shall not be construed as depriving military commissions, provost courts, or other military tribunals of concurrent jurisdiction in respect of offenders or offenses that by statute or by the law of war may be tried by such military commissions, provost courts, or other military tribunals”

<sup>57</sup> El artículo VI, párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos reza de la siguiente forma: “Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land. and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.” Esta cláusula, denominada *Supremacy Clause*, pudo ser adoptada con el propósito de minimizar las posibilidades de incumplimiento de los tratados internacionales por parte de los Estados Unidos: “it declared treaties to be ‘the supreme law of the land’ and directed the courts to give them effect without awaiting action by the legislatures of either the states or the federal Government. It effectuated a wholesale incorporation of US treaties into domestic law, dispensing with the need for retail transformation of treaties into domestic law by Congress”, Cfr. VAZQUEZ, C.M., “The Four Doctrines of Self Executing Treaties”, *AJIL*, Vol. 89, 1995, pp. 695-723, p. 699.

<sup>58</sup> Esta afirmación no es compartida por algunos autores, como por ejemplo Paust, pues considera que la supremacía de los tratados sobre cualquier otra norma interna se refiere a todos los tratados, a los *self* y a los no *self executing*. PAUST, J., “Customary International Law and Human Rights Treaties are Law of the United States”, *op. cit.*, p. 324. Recuerda el Juez Robertson que un tratado puede contener disposiciones que sean *self executing* y otras que no lo sean, sin que sea acertado clasificar a todo el tratado de una o de otra forma. Cfr. Sentencia dictada por el Juez de Distrito de Columbia, p. 25.

<sup>59</sup> Cfr. Sentencia dictada por el Juez de Distrito de Columbia en el caso Hamdan, p. 23.

cuidadosamente si sus disposiciones necesitaban la adopción de medidas legislativas para su efectivo cumplimiento en sede interna de los Estados Unidos, lo que le permitió concluir que sólo algunas de ellas exigían una tarea de implementación, en particular las relativas a la definición y sanción de las violaciones graves de los Convenios. Ni el artículo 5 ni el 120 del III Convenio de Ginebra, ni tampoco el 3 común –artículos esgrimidos por Hamdan- exigían la adopción de medida legislativa alguna. Todo ello llevó al Juez Robertson a concluir del siguiente modo:

“Because the Geneva Conventions were written to protect individuals, because the Executive Branch of our government has implemented the Geneva Conventions for fifty years without questioning the absence of implementing legislation, because Congress clearly understood that the Conventions did not require implementing legislation except in a few specific areas, and because nothing in the Third Geneva Convention itself manifests the contracting parties’ intention that it not become effective as domestic law without the enactment of implementing legislation, I conclude that, insofar as it is pertinent here, the Third Geneva convention is a self executing treaty”<sup>60</sup>

Los Convenios de Ginebra tienen, a nuestro juicio, naturaleza *self executing*, exceptuando aquellas disposiciones en las que los propios Convenios reconocen la necesidad de adoptar medidas legislativas para su correcta implementación. Dando un paso más, consideramos que los Convenios incluyen derechos de los que son titulares los particulares y que la existencia de mecanismos procesales que permitan a un particular invocarlos judicialmente es condición *sine qua non* para garantizar su plena realización. Desde este punto de vista, negar que los Convenios de Ginebra sean “a source of judicially enforceable individual law” tiene como consecuencia impedir la plena efectividad de tales derechos, salvo que se adopten medidas legislativas internas que permitan el mismo resultado, esto es, la invocación judicial de un derecho reconocido. Todo ello hace que nos resulte especialmente preocupante que el Proyecto de ley que el Gobierno ha preparado a lo largo del mes de julio de 2006 para su remisión al Congreso (la Enemy Combatant Military Commissions Act of 2006, a la que más adelante nos referiremos) afirme lo siguiente “The Act makes clear that the Geneva Conventions are not a source of judicially enforceable individual rights, thereby reaffirming that enforcement of the legal and political obligations imposed by the Conventions is a matter between the nations that are parties to them”<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. Sentencia de la Juez de Distrito de Columbia en el caso Hamdan, p. 26. Cfr. en este mismo sentido la opinión de PAUST,J.J., “Judicial Power To Determine the Status and Rights of Persons Detained Without Trial”, *Harvard International Law Journal*, 2003-2, Vol. 44, pp. 503-532, en particular, pp. 514-518: “Not only do the Geneva Conventions expressly recognize private rights, but the also retain the possibility of private causes of action for their breach –a practice that predates the conventions and exists more generally with respect to violations of the laws of war.

<sup>61</sup> Cfr. *Bill To facilitate bringing terrorists enemy combatants to justice throuhg full and fair trial by military commissions and for other purposes*, 28 de julio de 2006 en <http://balkin.blogspot.com/PostHamdan.Bush.Draft.pdf>. Cfr. lo señalado por la CIJ en el caso Lagrand sobre la necesidad de garantizar los mecanismos procesales oportunos que permitan invocar judicialmente un derecho y así hacerlo plenamente efectivo, Alemania c. Estados Unidos, CIJ Reports, 2001, en particular parágr. 90-91.

A modo de conclusión, consideramos de gran relevancia que un Tribunal como el Supremo de los Estados Unidos haya afirmado sin imbigüedad que un presunto miembro de *Al Qaeda*, capturado en el contexto de un conflicto armado, se encuentra protegido por el artículo 3 común, como estándar mínimo aplicable. Aunque probablemente sea pedir demasiado, hubiera sido de gran interés que el Tribunal hubiera entrado a analizar a fondo la naturaleza del conflicto desarrollado en Afganistán, para abordar a continuación el derecho aplicable a los presuntos miembros de *Al Qaeda* detenidos en esa contienda bélica, más allá del estándar mínimo que, como ya sabíamos, se aplica con independencia de la naturaleza, interna o internacional, de un conflicto.

### III. LA ILEGALIDAD DE LAS COMISIONES MILITARES<sup>62</sup>.

La orden militar adoptada por Presidente Bush tras los atentados del 11 de septiembre, concretamente el 2 de noviembre de 2001, estableció el régimen al que serían sometidos los extranjeros detenidos en la lucha contra el terrorismo, así como el modo en que los mismos serían enjuiciados, modo que iba a suponer separarse de la justicia ordinaria estadounidense –tribunales civiles y militares- al preverse su enjuiciamiento por comisiones militares constituidas *ad hoc*<sup>63</sup>. Las características generales de las comisiones así como el régimen de funcionamiento se recogía ya en aquella orden presidencial, aunque fue la Military Commission Orden N° 1, dictada por

---

<sup>62</sup> Cfr. sobre esta cuestión: ANDERSON, K., “What to do with Bin Laden and *Al Qaeda* terrorists?: A qualified defense of military commissions and United States Policy on detainees at Guantanamo Bay Naval Base”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2001-2002, pp. 591-634; CERONE, J., “Status of Detainees in International Armed Conflict, and their protection in the Course of Criminal Proceedings”, *Asil Insights*, Vol. 10, 14 Julio 2006; FITZPATRICK, J., “Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights”, *EJIL*, Vol. 14, 2003-2, pp. 241-264; FITZPATRICK, J., “Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism”, *AJIL*, Vol. 96, 2002, pp. 345-354; FLETCHER, G.P. “On Justice and War: Contradictions in the Proposed Military Tribunals”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2001-2002, pp. 635-652; GOODMAN, R., JINKS, D., “International Law, US War Powers and the Global War on Terrorism”, *Harvard Law Review*, vol. 118, 2005-8, pp. 2653-2662; HONGJU KOH, H., “The Case against Military Commissions”, *AJIL*, Vol. 96, 2002, pp. 337-344; MATHESON, M.J., “U.S Military Commissions: One of Several Options”, *AJIL*, Vol. 96, 2002, pp. 354-358; MÉGRET, F., “Justice in Times of Violence”, *EJIL*, Vol. 14, 2003-2, pp. 327-345; MUNDIS, D.A., “The use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts”, *AJIL*, Vol. 96, 2002, pp. 320-328; NEUMAN, G.L., “Comment, Counter-Terrorist Operations and the Rule of Law”, *EJIL*, Vol. 15, 2004-5, pp. 1019-1029; ORENTLICHER, D.F., KOGOD GOLDMAN, R., “When justice goes to war: prosecuting terrorist before military commissions”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2001-2002, pp. 653-663; PAUST, J., “Antiterrorism Military Commissions: The Ad Hoc DOD Rules of Procedure”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, 2001-2002, pp. 677-694; VAGTS, D.F., “Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism?”, *EJIL*, Vol. 14, 2003-2, pp. 313-326; WEDGWOOD, R., “Terrorism, and Military Commissions”, *AJIL*, Vol. 96, 2002, pp. 328-337.

<sup>63</sup> Cfr. *President Issues Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism*, 13 de noviembre de 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>

el Secretario de Defensa, algún tiempo después, la que desarrolló más detalladamente todas esas cuestiones<sup>64</sup>.

Como se ha señalado con anterioridad, el artículo 3 común resulta de aplicación al contexto del conflicto armado desarrollado en Afganistán, sea cual sea la calificación que el mismo merezca. Precisamente, la letra d) de la citada disposición reconoce el derecho de las personas por él protegidas a ser enjuiciadas por “*un tribunal regularmente constituido y dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados*”. Desde esta perspectiva analizaremos lo señalado por la sentencia del Tribunal Supremo respecto a ambas cuestiones: ¿son las comisiones militares tribunales regularmente constituidos?, ¿están dotadas de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”?

Las conclusiones que cabe extraer de ella son esencialmente dos: primero, el Presidente Bush no contó con la autorización del Congreso para crear la comisión militar como la creada para enjuiciar a Hamdan, y en defecto de autorización, tampoco existió una “necesidad militar” que justificara una decisión semejante; y, segundo, incluso en el caso de que hubiera existido autorización y la comisión tuviera jurisdicción para conocer del fondo del asunto, algunas de las reglas procesales que rigen su funcionamiento son claramente contrarias al derecho interno de los Estados Unidos y al derecho internacional, en particular, contrarias al artículo 3 común y al artículo 75 del Protocolo Adicional I. Veamos cada una de estas conclusiones que de manera sumaria acabamos de avanzar.

### **1. Por no tratarse de un tribunal *regularmente constituido***

Aun cuando hay algún autor que desprecia de una manera que casi resulta ofensiva los comentarios realizados a los Convenios de Ginebra, bajo los auspicios del CICR y la dirección de Jean Pictet<sup>65</sup>, y que critica al Tribunal Supremo por haberlos utilizado como un elemento más a la hora de interpretar los Convenios de Ginebra, a nuestro juicio hace bien el Tribunal en recurrir a ellos, pues, constituyen un referente indiscutible a la hora de interpretar el Derecho de Ginebra. Y no es que el comentario específico del artículo 3 común le hayan aportado gran cosa al Tribunal para esclarecer

---

<sup>64</sup> Cfr. Military Commission Order N° 1, “Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism” en <http://www.defenselink.mil/news/Sep2005/d20050902order.pdf>, orden adoptada por el Secretario del Departamento de Defensa. La orden fue adoptada el 21 de marzo de 2002 y ha sido modificada por última vez el 31 de agosto de 2005.

<sup>65</sup> Jeremy Rabkin, profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Cornell, ha llegado a referirse a los Comentarios a los Convenios de Ginebra, manejados por los jueces del Tribunal Supremo en su sentencia, en los siguientes términos: “The majority, in parsing the implications of the Geneva safeguards, relied heavily on a commentary published by the International Committee of the Red Cross in the 1950s. (...) The majority was content to suppose that the ‘law and custom of war’ or the standards of ‘civilized peoples’ regarding military justice, *can be authoritatively settled by Swiss lawyers with no more real military experience or responsibility than the famous Swiss pikemen who “guard” Vatican City*” (la cursiva es nuestra), RABKIN, J., “Not As Bad As You Think. *The Court hasn't crippled the war on terror*”, 17 de julio de 2006, Volume 011, Issue 41 en <http://weeklystandard.com/Content/Public/Articles/000/000/012/411sifxw.asp>

el significado de “tribunal regularmente constituido”, pero nada le ha impedido recurrir al realizado al hilo de otras disposiciones, como el artículo 66 del IV Convenio, de las que se desprende que la idea de tribunal normalmente constituido excluye los tribunales especiales o de excepción, lugar donde, a nuestro juicio, quedarían ubicadas las comisiones militares<sup>66</sup>. El Tribunal Supremo también se refiere a otro parámetro para analizar la regularidad en la constitución de un tribunal: que el mismo se haya “established and organized in accordance with the laws and procedures already in force in a a country”<sup>67</sup>. Por decirlo de otro modo, sería el propio ordenamiento interno de Estados Unidos el que podría tomarse como referente en el análisis de la regularidad de la constitución de las comisiones militares, de ahí que hayamos considerado particularmente interesante la argumentación desplegada por el Tribunal Supremo en este sentido.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Código Uniforme de Justicia Militar nada impide el funcionamiento de comisiones militares “in respect of offenders or offenses that *by statute or by the law of war* may be tried by such military commissions”<sup>68</sup>. Según concluyen la mayoría de los jueces del Supremo, el Presidente Bush ha creado las comisiones militares sin contar con la autorización previa del Congreso de los Estados Unidos, pues no hay nada en la resolución aprobada por el propio Congreso el 3 de octubre de 2001 y que sirvió para autorizar al Presidente a utilizar la fuerza tras los atentados (AUMF)<sup>69</sup>, ni tampoco en la *Detention Treatment Act* de 2005 (DTA)<sup>70</sup>, que incluya una autorización expresa para crear comisiones militares fuera del marco o de las condiciones previstas en el Código de Justicia Militar (en adelante CUJM)<sup>71</sup>. *En ausencia de una específica autorización del Congreso* que permitiera al Presidente Bush crear las comisiones militares, el Tribunal concluye que el Presidente tendría “at much a general Presidential authority to convene military commissions in circumstances where justified under the ‘Constitution and laws’, including the law of war”<sup>72</sup>. Dicho más claramente, el Presidente Bush ostentaría autoridad general para crear comisiones militares, de acuerdo con la Constitución y con las leyes<sup>73</sup>.

---

<sup>66</sup> Cfr. Comentarios al IV Convenio de Ginebra, PICTET, J. (Dir.), *Commentaire à la IV Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Ginebra, 1956, p. 365.

<sup>67</sup> Tal parámetro lo toma el tribunal de la interpretación que realiza la Cruz Roja, cfr., p. 69 de la sentencia del Supremo en el caso Hamdan.

<sup>68</sup> Cfr. el texto del artículo 21, nota 54.

<sup>69</sup> Cfr. *Joint Resolution to Authorize the Use of United States Armed Forces Against Iraq*, 2 de octubre de 2002, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/10/print/20021002-2.html>.

<sup>70</sup> Cfr. *Detainee Treatment Act of 2005*, 31 diciembre de 2005, [www://jurist.law.pitt.edu/gazette/2005/12/detainee-treatment-act-of-2005-white.php](http://www.jurist.law.pitt.edu/gazette/2005/12/detainee-treatment-act-of-2005-white.php)

<sup>71</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 29. Cfr. sobre el particular FLETCHER, G.P. “On Justice and War: Contradictions in the Proposed Military Tribunals”, op. cit., pp. 643-652; RAVEN HANSEN, R., “Detaining Combatants by Law or by Order? The Rule of Lawmaking in the War on Terrorist”, *Lousina Law Review*, Vol. 64, 2003-2004, pp. 831-850; WEDGWOOD, R., “Terrorism, and Military Commissions”, op. cit., p. 329.

<sup>72</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p.30.

<sup>73</sup> Y ello implica, como veremos más adelante, que las reglas de procedimiento por las que las comisiones han de regirse deben ser las mismas que las que gobiernan los tribunales militares, salvo que resulte “impracticable”.

En definitiva, *en ausencia de esa específica autorización*, el Tribunal Supremo afirma que su tarea es decidir si está justificada la creación de una comisión para enjuiciar a Hamdan<sup>74</sup>. Comienza el Tribunal Supremo por analizar las situaciones o las circunstancias en las que se ha recurrido a la creación de comisiones militares en Estados Unidos. Tomando como referencia a un autor clásico, el Coronel William Winthrop, el Tribunal cita tres supuestos posibles: en momentos en los que se ha proclamado la ley marcial, en territorios ocupados y, en el curso de un conflicto armado con el fin de enjuiciar las violaciones de las leyes de la guerra, “when there is a need ‘to seize and subject to disciplinary measures those enemies who in their attempt to thwart or impede our military effort have violated the law of war’”<sup>75</sup>. Dado que como no nos encontramos ni en la primera ni en la segunda situación, señala el Tribunal Supremo que sólo el enjuiciamiento de supuestas violaciones del derecho de la guerra podría haber justificado la creación de las comisiones militares, incluida la creada para enjuiciar a Hamdan.

Dando un paso más, y siguiendo de nuevo a Winthrop, los jueces del Supremo aceptan por unanimidad que para que tengan jurisdicción las comisiones militares, cuyo objeto es enjuiciar a los responsables de la violación de las leyes de la guerra, es preciso que concurren acumulativamente cuatro condiciones: en primer lugar, que la conducta se haya cometido en el escenario de las hostilidades; en segundo lugar, que los actos hayan tenido lugar durante el periodo bélico (“no jurisdiction exists to try offenses committed either before or after the war”); en tercer lugar, que la conducta constituya una violación de las leyes de la guerra y, en cuarto y último lugar, que el presunto autor sea un individuo perteneciente a las fuerzas enemigas o si pertenece a las propias fuerzas armadas, que su conducta suponga la infracción de órdenes o reglamentos no enjuiciables ante un tribunal marcial<sup>76</sup>.

Refiriéndose al concreto caso del Sr. Hamdan, la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo concluyen que la comisión militar creada para conocer de los hechos que se imputan al presunto miembro de *Al Qaeda*<sup>77</sup> carece de jurisdicción para ello, puesto que éstos no ocurrieron en el teatro de las hostilidades, ni en el tiempo durante el que se desarrolló el conflicto armado<sup>78</sup>, pero sobre todo porque la conducta imputada, “conspiracy”, no constituye una violación del derecho de la guerra, tal y como se

---

<sup>74</sup> “Absent a more specific congressional authorization, the task of this Court is, as it was in *Quirin*, to decide whether Hamdan’s military commission is so justified”, cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 30.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 31-32; Cfr. igualmente la obra de WINTHROP, W., *Military Law and Precedents*, 1920 (revisión de la segunda edición), p. 830, citado en la p. 25 de la sentencia.

<sup>76</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 34.

<sup>77</sup> Para ver el texto del acta de acusación, cfr. <http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040714hcc.pdf>

<sup>78</sup> El Juez Thomas considera que el conflicto que mantienen los Estados Unidos con *Al Qaeda* comenzó hace ya algunos años –al menos desde 1996- y en contextos tan variados como Afganistán, Yemen o Pakistán. De modo que los requisitos de tiempo y lugar se cumplirían plenamente. Cfr. opinión disidente del Juez Thomas, pp. 8-11

desprende de los principales tratados internacionales<sup>79</sup>. El juez Thomas discrepa de la mayoría y defiende que la conspiración sí constituye una violación de las leyes de la guerra y que, además, Hamdan fue acusado de algo más que el cargo de conspiración como es “overt acts of providing protection, transportation, weapons, and other services to the enemy (...), acts which in and of themselves are violations of the laws of war”<sup>80</sup>, conductas que, según el citado juez, constituirían una clara violación del derecho de la guerra.

Sea como fuere, y por encima de todo lo anterior, el Tribunal Supremo afirma que la comisión creada para enjuiciar a Hamdan adolece de un defecto de base. *En ausencia de una autorización específica del Congreso*, el Gobierno debía haber cumplido un requisito indispensable: justificar la existencia de una *necesidad militar* de crear una comisión como la diseñada para enjuiciar a Hamdan<sup>81</sup>. En opinión de la mayoría de los jueces, tal necesidad militar no ha existido, puesto que la comisión no se constituyó en pleno campo de batalla, en una situación en la que “military efficiency demands be tried expeditiously”. Ninguna urgente necesidad de enjuiciamiento existía si se tiene en cuenta que Hamdan fue arrestado en octubre de 2001 y no fue acusado formalmente hasta mediados de 2004 y, además, lo fue respecto de hechos que ocurrieron fuera del marco del conflicto armado: “These simply are not the circumstances in which, by any stretch of the historical evidence or this Court’s precedents, a military commission established by Executive Order under the authority of Article 21 of the UCMJ may lawfully try a person and subject him to punishment”<sup>82</sup>.

Como se desprende de todo cuanto se ha señalado hasta el momento, los jueces del Supremo han insistido mucho en la inexistencia de una autorización previa del Congreso que permitiera al Presidente Bush crear las comisiones militares<sup>83</sup>. Y aún insistió más el Juez Breyer, al recalcar en su opinión individual que aunque hasta el momento el Congreso ha negado al Presidente la autoridad legal para crear una comisión militar como la analizada en la sentencia, “nothing prevents the President from returning to Congress to seek the authority he believes necessary”<sup>84</sup>. Dicho y hecho. A finales del mes de julio de 2006, el Gobierno de los Estados Unidos ha elaborado ya un proyecto de ley, al que nos referimos más adelante, y cuyo propósito es

---

<sup>79</sup> La sentencia señala: “the government has failed even to offer a ‘merely colorable’ case for inclusion of conspiracy among those offenses cognizable by law of war military commission (...) Because the charge does not support the commission’s jurisdiction, the commission lacks authority to try Hamdan”, cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 48.

<sup>80</sup> Cfr. Thomas, J., dissenting, pp. 15-28.

<sup>81</sup> “The charge’s shortcomings are not merely formal, but are indicative of a broader inability on the Executive’s part here to satisfy the most basic precondition –*at least in the absence of specific congressional authorization*– for establishment of military commissions: military necessity”, (la cursiva es nuestra), cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 48.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 49 de la sentencia. El juez Thomas discrepa también en este punto cuando señala que la necesidad militar es algo que debe decidir el Presidente de los Estados Unidos, en su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, y no el Tribunal. Cfr. Thomas, J., dissenting, pp. 28 a 30.

<sup>83</sup> Cfr. ORENTLICHER, D.F., KOGOD GOLDMAN, R., “When justice goes to war: prosecuting terrorist before military commissions”, op. cit., pp. 653-663, pp. 655-659.

<sup>84</sup> Cfr. Breyer, J., concurring, p. 1 Esta opinión es firmada al mismo tiempo por los jueces Kennedy, Souter y Ginsburg.

ajustarse a las exigencias derivadas de la sentencia<sup>85</sup>. Veremos en qué términos aprueba el Congreso la creación de las comisiones militares, pero en todo caso el avance es más que notable.

## **2. Por no respetar algunas de las garantías judiciales fundamentales reconocidas por los pueblos civilizados.**

El análisis que realiza el Tribunal Supremo de las reglas que rigen el procedimiento de las comisiones militares se centra fundamentalmente en la adecuación de éstas a lo establecido en el ordenamiento interno de los Estados Unidos, concretamente en el Código Uniforme de Justicia Militar, y dedica exactamente tres páginas, las tres últimas de la sentencia, a analizar la adecuación del procedimiento a las exigencias derivadas del Derecho Internacional.

Como decíamos en el apartado anterior, y de acuerdo con lo exigido por el artículo 36 del CUJM, las comisiones militares en Estados Unidos deben regirse por el mismo procedimiento que los tribunales militares, a no ser que exista una razón que impida o haga impracticable seguir ese procedimiento general<sup>86</sup>: “At a minimum, a military commission ‘can be ‘regularly constituted by standards of our military justice system only if some practical need explains deviations from court martial practice’”<sup>87</sup>. Pues bien, el Tribunal Supremo ha concluido en su sentencia que la creación de comisiones militares como las proyectadas en la Orden Militar N° 1 constituyen una violación del artículo 36, apartado b) del CUJM, puesto que se apartan de ese procedimiento general<sup>88</sup>, sin que se haya justificado las razones prácticas por las que se adopta una medida semejante: “The practicability determination the President has made is insufficient to justify variances from the procedures governing courts martial. (...). The President has not, however made a similar official determination that it is impracticable to apply the rules for courts martial. An even if subsection b’s requirements may be satisfied without such an official determination, the requirements

---

<sup>85</sup> Cfr. *Bill To facilitate bringing terrorists enemy combatants to justice through full and fair trial by military commissions and for other purposes*, op. cit. nota 60

<sup>86</sup> El artículo 36 señala lo siguiente (la cursiva es nuestra): “a) The procedure, including modes of proof, in cases before courts-martial, courts of inquiry, military commissions, and other military tribunals may be prescribed by the President by regulations which shall, *so far as he considers practicable*, apply the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts, *but which may not be contrary to or inconsistent with this chapter*. b) All rules and regulations made under this article *shall be uniform insofar as practicable* and shall be reported to Congress”.

<sup>87</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 70 y Kennedy, J., concurring in part, p. 10

<sup>88</sup> El Tribunal no entra a comparar de manera detallada cuáles son los puntos de divergencia entre ambos procedimientos, sino que menciona algún ejemplo: “Nothing in the record before us demonstrates that it would be impracticable to apply court martial rules in this case. There is no suggestion, for example, of any logistical difficulty in securing properly sworn and authenticated evidence or in applying the usual principles of relevance and admissibility” (cfr. p. 60 de la sentencia). Para ver un estudio comparado un poco más detallado de ambos procedimientos, cfr. Kennedy, J., *concurring in part*, pp. 11-18.

of that subsection are not satisfied here”<sup>89</sup>. Señala el Tribunal Supremo que nada “in the record before us demonstrates that it would be impracticable to apply court martial rules in this case”<sup>90</sup>. Por tanto, ni el Presidente Bush ha explicado el por qué de la modificación de las reglas procesales que rigen las comisiones militares, ni se ha aportado en el curso del proceso nada que permita avalar la tesis de la imposibilidad de seguir el procedimiento militar ordinario: “practicable”, apuntilla el juez Kennedy en su opinión concurrente, es sinónimo de “feasible”, esto es, posible de practicar, realizar o llevar a cabo, y no conveniente, oportuno, o cómodo<sup>91</sup>.

Advierte el Tribunal que la única explicación ofrecida para apoyar los cambios “is the danger posed by international terrorism”. Sin minusvalorar la gravedad y el peligro de las actividades terroristas, el Tribunal mantiene que no ve ninguna razón por la que en el caso Hamdan sea necesario modificar el procedimiento<sup>92</sup>, y concluye afirmando: “The Government’s objection that requiring compliance with the court-martial rules imposes an undue burden, both ignores the plain meaning of Article 36 (b) and misunderstands the purpose and the history of military commissions”<sup>93</sup>.

Pero, como ya hemos adelantado, el Tribunal va más allá y advierte de manera categórica que el procedimiento diseñado en la Orden Militar N° 1 supone también una violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pues no respeta el derecho de las personas por él protegidas a ser enjuiciadas por un tribunal “*dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados*”. Se afirma en la sentencia que aunque el artículo 3 común no especifica cuáles son tales garantías, debe entenderse que hay que incluir “at least, the barest of those trial protections that have been recognized by customary international law”, y señala el tribunal que muchas de tales garantías se encuentran recogidas en el artículo 75 del Protocolo Adicional I, garantías que amparan y protegen a quienes no disfruten de un trato más favorable conforme al resto de las Convenciones<sup>94</sup>. El Tribunal recalca que los motivos por los

---

<sup>89</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 60. En opinión del juez Thomas, la justificación la dio el Secretario de Defensa el mismo día en que fue aprobada la orden militar n° 1. Cfr. el texto de la declaración realizada en [http://www.dod.gov/transcripts/2002/t03212002\\_t0321sd.html](http://www.dod.gov/transcripts/2002/t03212002_t0321sd.html)

<sup>90</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 61.

<sup>91</sup> Cfr. Kennedy, J., Concurring in part, p. 5.

<sup>92</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 61. El juez Thomas llega a afirmar en su opinión disidente que el derecho a estar presente está reconocido en el CUJM cuando se es enjuiciado ante los tribunales militares, pero que tal derecho y tal exigencia no resulta necesariamente aplicable cuando se es enjuiciado por una comisión militar. Cfr. Thomas, J., dissenting, pp. 38 y 39.

<sup>93</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 60.

<sup>94</sup> Cfr. artículo 75, párrafo 4° del Protocolo I. En particular los apartados siguientes: a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; g) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; j) toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos. Cfr. ORENTLICHER, D.F., KOGOD GOLDMAN, R., “When justice goes to war: prosecuting terrorist before military commissions”, op. cit., pp. 661-663.

que Estados Unidos no ha ratificado el Protocolo Adicional I nada tienen que ver con el contenido del artículo 75, de modo que la posición de ese Estado con respecto al tratado no constituye un obstáculo para la consideración del artículo 75 como derecho consuetudinario<sup>95</sup>.

Pues bien, en opinión del Supremo son esencialmente dos los puntos de desencuentro entre las reglas que rigen el procedimiento en las comisiones militares y las *garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados*, recogidas del 75 del Protocolo I.

En primer lugar, la Orden Militar socava de manera notable el derecho de toda persona a hallarse presente en su propio juicio, pues la misma reconoce a la *Appointing Authority* o al *Presiding Officer*<sup>96</sup> la posibilidad de celebrar sesiones a puerta cerrada (excluyendo al acusado), eso sí, reconociendo al abogado que se le haya designado, un abogado militar, el derecho a permanecer en la sesión, pero bajo la condición de no revelar a su cliente lo que ha ocurrido en el curso de la misma, ya sea para proteger determinada información en beneficio de la seguridad nacional o para proteger físicamente a los miembros de la comisión, testigos, etc.<sup>97</sup>. El Tribunal ha sido muy

---

<sup>95</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 70. Cfr. en este sentido MERON, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989, pp. 64-65. Uno de los principales motivos por los que Estados Unidos rechaza el Protocolo Adicional I es el contenido del artículo 44.3 que amplía sustancialmente las personas que pueden tener la condición de combatiente, cfr. ANDERSON, K., "What to do with Bin Laden and Al Qaeda terrorists?: A qualified defense of military commissions and United States Policy on detainees at Guantanamo Bay Naval Base", op. cit., p. 615.

<sup>96</sup> Cada comisión militar está compuesta por un presidente (presiding officer) y al menos otras tres miembros más (commissioned officers), todos ellos nombrados por una persona a quien el Secretario de Defensa ha encargado, entre otras, esa misión. Es quien se conoce como Appointing Authority, cargo que desempeña hasta el día de hoy John Altenberg. Cfr. Art. 4. A.1, 4 y 5 de la *Military Commission Order* N° 1, anteriormente citada. Cfr. el nombramiento de John Altenberg en *Military Commission Order* N° 5, 15 de marzo de 2004, disponible en <http://www.defenselink.mil/news/Mar2004/d20040317ord5.pdf>. Una composición como la descrita pone en evidencia las escasas garantías de independencia que presentan las comisiones militares, cfr. en este sentido: ORENTLICHER, D.F., KOGOD GOLDMAN, R., "When justice goes to war: prosecuting terrorist before military commissions", op. cit., p. 660; VAGTS, D.F., "Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism?", p. 322.

<sup>97</sup> Cfr. Sección 6.B.3 de la Orden Militar N° 1: "The Commission shall: 3. Hold open proceedings except where otherwise decided by the Appointing Authority or the Presiding Officer in accordance with the President's Military Order and this Order. Grounds for closure include the protection of information classified or classifiable under reference (d); information protected by law or rule from unauthorized disclosure; the physical safety of participants in Commission proceedings, including prospective witnesses; intelligence and law enforcement sources, methods, or activities; and other national security interests. The Presiding Officer may decide to close all or part of a proceeding on the Presiding Officer's own initiative or based upon a presentation, including an *ex parte*, in *camera* presentation by either the Prosecution or the Defense. A decision to close a proceeding or portion thereof may include a decision to exclude the Accused, Civilian Defense Counsel, or any other person, but Detailed Defense Counsel may not be excluded from any trial proceeding or portion thereof. Except with the prior authorization of the Presiding Officer and subject to Section 9, Defense Counsel may not disclose any information presented during a closed session to individuals excluded from such proceeding or part thereof. Open proceedings may include, at the discretion of the Appointing Authority, attendance by the public and accredited press, and public release of transcripts at the appropriate time. Proceedings should be open to the maximum extent practicable".

claro a este respecto: el Presidente Bush no ha explicado el por qué de la modificación del procedimiento común, sin que la amenaza terrorista sirva como justificación, máxime si se niega al acusado un derecho tan elemental como el derecho a estar presente en su propio juicio “the jettisoning of so basic right cannot lightly be excused as practicable”<sup>98</sup>.

En segundo lugar, los *medios de prueba* han suscitado, como no podía ser de otro modo, una clara reprobación<sup>99</sup>. En efecto, la Orden Militar contiene toda una serie de disposiciones en las que se reconoce, es cierto, el derecho del acusado a la presunción de inocencia, el derecho a conocer los cargos de los que se le acusa, tanto en inglés como en su propio idioma, y en general los derechos de todo acusado<sup>100</sup>. Sin embargo, la orden matiza seriamente el ejercicio de tales derechos. Por una parte, permite que un acusado sea privado del derecho a conocer las pruebas presentadas contra él en el curso del proceso, si así lo decide la *Appointing Authority* o el *presiding officer*, siempre y cuando ello no suponga la denegación del derecho a un juicio justo<sup>101</sup>. Las razones por las que se le puede privar de conocer tales pruebas están relacionadas con la seguridad, ya se trate de la sacrosanta seguridad nacional o la seguridad física de quienes participan en el proceso<sup>102</sup>. Por otra parte, se admite *cualquier* prueba que, en opinión del presidente de la comisión decida que puede tener valor probatorio “to a reasonable person”<sup>103</sup>. Entre otras, la comisión podrá tomar en consideración “testimony from prior trials and proceedings, sworn or unsworn written statements, physical evidence, or scientific or other reports”<sup>104</sup>, aspecto, este último, que lleva al Tribunal Supremo a concluir que “under this test, not only is testimonial hearsay and evidence obtained through coercion fully admissible, but neither live testimony nor witnesses’ written statements need be sworn”<sup>105</sup>.

Frente a la crítica de la mayoría de los jueces a las reglas que rigen la prueba, uno de los jueces del Supremo, el juez Alito, señala en su opinión disidente, con ciertas dosis de demagogia, que el condenado tendrá la oportunidad de recurrir la sentencia si considera que se han utilizado pruebas que no hubieran debido admitirse<sup>106</sup>. El Juez Alito parece olvidar que el derecho a recurrir la sentencia dictada por estas comisiones,

<sup>98</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 61. El juez Thomas llega a afirmar en su opinión disidente que el derecho a estar presente está reconocido en el CUJM cuando se es enjuiciado ante los tribunales militares, pero que ese mismo código no garantiza tal derecho cuando se es enjuiciado por una comisión militar. Cfr. Thomas, J., dissenting, pp. 38 y 39.

<sup>99</sup> Cfr. PAUST, J., “Antiterrorism Military Commissions: The Ad Hoc DOD Rules of Procedure”, *op. cit.*, pp. 688-689.

<sup>100</sup> Cfr. art. 5. A – P de la Military Commission Order N° 1.

<sup>101</sup> Ibid. art. 6.D.5.b)

<sup>102</sup> Ibid., art 6 B.3 y 6.D.5.a.v

<sup>103</sup> Ibid., art 6.D.1 y 6 H 4

<sup>104</sup> Ibid. art. 6.D.3

<sup>105</sup> Ibid., art 6.D.2.b y 6.D.3

<sup>106</sup> Cfr. Alito, J., dissentig, p. 9. De acuerdo con lo establecido en la *Detainee Treatment Act*, los condenados tienen derecho a recurrir la *sentencia definitiva* dictada por la Comisión Militar ante la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, a quien se le asigna “exclusive jurisdiction to determine de validity of any final decision rendered pursuant to Military Commission Order N° 1”. Cfr. Sección 1005 (e) (3) (A) de la *Detainee Treatment Act* of 2005, anteriormente citada, nota 70.

y nos referimos al recurso a la justicia ordinaria de los Estados Unidos, no a los recursos ante nuevos “paneles” previstos en la propia Orden<sup>107</sup>, queda reservado a aquellos individuos que hayan sido condenados a la pena de muerte o a la pena de prisión de una duración superior a 10 años. Si la pena fuera inferior es la Corte de Apelación del Distrito de Columbia quien tiene potestad para decidir si le otorga al condenado el derecho a recurrir o si decide no hacerlo<sup>108</sup>. Aunque no compartimos que el recurso sea la solución, ni siquiera éste aparece garantizado en todo caso. Por lo demás, es obvio que para cuestionar un medio de prueba es preciso que quien haya sido condenado tomando éste como base lo conozca, de ahí que no podamos compartir la opinión del Juez disidente Thomas cuando señala que teniendo en cuenta las circunstancias que rodean las comisiones –enjuiciamiento de combatientes ilegales en la guerra contra el terrorismo- los “pueblos civilizados” admiten la restricción de información secreta con el fin de prevenir futuros ataques sin que ello suponga privarle al acusado de un juicio justo<sup>109</sup>: ¿puede ser un juicio justo cuando el condenado no ha tenido ocasión de conocer algunas de las pruebas que han servido para condenarle?

Casi como último recurso, el juez Alito ha mantenido en su opinión disidente que en el caso de que fuera correcta la conclusión a la que ha llegado el Tribunal Supremo, lo adecuado hubiera sido que el Tribunal declarara la ilegalidad del procedimiento, no la propia comisión militar: “I see no justification for striking down the entire commission structure simply because it is possible that petitioner’s trial might involve the use of some procedure that is improper”<sup>110</sup>. A nuestro juicio, podría servir esta argumentación si sólo hubiera que resolver ciertas “desviaciones” de procedimiento. Sin embargo, a ese “pequeño problema” se le añaden otros: que no hubo autorización del Congreso para crear las comisiones, y que, en defecto de autorización, no existió necesidad militar alguna que justificara una decisión semejante. La declaración de la ilegalidad de las comisiones militares está, por ello, plenamente justificada. La conclusión del Tribunal es clara: “Common article 3 obviously tolerates a great degree of flexibility in trying individuals captured during armed conflict; its requirements are general ones, crafted to accommodate a wide variety of legal systems. But *requirements* they are nonetheless. The commission that the President has convened to try Hamdan does not meet those requirements”<sup>111</sup>.

Cuando no había transcurrido ni un mes desde que se había dictado sentencia, el Gobierno de los Estados Unidos ha preparado un Proyecto de Ley que lleva por título *Bill To facilitate bringing terrorists enemy combatants to justice through full and fair trial by military commissions and for other purposes*, proyecto que tiene intención de remitir al Congreso para su próxima aprobación, con el propósito de ajustarse a lo

---

<sup>107</sup> La *Military Comsion Order* prevé un sistema de revisión de las sentencias dictadas por la comisiones militares. Cfr. art. 6.H.4 – 6.

<sup>108</sup> Cfr. Sección 1005 (e) (3) (B) de la *Detainee Treatment Act of 2005*.

<sup>109</sup> Cfr. Thomas, J., dissenting, p. 48.

<sup>110</sup> Cfr. Alito, J., dissenting, p. 7.

<sup>111</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 72.

señalado en la sentencia<sup>112</sup>. Aunque no es nuestro propósito, ni mucho menos, analizarlo en detalle, consideramos de interés mencionar algunos aspectos que nos pueden ilustrar el espíritu de la misma.

Como se exige en la sentencia del Supremo, el proyecto de ley se refiere a la necesidad de autorización del Congreso para crear las comisiones militares encargadas de enjuiciar a quienes caen bajo el radio de influencia de la misma y al por qué de la creación de una comisión militar, máxime cuando se rige por unas reglas procedimentales que difieren de las que gobiernan el procedimiento en el seno de los tribunales militares. Formalmente se cumple la esencia de lo que el Tribunal Supremo ha exigido en su sentencia, aunque más allá de las formalidades, el fondo nos suscita algunas dudas.

Comienza el texto del Proyecto analizando los antecedentes que llevan a redactar una ley de esas características, y recuerda que el Congreso puede “by law, an does by enactment of this statute, eliminate any deficiency of statutory authority to facilitate bringing enemy combatants with whom the United States is engaged in armed conflict to justice for violations of the laws of war and other crimes triable by military commissions”<sup>113</sup>. A continuación incluye lo que pretende ser la justificación del recurso a las comisiones militares, frente a otras posibles opciones (tribunales federales o tribunales marciales), opciones a las que califica como “impracticable”: “The terrorist with whom the United States is engaged in armed conflict have demonstrated a commitment to the destruction of the United States and its people, to violation of the laws of war, and to the abuse of American legal processes. In a time of ongoing armed conflict, it is neither practicable nor appropriate for (alien) enemy combatants like *Al Qaeda* terrorist to be tried like American citizens in Federal courts or courts martial”<sup>114</sup>. Si esta es la explicación que se ha dado con la pretensión de avalar jurídicamente la creación tribunales de excepción, es evidente que resulta claramente insuficiente. Y yendo un poco más allá, explica la necesidad de modificar las reglas de procedimiento por las que han de regirse las comisiones militares, lo que supone una desviación respecto de aquellas que gobiernan los tribunales marciales, y se refiere de nuevo a la necesidad de preservar el contenido de cierta información clasificada, a la conveniencia de admitir pruebas indirectas o declaraciones no juradas, entre otras<sup>115</sup>.

Cae por su propio peso que la ley que pueda llegar a aprobar el Congreso deberá ser respetuosa con los derechos que tienen naturaleza consuetudinaria, tal y como el propio Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia, derechos entre los que se incluye el derecho del acusado a estar presente en el juicio y el derecho a conocer los medios de prueba que existen en su contra. Pero mucho nos tememos que el Proyecto de ley no lo va a garantizar en todo caso. Dos elementos pueden servir para ilustrar esta primera impresión.

---

<sup>112</sup> Cfr. *Bill To facilitate bringing terrorists enemy combatants to justice through full and fair trial by military commissions and for other purposes*, 28 de julio de 2006, op. cit. nota 61.

<sup>113</sup> Ibid. Sección 1, pº 5.

<sup>114</sup> Ibid. Sección 102, pº 6.

<sup>115</sup> Ibid. Sección 102, pº 7.

Por una parte, de acuerdo con lo dispuesto en el Proyecto de ley, sigue existiendo la posibilidad de excluir al acusado de su propio proceso, por razones de seguridad nacional, por la seguridad de las personas o para evitar una mala conducta en el acusado. Garantiza la disposición que la exclusión durará el tiempo que sea estrictamente necesario así como el derecho del abogado militar del acusado a estar presente en el curso de las sesiones celebradas a puerta cerrada<sup>116</sup>. Por otra parte, y según se recoge en el párrafo siguiente, sigue existiendo la posibilidad de que se le niegue al acusado el acceso a medios de prueba clasificados, y que se hayan presentado en el curso del procedimiento. Se reconoce, eso sí, el derecho a recibir un informe resumido de la prueba, siempre y cuando ello no suponga comprometer la seguridad nacional -luego ni siquiera ese mínimo se garantiza en todo caso-, así como la imposibilidad de utilizar medios de prueba a los que no ha tenido acceso el acusado, si ello pudiera traducirse en una denegación del derecho a un juicio justo<sup>117</sup>. Los temores están más que justificados

Quizás pueda resultar formalmente perfecto, pero, en el fondo, en el Proyecto ni se ha justificado el recurso a las comisiones militares, ni mucho menos la exclusión de derechos elementales, como el derecho a estar presente en el juicio o el derecho a conocer las pruebas incriminatorias contra el acusado, derechos cuya suspensión no queda justificada por el peligro de la amenaza terrorista, como ha dejado muy claro el Tribunal Supremo. Pero quizás ha sido el propio Tribunal Supremo el que ha dejado un pequeño resquicio en su sentencia, pues en una de las últimas consideraciones concluye así: “That the Government has a compelling interest in denying Hamdan access to certain sensitive information is not doubted (...). But, *at least absent express statutory provision to the contrary*, information used to convict a person of a crime must be disclosed to him”<sup>118</sup>. Esperemos que en el curso de la tramitación de la ley se restablezca la legalidad interna e internacional

En todo caso, resulta sospechoso que algunos ciudadanos, de los Estados Unidos y de ciertos países occidentales, están siendo enjuiciados por los tribunales federales de los Estados Unidos, sin que hayan existido problemas prácticos para llevar adelante los procesos, problemas que parecen insuperables en otros casos, hasta el punto de justificar

---

<sup>116</sup> Ibid. Secc. 216 (*Sessions*) pº 4. El texto de la disposición señala literalmente lo siguiente: “A decision to close a proceeding or portion thereof may include a decision to exclude the accused only upon a finding by the military judge that doing so is necessary to protect the national security, to ensure the safety of individuals, or to prevent disruptive. One military defense counsel shall be present for all trial proceedings, and the exclusion of the accused shall be no broader than necessary”.

<sup>117</sup> La parte final de la disposición se omite en el texto del que disponemos, pero entendemos que se quiere hacer referencia a un juicio justo. El texto del párrafo 4 de la sección 216 del proyecto señala literalmente: “If the accused is denied access to classified evidence presented in the proceeding, a redacted or unclassified summary of evidence shall be provided, if it is possible to do so without compromising intelligence sources, methods, or activities, or other national security interests. No evidence shall be admitted to which the accused has been denied access if its admission would result in the denial of a (?)”.

<sup>118</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Hamdan, p. 72.

su reenvío a un tribunal de excepción. ¿Y por qué no someter a todos ellos a la justicia ordinaria, civil o militar, en función del estatuto de cada cual?

#### IV. CONCLUSIONES.

La lectura de las páginas que constituyen el presente trabajo puede dar al lector una visión de la sentencia menos optimista que la ofrecida por los medios de comunicación poco tiempo después de conocerse el contenido de la misma. Nuestra pretensión no ha sido minusvalorar todo lo positivo que en ella se contiene, que es mucho, máxime cuando la sentencia proviene del más alto Tribunal del Estado que abanderara la lucha contra el terrorismo, sino destacar también todos esos aspectos que el Tribunal esquiva en el discurrir de la sentencia y que son igualmente de gran interés.

Es cierto, el Tribunal Supremo podía haber afirmado de una vez por todas que la guerra contra el terrorismo no existe como tal desde el punto de vista técnico, de modo que el marco jurídico propio de ese metafórico conflicto es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y si entra en juego el Derecho Internacional Humanitario es porque muchos de los presuntos terroristas detenidos en Guantánamo fueron capturados en plena contienda bélica, en Afganistán o en Iraq. Podía haber afirmado que en Afganistán no existían dos conflictos paralelos sino uno sólo de naturaleza internacional, de tal forma que las personas detenidas en Guantánamo se encuentran amparadas por los Convenios de Ginebra, el III o el IV –aunque sea con restricciones-, en función de la condición de combatiente legal o combatiente no privilegiado de cada uno de ellos, condición que habría de resolver un “tribunal competente”, inexistente a día de hoy, pues los *tribunales de revisión del estatuto de combatiente* (CSRT) han tenido hasta el momento otro objeto distinto. Tampoco se refiere a eso la sentencia.

Pero sí se ha referido la sentencia a otras muchas cuestiones de notable interés. La sentencia reconoce, por ejemplo, que los miembros de *Al Qaeda* detenidos en Afganistán disfrutaban de la protección del artículo 3 común, poniendo fin a la absurda tesis del Gobierno de los Estados Unidos según la cual el conflicto que les enfrenta con *Al Qaeda* sería un conflicto al margen de las normas humanitarias, pues no podrían aplicarse los Convenios de Ginebra, porque *Al Qaeda* no es un Estado y mucho menos un Estado parte en los tratados, y tampoco se aplica el artículo 3 común, pues, desde su perspectiva, éste se aplica única y exclusivamente a los conflictos internos desarrollados en el territorio de un Estado parte. Y ese no era exactamente el caso. El Supremo reconoce la aplicabilidad del artículo 3 común, pues se trata de un standard mínimo de protección, aplicable tanto en los conflictos internos como en los internacionales

Los jueces del Tribunal Supremo afirman con absoluta claridad que el Presidente Bush se extralimitó al crear las comisiones militares, puesto que no contó para ello con la autorización del Congreso de los Estados Unidos, y en defecto de ella, no ha demostrado la existencia de necesidad militar alguna que hubiera podido justificar una decisión de esa naturaleza. Y aun ha ido más allá, pues ha afirmado que con independencia del irregular proceso de creación, el procedimiento que rige las comisiones militares viola el derecho a un juicio con las debidas garantías, garantías

recogidas en el artículo 75 del Protocolo I –al que el Tribunal Supremo reconoce naturaleza consuetudinaria-, fundamentalmente por la posibilidad de negar al acusado el derecho a hallarse presente en su propio juicio y el derecho a conocer los medios de prueba que existen contra él. La suspensión de estos derechos no queda en absoluto justificada por el peligro de la amenaza terrorista. Así lo dice bien alto y bien claro el Tribunal

Todas estas afirmaciones –junto a otras que han sido comentadas en las páginas anteriores, y aún otras que ni siquiera hemos llegado a mencionar por alejarse del hilo conductor del presente trabajo- merecen una valoración claramente positiva. Sin embargo, transcurridos sesenta días escasos desde que se dictó sentencia algunos de esos logros pueden llegar a truncarse. Y es que el Proyecto de Ley que ha preparado el Gobierno para su aprobación por el Congreso, con el supuesto propósito de ajustarse a la sentencia de 29 de junio, no augura nada bueno.

Es cierto, el Gobierno se somete a la sentencia del Tribunal Supremo y solicita al Congreso la autorización que con anterioridad había obviado, pero lo hace mediante un texto cuya versión actual presenta, a nuestro juicio, algunos desajustes con relación a las exigencias derivadas de la sentencia, desajustes que exigen su modificación en el Congreso. Mencionaremos tan solo dos elementos que sirven para ilustrar tal afirmación: ni se justifica la necesidad de sustraer a los denominados “combatientes enemigos” de la justicia ordinaria de los Estados Unidos -sea la civil o la militar, en función del estatuto de cada individuo-, ni tampoco se justifica la necesidad de modificar el procedimiento que rige habitualmente los tribunales militares en los Estados Unidos. Pero es que, además, se sigue sin garantizar dos derechos elementales, como el derecho de los acusados a hallarse presentes en el curso de todo el proceso judicial, y el derecho a conocer todos los medios de prueba que se han utilizado contra el presunto criminal, bajo el pretexto de la demasiado manida seguridad nacional. De aprobarse en esos términos, se habrá sancionado una ley que supone un atentado a las garantías judiciales más elementales de cualquier ser humano, infringiendo tanto el ordenamiento interno como el ordenamiento internacional. Esperemos que no ocurra así.