

La juridicidad de la “Guerra contra el Terror”: Concordancias y discordancias con la tradición liberal norteamericana

The legality about “War on terror”: Similarities and discordances with the American liberal tradition

Documentación, Comentarios y Traducción de Carlos Aguilar Blanc

Profesor de Teoría del Derecho y Teoría y Práctica de los Derechos Humanos de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España

Aquellos dispuestos a renunciar a la libertad más esencial
para comprar un poco de seguridad temporal,
no merecen ninguna de ambas, ni libertad ni seguridad.
Benjamín Franklin

Fecha de recepción: Septiembre 2004

Fecha de aceptación: Noviembre 2004

PALABRAS CLAVES: terrorismo, guerra contra el terror, legislación antiterrorista, derechos fundamentales, Doctrina Bush.

KEY WORDS: terrorism, war on terror, anti-terrorist law, fundamental rights, Bush Doctrine.

El mundo ha cambiado tras el 11 de septiembre de 2001. Se ha dicho, y no sin razón, que tras los atentados terroristas sufridos en tal fecha, la política, la guerra y las relaciones internacionales han cambiado sustancialmente, trascendiendo los cambios experimentados a las más variadas esferas de la vida en sociedad.

Durante los últimos años, habíamos oído hablar con frecuencia del Nuevo Orden Internacional. Aquella fue una expresión empleada con cierta insistencia, diríamos incluso que con machaconería, tras la caída del llamado telón de acero, al finalizar la guerra fría.

Tras el 11 de septiembre, podemos hablar sin

pudor alguno sobre la existencia del *Nuevo Orden Americano*¹. La única y gran potencia hegemónica de nuestro tiempo, se ha lanzado de lleno, a la guerra contra el terror, ya hemos comentado con anterioridad², lo equivoco de tal expresión. El derecho, como *superestructura*, no ha quedado ajeno ni inmutable ante tan excepcional situación.

En los últimos años, hemos asistido al alumbramiento de importantes transformaciones jurídicas, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito del derecho interno de los Estados Unidos de América.

En el ámbito internacional, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dio cobertura a las demandas y pretensiones de los EEUU, por medio de las resoluciones S/1368 (2001) 12 de septiembre de 2001 y la S/1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001. Las citadas resoluciones vinieron a suponer la aparición, y probablemente precipitada apertura, de la caja de Pandora en cuanto al inicio de la guerra contra el terrorismo. En ellas, el Consejo de Seguridad reafirmó por vez primera “el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva reconocido en la Carta de las Naciones Unidas” en relación con la amenaza terrorista; por si ello fuera poco a la par reafirmó su determinación en adoptar “todas las medidas necesarias para el cumplimiento” de dichas resoluciones, lo que implicó sin decirlo expresamente, el recurso a la fuerza armada contemplado en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Esta puerta abierta a la acción unilateral de los Estados en su lucha contra el terrorismo, supone, a nuestro juicio, un grave riesgo para la paz y la estabilidad internacionales porque,

en la práctica, puede suponer la vuelta al *ius ad bellum*, según determine la agenda política y los intereses de los Estados dominantes en la sociedad internacional.

En el ámbito normativo interno de los EEUU, la transformación ha sido si cabe aun mayor que la experimentada en el contexto internacional. La gran patria de las libertades ha sufrido importantes transformaciones jurídicas que atentan, a nuestro entender, contra la propia tradición jurídica norteamericana. No sabemos aun, a ciencia cierta, cual será la duración temporal, de las excepcionales medidas adoptadas tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, pero mucho nos tememos que tales transformaciones no sean algo meramente pasajero. Es previsible que las modernas formas de terrorismo, adopten en el futuro formas si cabe aun más espectaculares y dañinas³, lo cual puede conducir a la paulatina pero firme transformación, de las sociedades abiertas en sociedades más cerradas.

El presente estudio tiene por finalidad, exponer, difundir y analizar muy someramente; dada la brevedad del presente trabajo; los textos normativos norteamericanos más relevantes, de entre los muchos formulados tras los atentados terroristas de septiembre de 2001. Incorporamos, al presente trabajo, varios textos normativos que constituyen un exponente significativo del nuevo orden americano. Concretamente hemos seleccionado y traducido cinco textos: la *Proclamación 7463 de 14 de septiembre de 2001* relativa a la Declaración del Estado Nacional de Emergencia, la *Ley Publica 107-40 de 18 de septiembre de 2001* relativa a la autorización

para el uso de la fuerza militar, la *Orden Militar del 13 de noviembre de 2001* relativa a la Detención, Tratamiento, y Enjuiciamiento de Determinados Extranjeros en la Guerra Contra el Terrorismo, fragmentos de la *USA Patriot Act de 26 de octubre de 2001*, y parte de la *Homeland Security Act of 2002*.

La fórmula que hemos utilizado es sencilla. En primer lugar, presentamos el texto traducido a nuestro saber y entender. En segundo término, comentamos brevemente el texto normativo, relacionándolo con la tradición jurídica norteamericana y la más reciente aunque aún incompleta jurisprudencia, ya que la misma nos parece, está actualizando las ideas de aquellos que realizaron la vieja revolución norteamericana.

Hemos acudido, como no podía ser de otro modo, a los ensayos que aparecieron en diversos periódicos de New York entre octubre de 1787 y agosto de 1788, comentando las virtudes y bondades de la Constitución americana de 1787, a fin de promover la ratificación de la misma, más comúnmente conocidos como *El Federalista*^A. Consideramos siguiendo la opinión de Thomas Jefferson que dichos escritos representan “la opinión general de aquellos que la redactaron y de los que aceptaron la Constitución de los Estados Unidos, en asuntos relativos a su genuino significado”. En futuros trabajos, completaremos el estudio ahora iniciado, en cualquier caso, confiamos en que el mismo resulte útil y de interés para los posibles lectores del mismo.

Texto normativo núm. 1

Proclamación 7463 de 14 de septiembre de 2001, por la que se declara el estado nacional de emergencia

Documentos Presidenciales. Registro Federal. Vol. 66, No. 181

Martes 18 de septiembre de 2001

Título 3-

El Presidente

Proclamación 7463 de 14 de septiembre de 2001, Declaración del Estado Nacional de Emergencia por razón de los ataques terroristas acaecidos

Una proclama

Del Presidente de los Estados Unidos de América

Nos encontramos en situación de emergencia nacional a causa de los ataques terroristas acaecidos en el Centro del Comercio Mundial, en Nueva York, en el Pentágono, y por la amenaza continuada e inmediata de futuros ataques dentro de los Estados Unidos.

POR LO TANTO, DE INMEDIATO, YO GEORGE W. BUSH, Presidente de los Estados Unidos de América, por la autoridad que me ha sido concedida como Presidente de los Estados Unidos por la Constitución y las leyes de los Estados Unidos de América, declaro por la presente que nos encontramos en estado de emergencia nacional desde el 11 de septiembre de 2001, y, por lo tanto conforme a la Ley de estados de Emergencia Nacional (National Emergencies Act) (50 U.S.C. 1601 et seq.), tengo la intención de emplear las siguientes disposiciones estatutarias: secciones 123, 123a, 527, 2201(c), 12006, y 12302 del título 10, del Código de los Estados Unidos, y secciones 331, 359, y 367 del título 14 del Código de los Estados Unidos.

Esta proclamación no tiene el propósito de crear ni crea derecho alguno, ni ventaja, ni sustantiva ni procesal; que pueda ejercerse por cualquier parte, basándose en la ley; contra los Estados Unidos, sus agencias, sus oficiales, o cualquier otra persona.

EN VISTA DE LO CUAL, HE firmado la presente este catorce de septiembre, en el año 2002 de nuestro Señor, año doscientos veintiséis de la independencia de los Estados Unidos de América. ■

Breve comentario

El presente texto, como puede observarse en su breve redacción, supuso la declaración del Estado Nacional de Emergencia en los Estados Unidos de América tras los terribles atentados del 11 de septiembre de 2001. No obstante, el texto aunque breve conlleva múltiples implicaciones. El instrumento jurídico empleado es el de la “proclamación”. Conviene señalar que en los EEUU no hay una definición constitucional o estatutaria para las proclamaciones o para las *ordenes ejecutivas* del Presidente⁵. Esta indeterminación ha llevado a frecuentes abusos por parte del poder ejecutivo, consecuencia de los mismo fue

la obligación vigente⁶ desde 1935 de publicar las proclamaciones u *ordenes ejecutivas* en el *Registro Federal* para así garantizar el conocimiento público de estos actos del ejecutivo; pese a ello el ejecutivo elude el control democrático emitiendo otro tipo de directivas que no están sujetas a dicha obligación. En este caso lo que se hace es proclamar el Estado Nacional de Emergencia. La primera proclamación de este tipo fue realizada el 5 de febrero de 1917 por el Presidente Wilson, dos meses antes de entrar en la gran guerra, desde entonces los Estados Unidos de América han vivido al menos 45 años en Estado de Emergencia.

Las consecuencias de dicha declaración son importantes ya que el Presidente de los EEUU es, en virtud de lo establecido en la sección 2a del artículo II de la Constitución de los EEUU, el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. La proclamación le permite actuar por lo tanto como comandante militar en periodo de emergencia con amplios poderes, investido con las competencias extraconstitucionales y los poderes derivados de dicha condición según ha reconocido el propio Tribunal Supremo de los EEUU. Esta condición arrastra tras de si lamentables y terribles excesos como los cometidos por el Presidente Roosevelt en su condición de Comandante en Jefe contra nada menos que 112.000 ciudadanos americanos o residentes de ascendencia japonesa durante la segunda guerra mundial por solo citar un ejemplo. Ha sido históricamente habitual en estos periodos un uso y abuso de las directivas presidenciales, las mismas fueron empleadas para situaciones que han sido calificadas como claramente anticonstitucionales por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como por ejemplo en el celeberrimo caso *Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer*⁷.

Se menciona en la declaración a la Ley de estados de Emergencia Nacional (*National Emergencies Act*⁸), dicha ley, en vigor desde el 14 de septiembre de 1976, fue creada precisamente para evitar los excesos del ejecutivo que hemos citado, el contexto histórico fue muy propicio desde luego ya que la citada legislación se aprobó tras finalizar la era Nixon y tras el escándalo del Watergate. La proclamación que reproducimos dice ajustarse a dicho marco legal, y así lo hace, ya que reprodujo las disposiciones estatu-

tarias o los poderes que el Presidente Bush pretendió emplear. Esa es una de las obligaciones que impone la Ley de estados de Emergencia Nacional, la otra es la de informar anualmente al Congreso del mantenimiento de dicho *estado*, ya que si este no lo hace noventa días antes del citado aniversario la ley prevé la terminación del *estado de emergencia*. Pese a la legislación vigente desde los años setenta los excesos del ejecutivo no han dejado de sucederse uno tras otro. El poder legislativo ha intentado frenar el poder del ejecutivo, pero hasta ahora la iniciativa más novedosa al respecto, la denominada *HR 2655, Separation of Powers Restoration Act*, la cual fue presentada por dos representantes del partido republicano a finales de la era del demócrata Clinton ha quedado totalmente olvidada tras la subida al poder del republicano Bush.

Quiseramos señalar a este respecto, que la idea del equilibrio de poderes, reclamada por gran parte de la ciudadanía norteamericana, pese a la negativa visión que en la vieja Europa ,se tiene en la actualidad hacia los EEUU, es una idea que entronca claramente con la tradición liberal norteamericana. Ciertamente los padres fundadores la toman de los autores europeos como Locke o Montesquieu, pero podemos rastrearla perfectamente en los escritos de James Madison por ejemplo. Así, en el año 1788, en el número 47 de *The Federalist Papers*⁹, Madison reconociendo que el oráculo en la materia relativa a la estructura del nuevo gobierno, no es otro que Montesquieu, nos alerta acerca del peligro latente la acumulación de poderes en las mismas manos y en la directa conexión existe entre esos hechos y la aparición de la *tiranía*¹⁰.

Texto normativo núm. 2

Ley de 18 de septiembre de 2001, autorización para uso de la fuerza militar

Ley pública 107–40 18 de septiembre de 2001

107^o periodo de sesiones del Congreso de los Estados Unidos

Resolución Conjunta

Para autorizar el uso de las Fuerzas Armadas contra los responsables de los recientes ataques lanzados contra los Estados Unidos.

Teniendo en consideración los viles actos de violencia cometidos contra los Estados Unidos y sus ciudadanos, el 11 de septiembre de 2001; y

Teniendo en consideración, que tales actos hacen necesario y apropiado que los Estados Unidos ejerciten su derecho a la legítima defensa y a proteger a sus ciudadanos en el territorio nacional y en el extranjero; y

Teniendo en consideración la amenaza que dichos graves actos suponen a la luz de la seguridad nacional y de la política exterior; y

Teniendo en consideración, que tales actos continúan suponiendo una amenaza para la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos; y

Teniendo en consideración, que el Presidente tiene la autoridad constitucionalmente reconocida para tomar las medidas y acciones para disuadir y para prevenir los actos de terrorismo internacional dirigidos contra los Estados Unidos: Por todas las razones expuestas,

El Senado y la Cámara de Representantes (House of Representatives) del los Estados Unidos de América en Asamblea conjunta del Congreso, deciden que:

SECCIÓN 1. TÍTULO ABREVIADO.

Esta resolución común sea citada como “La Autorización para Uso de la Fuerza Militar”.

Sec. 2. AUTORIZACIÓN PARA EL USO DE LAS FUERZAS ARMADAS DE ESTADOS UNIDOS.

(A) EN GENERAL. — El presidente queda autorizado a utilizar toda fuerza necesaria y apropiada contra aquellas naciones, organizaciones, o personas que según él determine

hayan planeado, autorizado, cometido, o ayudado a cometer los ataques terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre de 2001; o que hayan dado abrigo a tales organizaciones o personas, a fin de prevenir cualquiera otros futuros actos de terrorismo internacional contra los Estados Unidos por tales naciones, organizaciones o personas.

(B) REQUISITOS ESPECIFICOS DE LA RESOLUCIÓN DE PODERES DE GUERRA

(1) AUTORIZACIÓN ESTATUTARIA ESPECÍFICA. —De acuerdo con la sección 8(a)(1) de la Resolución de Poderes de Guerra (*War Powers Resolution*), el Congreso declara que esta sección tiene el propósito específico de constituir una autorización estatutaria concreta que no va mas allá de lo establecido en la sección 5(b) de la Resolución de Poderes de Guerra (*War Powers Resolution*).

(2) APLICABILIDAD DE OTROS REQUISITOS. —Nada de lo establecido en esta resolución concede derechos que limiten los requisitos legales establecidos por la Resolución de Poderes de Guerra (*War Powers Resolution*).

Aprobada el 18 de septiembre de 2001. ■

Breve comentario

La presente disposición legal es la consecuencia lógica o más bien diríamos que previsible al texto anterior. La disposición fue pensada para autorizar al Presidente a emprender la guerra de Afganistán contra el régimen de los talibanes. Desde el punto de vista normativo, debemos señalar que la misma es una norma con rango de ley, se trata de una *Public Law*, es decir una norma elaborada por el Congreso de los Estados Unidos de América, elaborada y aprobada conjuntamente por el Senado y la Cámara de Representantes. La razón por la cual se le otorgan al ejecutivo los poderes de guerra, reside en que según el artículo I, sección 8, párrafo 11, de la Constitución de los EEUU, el poder para declarar la guerra reside en

la Cámara de Representantes, no en el Gobierno federal.

Conviene señalar, que pese a las citadas previsiones constitucionales, el Gobierno, basándose en la previa declaración de el Estado Nacional de Emergencia, ha declarado la guerra, de facto, de manera ocasional. El caso más representativo de este tipo de conflictos fue protagonizado por el Presidente Lincoln en año 1861. En dicha ocasión Lincoln proclamó unilateralmente la guerra y tres meses después recibió el respaldo del Congreso. Resulta paradójico que fuera el mismo Lincoln el que, en 1848, dijera que la Constitución había otorgado el poder para declarar la guerra al Congreso a fin de evitar en la joven república americana los excesos cometidos por

las viejas monarquías, poniendo al Presidente en el lugar donde los reyes deberían haber sido puestos. Los *padres fundadores* decidieron que ningún hombre en solitario tuviese el poder para emprender la guerra, arrastrando con su decisión a todo el pueblo. Madison nos muestra claramente en *El Federalista*¹¹ como según los principios republicanos, el Gobierno deriva su poder “directa o indirectamente del gran cuerpo del pueblo” y que el mismo es “administrado por personas que detentan sus cargos mientras complacen al pueblo”. Tras la Guerra de la Independencia de las colonias, los padres fundadores percibieron la naturaleza de las guerras como un mal poco deseable para el pueblo, y de acuerdo con los principios del gobierno republicano, dejaron la potestad para declarar el comienzo de la misma en manos de los representantes directos del pueblo soberano. Nuestro apreciado *Publius*¹², en esta ocasión Alexander Hamilton, manifestó a este respecto su posición en el año 1788, cuando en *El Federalista*¹³ nos mostrara las disimilitudes existentes entre el monarca del Reino Unido y el Presidente de los EEUU propuesto en la Constitución americana. La duración en el cargo, la inviolabilidad de su persona, la imputabilidad, su capacidad para oponerse a los actos de las cámaras legislativas eran a juicio de Hamilton diferencias sustanciales entre el Monarca y el Presidente de la joven República. Pero donde según Hamilton, podíamos observar mejor aun si cabe, el abismo existente entre las competencias de ambos gobernantes, aunque nominalmente fueran parecidas, era en su *titularidad como Comandantes en Jefe de los Ejércitos y la*

*Marina y en su capacidad para declarar la guerra*¹⁴. Nos señala *Publius* textualmente, que “el presidente es comandante en jefe de los ejércitos y la marina de los Estados Unidos. A este respecto, su autoridad sería nominalmente la misma que la del rey de Gran Bretaña, pero substancialmente es mucho menor a la del mismo. El presidente no acapara más que el supremo comando y dirección de los ejércitos y las fuerzas navales, como primer general y almirante de la confederación: mientras que la capacidad del rey Británico se extiende al poder para declarar la guerra, y al poder para levantar y regular a los ejércitos y las flotas navales; todos los cuales, según a la Constitución, pertenecerían al legislativo”¹⁵; además nos explica *Publius* estos poderes presidenciales los detenta el ejecutivo de manera ocasional.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, podemos concluir con que, el texto que nos ocupa, esta encuadrado perfectamente en la tradición jurídica y filosófico política norteamericana. Este tipo de norma legal, supone la investidura formal del Presidente como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Sus poderes para ejercer la guerra no cesarán hasta que la guerra haya cesado formalmente, así se desprende de la jurisprudencia en el caso *Dooley v. United States*¹⁶.

Se cita en la ley que nos ocupa la Resolución de Poderes de Guerra (*War Powers Resolution*), el referido texto legal, de 7 de noviembre de 1973, tiene por objeto regular el involucramiento de las fuerzas armadas en conflictos bélicos. La norma citada esta-

blece la obligación que tiene el Presidente, de consultar con el Congreso, antes de utilizar los ejércitos en conflictos bélicos o en situaciones de conflicto inminente. En caso de utilizar éste la fuerza sin mediar la expresa declaración de guerra del Congreso, el Presidente deberá informar por escrito a las cámaras, antes de que transcurran las primeras 48 horas desde el inicio de las hostilidades, explicando las circunstancias bajo las cuales se hizo necesario el uso de las fuerzas armadas¹⁷.

La autorización que contempla el texto que nos ocupa es muy amplia, ya que permite al Presidente Bush la utilización de toda fuerza necesaria y apropiada según él, contra aquellas naciones, organizaciones, o personas que según él determine hayan planeado, autorizado, cometido, o ayudado a cometer los ataques terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre de 2001. El problema derivado de la guerra contra el terrorismo iniciada con el presente texto normativo radica en que el enemigo a atacar es un enemigo difuso, no convencional. No se trata en principio de una guerra contra Estados soberanos, sino de una guerra contra individuos, contra grupos terroristas. Nos encontramos ante un estado de guerra permanente, una guerra larga se ha dicho. Una guerra sin fin, podríamos decir. Ahora bien, la autorización permite al Presidente una evidente instrumentalización política del problema terrorista, posibilitándole el inicio de ataques contra otros Estados, si estos según él, han ayudado a cometer actos terroristas. Es decir, que la acusación de que un Estado apoya al terrorismo, vendría a legitimar el inicio de una guerra

contra el mismo según la presente ley. Consecuencias de este marco legal, han sido la guerra contra Afganistán, ampliamente apoyada por el conjunto de la sociedad internacional, y la guerra contra Irak, esta ampliamente contestada por gran parte de la opinión pública internacional. Bush ha concentrado en sus manos un gran poder, y dicha acumulación de poder ha sido realizada formalmente conforme a la tradición jurídica norteamericana.

El uso de los amplios poderes otorgados al ejecutivo ha originado gran preocupación a una parte importante de la ciudadanía. La administración Bush ha empleado sus poderes, afectando a las libertades de los propios ciudadanos norteamericanos. Dos importantes procedimientos judiciales se han derivado de dichas actuaciones. Dos casos que han llegado a los tribunales, y que afectan a dos ciudadanos norteamericanos declarados por el presidente de los EEUU como *combatientes enemigos*. Nos referimos a los casos *Hamdi v. Rumsfeld* y al quizás, probablemente, más trascendente desde el punto de vista jurídico *Rumsfeld v. Padilla*. Ambos casos fueron resueltos formalmente por el Tribunal Supremo de los EEUU, en junio del año 2004. Decimos formalmente, porque el caso Padilla no lo fue respecto al fondo del asunto. Dado lo breve del presente comentario, baste con señalar ahora, que Yaser Esam Hamdi fue “capturado” en Afganistán como integrante de las milicias talibanes y José Padilla fue “detenido” en Chicago como presunto miembro de la red terrorista Al-Qaeda. Ambos son ciudadanos norteamericanos, y ambos también

fueron privados de libertad sin que el ejecutivo hubiese formulado cargos concretos contra ellos. Ambos también, fueron privados de asistencia letrada, y a ambos se les negó por parte del gobierno la posibilidad de interponer un escrito de *habeas corpus*. La administración Bush, basó sus actuaciones en las facultades que la presente disposición normativa otorga al Presidente en la lucha contra el terrorismo. Según estas tesis la autorización para “*utilizar toda fuerza necesaria y apropiada contra aquellas naciones, organizaciones, o personas que según él determine hayan planeado, autorizado, cometido, o ayudado a cometer los ataques terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre de 2001; o que hayan dado abrigo a tales organizaciones o personas, a fin de prevenir cualquiera otros futuros actos de terrorismo internacional...*”; permitiría al Presidente de los EEUU declarar a cualquier persona, extranjero o ciudadano norteamericano como combatiente enemigo, y en base a ello mantenerlo bajo custodia militar, detenido indefinidamente y sin posibilidad de acudir a tutela jurisdiccional alguna.

Pese a las tesis gubernamentales, y por medio de las acciones ejercidas por sus familiares, allegados y colectivos jurídicos, los asuntos *Hamdi v. Rumsfeld*¹⁸ y *Rumsfeld v. Padilla*¹⁹ llegaron ante el Tribunal Supremo de los EEUU. La reciente jurisprudencia, si bien no ha resultado todo lo clara y precisa, como hubiera sido deseable, si ha clarificado algunos aspectos que no podemos dejar de lado. En principio, pensamos, todo parece indicar que los actos del ejecutivo van en contra, o pueden chocar con el espíritu

liberal que inspiró a los padres fundadores, en la redacción de la Carta Magna americana, así al menos parece desprenderse de la citada jurisprudencia.

El caso *Rumsfeld v. Padilla* aunque sometido a la corte es un caso aun inconcluso, que previsiblemente vuelva al Tribunal Supremo hacia mediados del año 2006. En esta ocasión, el tan esperado fallo, fue algo decepcionante. El tribunal rechazo entrar en el fondo del asunto, al apreciar defectos de forma. El gobierno alegó la incompetencia de la instancia jurisdiccional previa al Supremo, por razón del territorio. La defensa de Padilla planteo la demanda ante la *District Court for the Southern District of New York*, y al parecer debió plantearla en *South Carolina*. Por otra parte, se dio un problema en la legitimación pasiva respecto a los custodios del detenido, la demanda se planteó contra el Secretario de Defensa, cuando debió presentarse contra la Comandante Melanie Marr²⁰. No obstante y pese a resultar un fallo técnico, aparentemente irrelevante desde la esfera de los valores y derechos jurídicos, el análisis del fallo puede resultar especialmente interesante, si nos detenemos a examinar la opinión disidente del Magistrado Stevens. Este disconforme con la solución formalista del asunto, afirmó en su opinión particular que “*lo que esta en juego en este caso es nada menos que la esencia de una sociedad libre. Mucho mas importante que el método de selección para los gobernantes del pueblo y sus sucesores, es el tenor de las coacciones impuestas por el ejecutivo bajo el imperio de la Ley*”, y siguiendo claramente la estela de quienes inspiraron la revolución americana, concluyó su opinión

afirmando: *“Para que esta nación permanezca fiel a los ideales simbolizados en su bandera, no debe emplear los instrumentos propios de la tiranía, ni siquiera empleándolos para resistir el asalto de las fuerzas de la tiranía”*²¹.

El caso *Hamdi v. Rumsfeld* si fue resuelto en cuanto al fondo del asunto, y el tribunal reconoció el derecho del peticionario al ejercicio del *habeas corpus*, pese a ello hay que señalar que, la sentencia no fue todo lo categórica como pudo haber sido. La mayoría de los votos fue favorable a la concesión del ejercicio del derecho antes citado, ocho contra un solo magistrado que defendió las tesis del ejecutivo. Pero, por otra parte, el alto tribunal reconoció indubitadamente la competencia del ejecutivo para detener a *ciudadanos* en tiempo de guerra. En el caso *Hamdi*, no sorprende esta afirmación ya que el mismo fue detenido en Afganistán, y en una zona de conflicto armado; pero el Supremo hizo referencia a la posibilidad de hacer lo mismo en suelo norteamericano. La posibilidad de que el ejecutivo detenga a personas en el marco de un conflicto armado, parece del todo lógica en principio, el problema se plantea, cuando el referido conflicto es algo tan indeterminado y con una duración potencialmente ilimitada como la *guerra contra el terrorismo*. Pese a las anteriores afirmaciones, merece la pena destacar algunos de los fragmentos de la opinión mayoritaria, redactada por la Magistrado ponente O'Connor, que vienen nuevamente a recoger los grandes principios y valores liberales, que inspiraron a los fundadores de los Estados Unidos de América, frente a las posiciones neoconserva-

doras del actual gobierno estadounidense. Afirmó el tribunal en práctica unanimidad: *“Es en los momentos más desafiantes e inciertos, cuando nuestro compromiso nacional con el principio del debido proceso, resulta mas severamente puesto a prueba, y es en esos momentos, cuando, en casa, debemos preservar más en nuestros compromisos con aquellos principios por los que estamos luchando en el exterior”*²². Resulta digno de la democracia más antigua y consolidada, de las actualmente existentes, y digno y acorde con las ideas de Hamilton, en cuanto a la oposición de unos poderes frente a otros, ver como el poder judicial corrige los excesos del ejecutivo. Parece ser que el viejo *Publius* no se equivocó, al confiar en que la ambición serviría para contrarrestar a la ambición, de las distintas ramas del poder, evitando así la tiranía, y al afirmar que este hecho era mucho más eficaz que las “barricadas de pergaminos”. Imaginamos que a pesar de lo expuesto, habrá quien considere que el alto tribunal; cuya composición actual es de mayoría conservadora, y fue entre otras cosas el que otorgara al Presidente Bush la victoria electoral, en su primera legislatura; no escapa a la influencia del poder ejecutivo, como por otra parte podemos constatar sucede con cierta frecuencia en la vieja Europa. Para aquellos escépticos, para con la fortaleza de las instituciones republicanas establecidas por los *padres fundadores*, pasamos a transcribir otro parágrafo del fallo judicial que nos ocupa: *“Hemos dejado claro desde hace tiempo, que el estado de guerra no es un cheque en blanco para el Presidente, cuando viene a afectar a los derechos de los ciudadanos de la Nación”*²³.

Texto normativo núm. 3

Orden militar del 13 de noviembre de 2001, relativa a la detención, tratamiento, y enjuiciamiento de determinados extranjeros en la guerra contra el terrorismo

Documentos presidenciales. Registro federal. Vol. 66, No. 222
Viernes 16 de noviembre de 2001

Título 3-

El Presidente

Orden Militar del 13 de noviembre de 2001

Detención, Tratamiento, y Enjuiciamiento de Determinados Extranjeros en la Guerra Contra el Terrorismo

Por la autoridad que me ha sido concedida como Presidente y como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos por la Constitución y las leyes de los Estados Unidos de América, incluyendo la Resolución Conjunta de Autorización para el Uso de la Fuerza Militar (Public Law 107 -40, 115. Stat. 224) y las secciones 821 y 836 del título 10 del Código de los Estados Unidos, por la presente ordeno lo siguiente:

Sección 1. *Resultados de las investigaciones oficiales.*

(a) Los terroristas internacionales, incluyendo miembros del Al Qaeda, han llevado a cabo ataques contra el personal y las instalaciones diplomáticas y militares de los Estados Unidos en el exterior, y contra ciudadanos y propiedades en el interior de los Estados Unidos en tal escala, que se ha generado un estado de conflicto armado que requiere el uso de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos

(b) A la luz de los graves actos provocados por el terrorismo y las amenazas del terrorismo conlleva; teniendo en cuenta los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, contra los Cuarteles Generales del Departamento de Defensa de los Estados Unidos en la región de la capital de la nación, en el Centro del Comercio Mundial en Nueva York, y contra el transporte aéreo, como por ejemplo en Pennsylvania; Proclamé el Estado Nacional de Emergencia el 14 de septiembre de 2001 (Proc. 7463. Declaración del Estado Nacional de Emergencia a causa de los ataques terroristas acaecidos).

(c) Hay personas que actuando en solitario o implicándose en connivencia con el terrorismo internacional poseen tanto la capacidad como la intención de emprender futuros ataques terroristas contra los Estados Unidos que, si no son detectados y prevenidos, causarán asesinatos en masa, heridos en masa, y la destrucción masiva de propiedades,

y que pueden poner en peligro la continuidad de las actuaciones de Gobierno de los Estados Unidos

(d) La capacidad de los Estados Unidos para protegerse a si mismos y a sus ciudadanos de futuros ataques terroristas, y para ayudar a sus aliados y a otras naciones cooperantes a fin de protegerse a si mismas y sus ciudadanos, de dichos futuros ataques terroristas, dependen en gran medida del uso de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos: para identificar a los terroristas y los que los apoyan, interrumpir sus actividades, así como para eliminar su capacidad para llevar a cabo o apoyar tales ataques.

(e) Para proteger a los Estados Unidos y a sus ciudadanos, y para la eficaz conducción de las operaciones militares y para prevenir los ataques terroristas, es necesario que esta clase de individuos sean detenidos conforme a lo establecido en la sección 2 de esta orden, y cuando sea posible, que sean juzgados por violaciones de las leyes de la guerra y de otras leyes aplicables por los tribunales militares.

(f) Dado el peligro que supone para la seguridad de los Estados Unidos la naturaleza del terrorismo internacional, y dada la amplitud y el alcance de la presente orden, considero no contradictorio con la sección 836 del título 10, del Código de los Estados Unidos, que en virtud de esta orden no sean aplicables los principios legales y las reglas probatorias generalmente reconocidas para el enjuiciamiento de los casos criminales en los Tribunales de Distrito de los Estados Unidos.

(g) Habiendo considerado en todos sus extremos la magnitud potencial de las muertes, daños, y destrucción de propiedades que se derivarían de los potenciales actos terroristas contra los Estados Unidos, y la probabilidad de que tales actos ocurran, he determinado que existe un estado emergencia extraordinaria para los propósitos de la defensa nacional, que esa emergencia constituye un interés urgente del gobierno, y que obliga a la emisión de esta orden que resulta necesaria para resolver esta emergencia.

Sec. 2. Definiciones y Política.

(a) El termino “individuo objeto de esta orden” se entenderá como todo individuo que no sea ciudadano de los Estados Unidos con respecto al cual exista mi calificación oficial por escrito de que a lo largo del tiempo:

(1) hay razón para creer que tal individuo, en un momento relevante,

(i) es o era un miembro de la organización conocida como al Qaeda;

(ii) ha conectado, ayudado o incitado, o conspirado para cometer, actos de terrorismo internacional, o actos para la preparación de los mismos, que por lo tanto ha causado, o amenaza causar, o tiene animo de causar, daños o efectos adversos para los Estados Unidos, sus ciudadanos, seguridad nacional, política exterior, o economía; o

(iii) ha entablado conocimiento con uno o más individuos de los descritos en los subpárrafos (i) o (ii) de la subsección 2(a)(1) de esta orden; y

(2) El hecho de que tales individuos queden sujetos a esta orden, forma parte de los objetivos o intereses de los Estados Unidos.

(b) Queda encomendado al Secretario de Defensa de los Estados Unidos tomar todas las medidas necesarias, para asegurar que cualquier individuo objeto de esta orden, sea detenido de acuerdo con lo establecido en la sección 3, y, si tal individuo es juzgado, que lo sea solamente de acuerdo con la lo establecido en sección 4.

(c) Es más será política de los Estados Unidos que cualquier individuo objeto de esta orden, que no esté ya bajo control del Secretario de Defensa pero que se encuentre bajo control de cualquier otro oficial o agente de los Estados Unidos o cualquier Estado de la Unión, sea puesto inmediatamente bajo el control del Secretario de Defensa, tras la entrega de una copia escrita de la consideración de estar sujeto a esta orden.

Sec. 3. Competencia para la detención del Secretario de Defensa. Cualquier individuo objeto de la presente orden será:

(a) detenido en una localización apropiada señalada por el Secretario de Defensa dentro o fuera de los Estados Unidos;

(b) tratado humanamente, sin cualquier distinción adversa basada en la raza, color, religión, género, nacimiento, condición social, o cualesquiera criterios similares;

(c) alimentado adecuadamente, se le suministrará agua potable, abrigo, ropa, y cuidados médicos adecuados

(d) autorizado para el libre ejercicio de su religión compatible con las necesidades para su detención; y

(e) detenido de acuerdo con las otras condiciones que la Secretaria de Defensa puede prescribir

Sec. 4. Competencia del Secretario de Defensa con respecto a los Juicios contra los individuos Objeto de la presente Orden.

(a) Cualquier individuo objeto de esta orden, cuando sea juzgado, lo será por una comisión militar que conocerá sobre todas y cada una de las acciones punibles objeto de enjuiciamiento que hayan sido alegadas contra dicho individuo; las cuales podrán ser castigadas de acuerdo con las penas aplicables bajo la legislación militar, incluyendo la cadena perpetua o la pena de muerte

(b) Como función militar y a la luz de los hechos contemplados en la sección 1, incluida la subsección (f), el Secretario de Defensa será competente para emitir las órdenes y reglamentos oportunos, incluyendo las órdenes para creación de una o más comisiones militares, que resulten necesarias para el cumplimiento de lo establecido en la subsección (a) de esta sección.

(c) Las ordenes y reglamentos publicados bajo la subsección (b) de esta sección deberán incluir, si bien no estarán limitadas a, las reglas para el desarrollo de los procedimientos de las comisiones militares, incluyendo los procedimientos del antejuicio, del juicio, y del post-juicio, medios probatorios, pronunciamiento del proceso, y habilitaciones de los abogados, que como mínimo garantizaran:

(1) el establecimiento de comisiones militares en cualquier momento y cualquier lugar, que sea compatible con el asesoramiento o dirección que el Secretario de Defensa pueda proporcionar en relación al tiempo y lugar oportunos.

(2) un juicio completo y justo, con la Comisión Militar como juzgador tanto de los hechos como de la legalidad aplicable;

(3) la admisión de pruebas que, según la opinión del oficial que ocupa la presidencia de la comisión militar (o en su lugar, la opinión de la comisión expresada en dicho momento por la mayoría de la misma, si cualquier otro miembro de la comisión así lo solicita cuando la presidencia expone su opinión), tengan valor probatorio para cualquier persona razonable;

(4) de una manera compatible con la protección de la información clasificada o clasificable según la Orden Ejecutiva 12958 del 17 de abril de 1995, según las posibles enmiendas a la misma, o cualquier Orden Ejecutiva posterior, protegida con rango o como norma que desautorice su acceso o revelación, o protegida de otra manera por la ley; (A) la posesión, la admisión de pruebas, y el acceso a

materiales e información, y (B) la dirección, el sobreseimiento, y el acceso a los procedimientos;

(5) la dirección de la acusación por uno o más abogados designados por el Secretario de Defensa y la dirección de la defensa del individuo objeto de la presente Orden por los correspondientes abogados;

(6) la existencia de condena judicial basada solamente sobre el acuerdo de dos tercios de los miembros de la comisión presentes a la hora del voto, se precisará de quorum;

(7) la imposición de penas basada solamente sobre el acuerdo de dos tercios de los miembros de la comisión presentes a la hora del voto, se precisará de quorum; y

(8) la remisión del expediente judicial, incluyendo cualquier condena o imposición de sanción, para la revisión y la decisión final por mi persona o por del Secretario de Defensa si ha sido designado por mí para tal efecto.

Sec. 5. Obligación de Otras Agencias de asistir al Secretario de Defensa.

Los departamentos, las agencias, las entidades, y los oficiales de los Estados Unidos, deberán proporcionar toda la ayuda que el Secretario de Defensa pueda solicitar para ejecutar esta orden; guardando los límites legalmente establecidos.

Sec. 6. Competencias adicionales del Secretario de Defensa.

(a) Como función militar y a la luz de los hechos contemplados en la sección 1, el Secretario de Defensa será competente para emitir las órdenes y reglamentos necesarios para el cumplimiento de cualesquiera de las previsiones de esta orden.

(b) El secretario de Defensa puede realizar cualesquiera de sus funciones o deberes, y puede ejercitar cualesquiera de las competencias proporcionadas a la misma en virtud de esta orden (o en virtud de la sección inferior 4(c)(8) de la misma) de manera compatible con la sección 113(d) del título 10, del Código de los Estados Unidos.

Sec. 7. Compatibilidad con otros Fueros y textos legales

(a) Nada de lo establecido en esta orden podrá interpretarse a fin de:

(1) autorizar la revelación de secretos de estado a cualquier persona no autorizada para tener acceso a los mismos;

(2) limitar la autoridad del Presidente, como Comandante en Jefe de las Fuerzas armadas, o el poder del Presidente, para suspender la ejecución de sentencias o para indultar; o

(3) limitar la autoridad legal del Secretario de Defensa, de cualquier comandante militar, o de cualquier otro oficial o agente de los Estados Unidos o de cualquier Estado para detener o para intentar a cualquier persona que no sea objeto de la presente orden

(b) Con respecto a cualquier individuo objeto de la presente orden:

(1) los tribunales militares tendrán la jurisdicción exclusiva con respecto a los delitos cometidos por dichos individuos; y

(2) estas personas no estarán autorizadas a buscar ningún recurso o tutela judicial directa o indirectamente, o a ejercitar cualquier recurso o procedimiento que busque la protección individual, ante: (i) cualquier Tribunal de los Estados Unidos, o cualquier Estado por lo tanto, (ii) cualquier Tribunal de cualquier nación extranjera, o (iii) cualquier tribunal internacional.

(c) Esta orden no tiene el propósito de crear ni crea derecho alguno, ni ventaja, ni privilegio, ni sustantivo ni procesal que pueda ejercerse por cualquier parte, basándose en la ley o en la equidad; contra los Estados Unidos, sus departamentos, agencias, u otras entidades, sus oficiales o empleados, o cualquier otra persona.

(d) A los efectos de esta orden el término “Estado” se refiere de manera extensiva a cualquier Estado, distrito, territorio, o posesión de los Estados Unidos.

(e) Me reservo la autoridad para dirigir la Secretaria de Defensa, en cualquier momento de ahora en adelante, al objeto de transferir el control de la autoridad gubernamental sobre cualquier individuo objeto de la presente orden. Nada de lo establecido en esta orden se interpretará para limitar la competencia de cualquier autoridad gubernamental al objeto de enjuiciar criminalmente a cualquier individuo cuyo control haya sido transferido.

Sec. 8. *Publicación.*

Esta orden se publicará en el Registro Federal. ■

Breve comentario

Mucho se ha hablado y no menos se ha escrito sobre el texto normativo presente. No deja de resultar paradójico que se haya criticado tanto un texto que todavía no ha desplegado su eficacia normativa en casos concretos. Por otra parte, las críticas resultan más que comprensibles si nos atenemos al contenido del texto. Desde el punto de vista normativo, debemos señalar que la misma es una norma jurídica que reviste la forma de Orden Presidencial, en terminología estadounidense una *Orden Ejecutiva* del presidente, es decir uno de los dos tipos de disposiciones presidenciales más habituales como comentamos anteriormente. Como tal tipo de norma, y en virtud de la obligación vigente desde 1935, aparece publicada en el *Registro Federal* para así garantizar el conocimiento público de estos actos del ejecutivo.

Adentrándonos en sus contenidos, señalar en primer lugar que se trata de una orden muy controvertida, ya que supone un grave retroceso desde el punto de vista de las garantías judiciales vigentes hasta antes del 11 de septiembre de 2001 en los EEUU de América. Pese a ser una novedad en el ámbito jurídico inmediato, no lo es respecto a la historia normativa estadounidense. La gran patria de la libertades; y lo decimos sin ningún animo de sorna, pensamos en las primeras declaraciones de derechos y en los *padres fundadores*, cuando calificamos así a los EEUU; tiene en su haber una no menos consolidada tradición en lo que se refiere a la hostilidad para con los extranjeros en periodos de crisis. Ejemplos notables, como las deportaciones masivas

dirigidas por el Fiscal general A. Mitchell Palmer, de miles de extranjeros tras el inicio de la primera Gran Guerra, o el tratamiento dado a los japoneses residentes en EEUU, durante la segunda guerra mundial, nos muestran como el trato discriminatorio para con los extranjeros, no resulta ser una novedad de nuestro tiempo presente. Desde el punto de vista estrictamente jurídico el precedente inmediato de las Comisiones, o Tribunales Militares previstos en el texto que nos ocupa, lo podemos situar en 1942, cuando el Presidente Roosevelt estableció una comisión militar para juzgar a ocho alemanes que se habían infiltrado en EEUU como espías y saboteadores en el transcurso de la segunda Guerra Mundial, nos referimos obviamente al caso *Ex parte Quirin*. Seis de los ocho detenidos fueron condenados a muerte, dos se libraron de la ejecución por haber acusado a sus compañeros, el juicio careció de las garantías judiciales propias del sistema legal norteamericano y llegó al mismísimo Tribunal Supremo²⁴.

El texto que nos ocupa, resulta ser un verdadero atentado contra lo que entendemos como Estado de Derecho. El poder ejecutivo se abroga las funciones de instructor, acusador, defensor, juzgador, supervisor del proceso en una suerte de “revisión”, y eventualmente se puede convertir el ejecutor de la condena impuesta al acusado. Es decir nos encontramos ante la ruptura total con lo que legalmente entendemos como el *proceso debido*. Centrándonos en los aspectos más relevantes del texto, debemos señalar en primer lugar, que la orden tiene por objeto, a los extranjeros

acusados o considerados como posibles terroristas o cómplices de terroristas. Extranjeros que podrán: haber sido capturados en el extranjero, considerados como prisioneros de guerra, *combatientes enemigos* ilegales, detenidos en EEUU como extranjeros ilegales, como extranjeros legales (turistas, estudiantes), o extranjeros residentes legales.

La sección 2 de la Orden, permite la detención arbitraria de personas, basada en lo que el poder ejecutivo estime como relevante, al margen de cualquier control judicial. Señalar que dicha sección, choca frontalmente con lo establecido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por los EEUU en 1992. La sección 3, relativa a las condiciones de la detención, parece en principio acorde con los elementales principios de humanidad, pero omite la importante obligación de informar al detenido, acerca de la causa o razón de su detención. La sección 4, hace mención a la celebración de un juicio justo, pero resulta difícilmente creíble si tenemos en cuenta, que la misma omite la presunción de inocencia del acusado, y que por el contrario admite la aportación de pruebas incriminatorias, basadas únicamente en el valor probatorio que les otorgue la presidencia de la comisión, o lo que la misma considere que aceptaría posiblemente una persona razonable. No se contempla el secreto de las comunicaciones entre acusado y defensor, y se encomienda la defensa del mismo, a abogados designados por el poder ejecutivo, aspectos estos, contrarios a la Tercera Convención de Ginebra relativa a los prisioneros de guerra. La sección

7, elimina expresamente la posibilidad de apelar la "sentencia", la posible revisión del caso, queda confiada al Presidente de los EEUU, que es quien precisamente decidió el sometimiento del acusado ante las comisiones militares. Esta imposibilidad para ejercitar la apelación, va más allá de lo ocurrido en comisiones militares anteriores, atentando contra la Convención de Ginebra antes mencionada. En el caso *Ex parte Quirin* antes citado, la posibilidad de apelación llevó el asunto hasta el Tribunal Supremo. Lo mismo podríamos decir de otros casos, como en del japonés *Yamashita*²⁵ en 1946. La sección 7 supone la derogación implícita del derecho de *habeas corpus*. Esta derogación atenta a nuestro entender contra el artículo I sección 9 de la Constitución norteamericana, habrá que estar atentos a la previsible próxima jurisprudencia del Tribunal Supremo .

La administración Bush ha parado en la actualidad todos los potenciales juicios ante las comisiones militares, debido a la reciente jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo de los EEUU y por otros Tribunales de Apelaciones. Los detenidos en la base de Guantánamo, que han estado más cerca de ser sometidos a juicio, ante la citada "justicia militar", han sido dos ciudadanos británicos, dos yemeníes, un sudanés y un australiano. En el caso de este último David Hicks, detenido en Guantánamo, la demanda presentada por sus familiares solicitando el *habeas corpus*, fue rechazada por un juez de distrito en el 2002 y posteriormente fue así mismo rechazada por el tribunal de apelaciones de Columbia. Ambas

instancias jurisdiccionales manifestaron, que los tribunales norteamericanos no tenían jurisdicción sobre el detenido bajo custodia militar en la base de Guantánamo. Con todo, pese a las trabas y cortapisas planteadas por el ejecutivo, el caso de Hicks llegó ante el Tribunal Supremo de los EEUU. El desarrollo procesal del asunto Hicks, transformó formalmente la demanda inicial en una petición colectiva de justicia, solicitada por doce kuwaitíes y dos australianos, todos ellos bajo custodia militar, en la base naval de la Bahía de Guantánamo, Cuba. El alto tribunal aceptó el asunto y falló sobre el mismo bajo el nombre de caso *Rasul v. Bush*²⁶.

Al igual que los casos anteriormente comentados, en relación a los ciudadanos norteamericanos calificados como combatientes enemigos, la sentencia del caso *Rasul v. Bush*, adolece de la falta de concreción jurídica que hubiera sido deseable. Anticipar que la sentencia fue favorable para los demandantes detenidos en Guantánamo. Pero pese a ello, dadas las durísimas o inhumanas condiciones en la que se encontraban los detenidos²⁷, y al *limbo legal* existente durante casi tres años en torno a su situación jurídica, la sentencia aunque favorable nos resulta insuficiente desde el punto de vista técnico-jurídico. Desde la crítica axiológico jurídica, resulta claramente positiva. Examinemos la cuestión someramente.

Desde 1950, y a raíz de la sentencia del caso *Johnson v. Eisentrager*²⁸, los tribunales norteamericanos habían venido interpretando que los combatientes enemigos, detenidos,

bajo custodia militar en el extranjero, no tenían derecho a ejercitar el recurso de *habeas corpus*. El caso *Rasul v. Bush*, viene a romper con esa tendencia, curiosamente este novedoso y trascendental caso, viene a recoger la opinión de los Magistrados disidentes Black, Douglas y Burton, precisamente en el caso *Johnson v. Eisentrager*. En el caso *Rasul v. Bush*, el Supremo comenzó apelando, como es lógico por otra parte, al acervo jurídico británico, concretamente reprodujo un pasaje del caso *King v. Schiever* de 1759, en el que se sostiene claramente que: “*La aplicación del estatuto de habeas corpus a las personas detenidas en la base, resulta consecuente, con la extensión histórica del procedimiento de habeas corpus. En el derecho común, los tribunales tienen jurisdicción en relación al habeas, sobre las peticiones realizadas por los extranjeros detenidos, dentro del territorio de soberanía real*”³¹.

Más adelante el alto tribunal, realizó su propia contribución, intentando enlazarla con la tradición republicana, a la par que enmendando, el menoscabo que la opinión mayoritaria del caso *Johnson v. Eisentrager*, supuso para la tutela de las libertades de los extranjeros privados de libertad, bajo custodia norteamericana. Sostuvo el Supremo en el caso *Rasul v. Bush*: (...) *nada hay en Eisentrager, ni en ningún otro caso, que excluya categóricamente a los extranjeros detenidos bajo custodia militar, fuera de los Estados Unidos, de la “prerrogativa para litigar” en los tribunales de EEUU. (...) Los tribunales de los Estados Unidos han estado tradicionalmente abiertos a los extranjeros no-residentes*³².

Tras el fallo del caso *Rasul v. Bush*, el Departamento de defensa intentó establecer unos tribunales militares especiales. Estos estarían encargados de revisar periódicamente la situación de los detenidos, determinando su calificación como combatientes enemigos, o dejándolos en libertad. Estos “tribunales de justicia” fueron creados con la clara finalidad de evitar el acceso los detenidos a la jurisdicción federal civil. El intento ha resultado vano y algunos de los tribunales menores han llegado a declarar la inconstitucionalidad tanto de los tribunales militares de revisión, como de las Comisiones Militares establecidas en virtud de la Orden Presidencial que nos ocupa. El asunto pasará previsiblemente a manos del Supremo en corto plazo.

Los hechos descritos nos indican, que hemos asistido y quizás aun asistamos, a un intento de usurpación de funciones por parte del ejecutivo, dado que intentó quitar dichas competencias al poder judicial. Insistimos en la idea de “usurpación”, se han dicho y se dirán muchas cosas del poder ejecutivo, y hay que señalar que en muchas ocasiones han podido resultar excesivas cuando no claramente malintencionadas. La usurpación es de por si suficientemente grave, no hay necesidad de difamar a nadie personalmente. Recordemos las palabras de Locke, que como es bien conocido tuvo una gran influencia en la revolución norteamericana: “la usurpación es el ejercicio de un poder al que otro tenía derecho, la tiranía es el ejercicio del poder al margen del derecho, a lo cual nadie tiene ningún derecho”³³.

A modo de conclusión, y por no extendernos demasiado en esta breve reseña, habría que decir que la implantación de la orden no resulta muy afortunada, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista político. Jurídicamente su compatibilidad con el Estado de Derecho es nula. Políticamente, la orden presta un flaco servicio a la lucha antiterrorista, ya que las naciones europeas no pueden colaborar con los EEUU ante la pocas garantías procesales que ofrecen estos tribunales militares, y a la posibilidad que tienen los mismos, de aplicar la pena de muerte a los acusados. Este último extremo, colisiona con la legislación de aquellos países, que hayan ratificado el protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la pena de muerte. Todo ello, sin contar con la negativa imagen que de Norteamérica proyectan al mundo. Si los EEUU pretender abanderar la lucha antiterrorista como defensores de los derechos humanos, no es este el mejor camino desde luego. Como dijera Georges Clemenceau en favor del capitán Alfred Dreyfus, en Francia, en 1898, “*La justicia militar es a la justicia lo que la música militar es a la música*”.

Texto normativo núm. 4
Extracto de la ley patriótica de 26 de octubre de 2001
Ley pública 107–56 de 26 de octubre de 2001
107º periodo de Sesiones del Congreso de los Estados Unidos

TITULO BREVE: “Uniendo y Fortaleciendo a América mediante las apropiadas y herramientas para interceptar y detener al terrorismo. (Ley patriótica de los Estados Unidos de América de 2001)”

SEC. 412. DETENCIÓN PRECEPTIVA DE SOSPECHOSOS DE TERRORISMO; HABEAS CORPUS; REVISIÓN JUDICIAL.

(a) EN TÉRMINOS GENERALES.—Se enmienda la Ley de Inmigración y Nacionalidad (*Immigration and Nationality Act*) (8 U.S.C. 1101 y siguientes) mediante la inserción del siguiente texto a continuación de la sección 236:

“DETENCIÓN PRECEPTIVA DE SOSPECHOSOS DE TERRORISMO; HABEAS CORPUS; REVISIÓN JUDICIAL

“SEC. 236A. (a) DETENCIÓN DE INMIGRANTES TERRORISTAS.—

“(1) CUSTODIA.—El Fiscal General se hará cargo de la custodia de cualquier inmigrante certificado en virtud del párrafo (3).

“(2) PUESTA EN LIBERTAD.—Salvo por lo dispuesto en los párrafos (5) y (6), el Fiscal General mantendrá la custodia de dicho inmigrante hasta que éste sea expulsado de los Estados Unidos. Salvo por lo dispuesto en el párrafo (6), dicha custodia se mantendrá independientemente de cualquier revocación de la expulsión que le haya podido ser otorgada o a la que pueda tener derecho el inmigrante, hasta el momento en el que el Fiscal General determine que el inmigrante ha perdido la condición resultante de la definición incluida en el párrafo (3).

La detención en virtud de la presente subsección cesará en caso de que se determine finalmente que el inmigrante no puede ser expulsado.

“(3) CERTIFICACIÓN.—El Fiscal General podrá certificar la condición de inmigrante del tipo definido en el presente párrafo de una persona física siempre que cuente con

base suficiente para creer que éste:

“(A) se ajusta a la descripción incluida en la sección 212(a)(3)(A)(i), 212(a)(3)(A)(iii), 212(a)(3)(B), 237(a)(4)(A)(i), 237(a)(4)(A)(iii), o 237(a)(4)(B); o

“(B) se encuentra inmerso en cualquier otra actividad que ponga en peligro la seguridad nacional de los Estados Unidos.

“(4) NO DELEGACIÓN.—El Fiscal General únicamente podrá delegar la autoridad dispuesta en el párrafo (3) al Fiscal General Adjunto (*Deputy Attorney General*). El Fiscal General Adjunto no podrá delegar dicha autoridad.

“(5) INICIO DEL PROCEDIMIENTO.—El Fiscal General iniciará el procedimiento de expulsión con respecto a cualquier inmigrante detenido en virtud del párrafo (1), o acusará al inmigrante de un delito penal, en un plazo inferior a 7 días desde el inicio de dicha detención. En caso de que no se satisfaga el requisito dispuesto en la frase anterior, el Fiscal General dejará en libertad al inmigrante.

“(6) LIMITACIÓN DE DETENCIÓN INDEFINIDA.—Cualquier inmigrante detenido en virtud únicamente del párrafo (1) que no haya sido expulsado de conformidad con la sección (a)(1)(A), y cuya expulsión resulte poco probable en un futuro razonablemente inmediato, únicamente podrá permanecer detenido durante periodos adicionales de hasta seis meses en el caso de que su puesta en libertad amenace la seguridad nacional de los Estados Unidos, o la de la comunidad o de cualquier persona física.

“(7) REVISIÓN DE LA CERTIFICACIÓN.—El Fiscal General revisará la certificación realizada en virtud del párrafo (3) cada 6 meses. Si el Fiscal General determina, a su discreción, que la certificación debe ser revocada, el inmigrante podrá ser puesto en libertad bajo las condiciones que el propio Fiscal General estime oportunas, salvo que dicha liberación venga prohibida por ley por cualquier otro motivo. Cada 6 meses, el inmigrante podrá solicitar por escrito al Fiscal General la reconsideración de la certificación y presentar documentos o pruebas de otro tipo en apoyo de dicha petición.

“(b) HABEAS CORPUS Y REVISIÓN JUDICIAL.—

“(1) EN TÉRMINOS GENERALES.—La revisión judicial de cualquier acción o decisión relativa a la presente sección (incluida la revisión judicial de las ventajas de una determinación realizada en virtud de la subsección (a)(3) o (a)(6)) estará disponible

exclusivamente en el procedimiento de habeas corpus relativo a la presente subsección. Salvo por lo dispuesto en la frase anterior, ningún tribunal contará con la jurisdicción necesaria para revisar, por petición de habeas corpus o de cualquier otro tipo, acciones o decisiones de este tipo.

“(2) APLICACIÓN.—

“(A) EN TÉRMINOS GENERALES.—No obstante cualquier otra disposición legal, incluida la sección 2241(a) del título 28 del Código de los Estados Unidos, el procedimiento de habeas corpus descrito en el párrafo (1) podrá iniciarse únicamente mediante una solicitud presentada ante :

“(i) el Tribunal Supremo;

“(ii) cualquier magistrado del Tribunal Supremo;

“(iii) cualquier juez titular del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Circuito del Distrito de Columbia; o

“(iv) cualquier tribunal de distrito que cuente con la jurisdicción necesaria para su consideración.

“(B) TRANSMISIÓN DE SOLICITUD.—La sección 2241(b) del título 28 del Código de los Estados Unidos será aplicable a cualquier solicitud de mandato de habeas corpus descrita en el subpárrafo (A).

“(3) APELACIONES.—No obstante cualquier otra disposición legal, incluida la sección 2253 del título 28, en el procedimiento de habeas corpus descrito en el párrafo (1) ante un juez de circuito o distrito, la orden final estará sujeta a la revisión, por apelación, por parte del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia. En dicho procedimiento, no existirá derecho de apelación ante ningún otro tribunal de apelaciones de circuito.

“(4) NORMA APLICABLE.—La legislación aplicada por el Tribunal Supremo y el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia se considerará la norma aplicable para los procedimientos de habeas corpus descritos en el párrafo (1).

“(c) INTERPRETACIÓN JUDICIAL.—Las disposiciones de la presente sección no serán aplicables a ninguna otra de esta Ley.”.

(b) ENMIENDA ADMINISTRATIVA.—Se enmienda la tabla de contenido de la Ley de Inmigración y Nacionalidad (Immigration and Nationality Act) mediante la inserción del siguiente texto a continuación del punto relativo a la sección 236:

“Sec. 236A. Detención preceptiva de sospechosos de terrorismo; habeas corpus; revisión judicial.”.

(c) INFORMES.— En un plazo de 6 meses desde la promulgación de la presente Ley, y desde ese momento, cada 6 meses, el Fiscal General presentará un informe a los Comités Judiciales (Committee on the Judiciary) de la Cámara de Representantes (House of Representatives) y el Senado referente al periodo que abarque dicho informe, en el que se incluirá la siguiente información:

(1) el número de inmigrantes certificados de conformidad con la sección 236A(a)(3) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad (Immigration and Nationality Act), tal y como se ha añadido en la subsección (a);

(2) las bases para dichas certificaciones;

(3) las nacionalidades de los inmigrantes certificados de este modo;

(4) la duración de la detención de cada uno de los inmigrantes certificados de este modo; y

(5) el número de inmigrantes certificados de este modo:

(A) a los que se otorgó algún tipo de revocación de la expulsión;

(B) que hayan sido expulsados;

(C) que el Fiscal General haya determinado que han perdido la condición de inmigrantes certificados de este modo; o

(D) que fueron puestos en libertad. ■

Breve comentario

El texto seleccionado pertenece a una disposición legal muy conocida debido a la reiterada y frecuente cita de la misma. Se trata de un fragmento de la conocida coloquialmente como *USA Patriot Act*³⁴, se trata de un texto normativo que adopta la forma de *Public Law*. Nos encontramos ante una ley aprobada en el contexto de una situación de emergencia. La referida disposición legal fue aprobada como ley pública por el Congreso de los EEUU el 26 de octubre de 2001, apenas mes y medio después de los atentados terroristas del 11 de septiembre. Sorprende su rápida tramitación y su extensión dado el breve plazo en que fue aprobada.

La ley tiene 132 páginas en su publicación original. Se trata de un texto normativo extraordinariamente complejo para el lector o el jurista europeo, habituado al sistema jurídico de tradición romanista. Compuesta por 158 secciones agrupadas en 10 títulos, que viene a afectar o modificar decenas de textos legales norteamericanos, con cruces referencias y modificaciones constantes del Código de Regulaciones Federales de los EEUU, que hacen necesaria la continua consulta y comprensión de dichos textos a fin de comprender el significado y alcance de la *Ley Patriótica*. Bajo el pretexto de la defensa de los derechos y las libertades la *Patriot Act* ha supuesto un verdadero incremento de poder para el ejecutivo, dando mayores competencias y capacidades al Fiscal General del Estado, incrementando las competencias para la vigilancia electrónica a cargo del FBI, del Servicio Secreto y de la CIA que ahora pueden pinchar telé-

fonos fijos o móviles con mayor facilidad, modificando las competencias y procedimientos ante el Tribunal FISA (supervisor de la contravigilancia frente a la inteligencia extranjera), permitiéndole a la Oficina de Prisiones la grabación de las conversaciones entre el abogado y su cliente, e intensificando aun más si cabe los poderes del Presidente de los EEUU en periodos de emergencia. Por otra parte estableció medidas muy necesarias para una más eficaz lucha contra el terrorismo, al introducir preceptos legales relativos a la financiación de los grupos terroristas y a sus entramados económicos, y al incrementar la vigilancia y control de fronteras. Otro importante aspecto de la *Patriot Act*, es que prevé la creación de un fondo para compensar o ayudar económicamente a las víctimas de los ataques terroristas.

A primera vista la ley parece una norma jurídica muy necesaria, que hace honor a su denominación breve original "*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*", para dotar al Estado de las necesarias medidas y herramientas para hacer frente al terrorismo. A primera vista únicamente. Una lectura detallada y sistemática de la misma nos llevara a la conclusión de que la ley supone un verdadero retroceso en el ámbito de las libertades y de los derechos civiles. Por citar un claro ejemplo la Sección 802 modifica la definición federal del delito de terrorismo creando la figura del "*terrorismo domestico*" como "actos peligrosos para la vida humana que supongan la violación de las leyes criminales de

los EEUU o de cualquier Estado y que parezca... tienen la intención de influir en la política del gobierno por medio de la intimidación o la coerción”; esta definición tiene tal grado de indeterminación, que podría suponer la incriminación como terroristas, de activistas que ejercieran libremente sus derechos de reunión, asamblea o de protesta. En virtud de lo expuesto, pensamos que esta sección, podría ir claramente en contra de la I enmienda de la Declaración de Derechos norteamericana.

Hemos seleccionado y traducido la *Sec. 412. Detención Preceptiva de Sospechosos de Terrorismo; Habeas Corpus; Revisión Judicial* como ejemplo más claro de dicho retroceso. La sección seleccionada supone una manifiesta limitación de los derechos de los inmigrantes extranjeros. Esta disposición introduce importantes restricciones en la práctica para el ejercicio del derecho de *habeas corpus*, uno de los tradicionales si no el más fundamental pilar del Estado de Derecho. La sección reproducida facilita la práctica de las detenciones administrativas de carácter indefinido o cuasi-indefinido. Este tipo de detenciones carece de las garantías que lleva aparejada la detención propia del sistema de justicia penal, ya que se ven amparadas en supuestas razones de orden público o en atención a la seguridad del Estado. Esta situación supone en la práctica que los detenidos, y sus abogados si tuvieran acceso a los mismos, en la mayoría de los casos, carecen de un posible recurso de apelación contra la detención realizada, desconocen las razones de su detención, los cargos que se les imputan y las pruebas *secretas* que han servido de

base para dictar la orden o acuerdo que ha conducido a su detención. La Sección 412 establece la modificación de la *Immigration and Nationality Act*, añadiendo a esta la Sección 236A, de tal modo que obliga a la detención de cualquier extranjero si el Fiscal General certifica que tiene “*motivos razonables para creer*” que se trata de un “*terrorista*”, apoya “*actividades terroristas*”, o “*está implicado en cualquier otra actividad que ponga en peligro la seguridad nacional de los Estados Unidos*”. Las personas detenidas según lo expuesto pueden ser retenidas sin cargos hasta siete días en virtud de lo establecido en la Sección 236A(5). Por si esto fuera poco la misma disposición en su Sección 236A(6) permite la *detención indefinida en periodos continuados de seis meses* del extranjero cuya expulsión “*resulte poco probable en un futuro razonablemente inmediato*”. La limitación en lo referente al procedimiento de *habeas corpus* viene establecida en la Sección 236A(7); quedando su interposición constreñida a la jurisdicción de determinados tribunales superiores. El futuro desarrollo jurisprudencial, además de la jurisprudencia antes comentada, marcará la relevancia y trascendencia social de las disposiciones citadas en lo que a la práctica de las detenciones se refiere; cabe decir no obstante que las mismas chocan frontalmente con la jurisprudencia anterior a los atentados del 11 de septiembre, más concretamente con la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Zadvydas v. Davis et A*⁶⁵. Las cifras que se barajan en cuanto al número de detenciones de extranjeros producidas en EEUU, basadas en la sección 412, son las de 2400 o 2500 posibles

detenciones. No disponemos de datos exactos dado el secretismo que rodea todo el sistema de detenciones administrativas. No obstante, las estimaciones efectuadas por las más prestigiosas organizaciones defensoras de los derechos civiles, no han sido desmentidas por la administración norteamericana, sino que al contrario han sido corroboradas, si bien sin facilitar los nombres ni datos precisos de las personas detenidas o deportadas.

Por lo que se refiere a la Constitución de los EEUU la sección 412 choca a nuestro

entender con las enmiendas cuarta, quinta y sexta del *Bill of Rights*. Posibilita la práctica de las detenciones arbitrarias violando así la cuarta enmienda. Permite la eventual privación de libertad sin el debido proceso legal lo cual contradice lo establecido por la quinta enmienda. Priva a los detenidos de el derecho a un juicio rápido y público, violando de ese modo la sexta enmienda. Y finalmente supone una manifiesta violación de la decimocuarta enmienda, que precisamente hace extensivos a todas las personas los derechos establecidos en las enmiendas anteriormente citadas.

Texto normativo núm. 5

Extracto de la ley de seguridad nacional de Estados Unidos de 2002

Ley pública 107–296 de 26 de noviembre de 2002

107º periodo de sesiones del congreso de los Estados Unidos

Título breve: “Ley de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de 2002”

SEC. 225. LEY DE REFUERZO DE LA SEGURIDAD CIBERNÉTICA DE 2002.

(a) TÍTULO ABREVIADO.—Puede hacerse mención a la presente sección como “Ley de Refuerzo de la Seguridad Cibernética de 2002” (*Cyber Security Enhancement Act of 2002*).

(b) ENMIENDA A LAS PAUTAS DE DICTAMINACIÓN DE SENTENCIAS RELACIONADAS CON DETERMINADOS DELITOS INFORMÁTICOS.—

(1) DIRECTIVA DIRIGIDA A LA COMISIÓN DE DICTAMINACIÓN DE SENTENCIAS DE LOS ESTADOS UNIDOS.—En virtud de la autoridad otorgada de conformidad con la sección 994(p) del título 28 del código de los Estados Unidos, y conforme a la presente subsección, la Comisión de Dictaminación de Sentencias (*Sentencing Commission*) de los Estados Unidos revisará, y, de considerarlo oportuno, enmendará,

sus pautas y declaraciones de política aplicables a personas condenadas por delitos contemplados en la sección 1030 del título 18 del Código de los Estados Unidos.

(2) REQUISITOS.—En el cumplimiento de la presente subsección, la Comisión de Dictaminación de Sentencias deberá:

(A) garantizar que las pautas de dictaminación de sentencias y declaraciones de políticas reflejan la grave naturaleza de los delitos descritos en el párrafo (1), su número creciente, así como la necesidad de contar con condenas adecuadas y efectivamente disuasorias para impedirlos;

(B) tener en cuenta los factores que se enumeran a continuación y la medida en la que las pautas pueden o no dar cuenta de ellos:

(i) las pérdidas potenciales o reales que resulten del delito;

(ii) el nivel de sofisticación y planificación implicados en el delito;

(iii) si el delito fue cometido con la intención de lograr ventajas comerciales o beneficios financieros privados;

(iv) si el acusado, al cometer el delito, actuó de mala fe con la intención de provocar daños;

(v) la medida en la que el delito violó los derechos a la intimidad de las personas físicas afectadas;

(vi) si el delito se cometió con respecto a un ordenador utilizado por el Estado en la defensa o seguridad nacional o la administración de justicia;

(vii) si la violación tenía como objetivo o efecto la interferencia significativa con, o el deterioro de, una infraestructura crítica; y

(viii) si la violación tenía como objetivo o efecto crear una amenaza para la salud o seguridad públicas, o lesiones a cualesquiera personas físicas;

(C) garantizar una coherencia razonable con otras directivas relacionadas y pautas de dictaminación de sentencias;

(D) dar cuenta de cualquier circunstancia agravante o mitigante que pueda justificar la introducción de excepciones en los ámbitos de dictaminación de sentencias aplicables;

(E) realizar las adaptaciones necesarias a las pautas de dictaminación de sentencias; y

(F) garantizar que las pautas se ajustan adecuadamente a las finalidades de la dictaminación de sentencias en virtud de lo dispuesto en la sección 3553(a)(2) del título 18 del Código de los Estados Unidos.

(c) ESTUDIO E INFORME SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS.— Con anterioridad al 1 de mayo de 2003, la Comisión de Dictaminación de Sentencias de los Estados Unidos deberá presentar al Congreso un breve informe que explique las acciones tomadas por ésta en respuesta a la presente sección. Dicho informe incluirá cualquier recomendación que pueda sugerir la Comisión con respecto a penas tipificadas por delitos cometidos bajo la sección 1030 del título 18 del Código de los Estados Unidos.

(d) EXCEPCIÓN DE REVELACIÓN DE EMERGENCIA.—

1) EN TÉRMINOS GENERALES.— Se enmienda la sección 2702(b) del título 18 del Código de los Estados Unidos tal y como se explica a continuación:

(A) en el párrafo (5), eliminando la palabra “o” final;

(B) en el párrafo (6)(A), insertando la palabra “o” al final;

(C) eliminando el párrafo (6)(C); y

(D) añadiendo al final el siguiente texto:

“(7) a una entidad gubernamental Federal, Estatal, o local, si el proveedor cree de buena fe que una emergencia que implique peligro de muerte o lesiones graves a cualquier persona física requiere la revelación sin demora de las comunicaciones relativas a dicha emergencia.”.

(2) INFORME SOBRE REVELACIONES.— Cualquier entidad gubernamental que reciba una revelación de conformidad con la sección 2702(b) del título 18 del Código

de los Estados Unidos presentará, en un plazo máximo de 90 días desde dicha revelación, un informe al Fiscal General (*Attorney General*) en el que se cite el párrafo de la sección en virtud del cual se realizó la revelación, la fecha de ésta, la entidad a la que se realizó la revelación, el número de clientes o abonados a los que corresponda la información revelada, así como el número de comunicaciones reveladas, de haber alguna. El Fiscal General publicará dichos informes agrupados en un informe único que deberá someterse al Congreso en el plazo de 1 año desde la fecha de promulgación de la presente Ley.

(e) EXCEPCIÓN DE BUENA FE.— Se enmienda la sección 2520(d)(3) del título 18 del Código de los Estados Unidos mediante la inserción de “o 2511(2)(i)” a continuación de “2511(3)”. ■

Breve comentario

La *Homeland Security Act of 2002* entró en vigor el 24 de enero de 2003; gracias a la misma, la Oficina de Seguridad Interior, creada tras los atentados terroristas del 11 de septiembre para la coordinación de las múltiples agencias de inteligencia existentes en Norteamérica, ha pasado a convertirse en el *Department of Homeland Security* conocido mediáticamente en España como el Ministerio o Departamento de Seguridad Interior. Este nuevo superministerio ha supuesto la mayor reorganización departamental norteamericana desde 1947; el nuevo organismo asume el control de 22 agencias federales y en virtud de lo establecido en la Sección 101(d)19 recibirá información relativa a posibles actividades terroristas recopilada por las agencias de inteligencia autónomas como el FBI, la CIA, la DIA y la NSA; se estima que cuenta aproximadamente con un total de 170.000 funcionarios y un presupuesto anual de 40.000 millones de dólares.

Se trata, al igual que el texto normativo anterior, de una disposición extraordinariamente compleja para el lector o el jurista europeo. Viene a afectar o modificar decenas de textos legales norteamericanos, con cruces referencias y modificaciones constantes del Código de Regulaciones Federales de los EEUU. Compuesto por 238 secciones, agrupadas en 17 títulos, es un texto extenso, tiene 187 páginas en su redacción original.

La *Ley de Seguridad Nacional* tiene tres grandes consecuencias:

- Reduce la privacidad personal, mermando el derecho a la intimidad contemplado en la cuarta enmienda de la Declaración de Derechos.
- Acrecienta el poder y el secretismo gubernamental.
- Fortalece la protección de los intereses especiales del gobierno.

La Sección 225 referida al refuerzo de la seguridad cibernética y que permite en base a su apartado (d)² la revelación de el contenido de los e-mails privados a las autoridades federales. Estos delicados asuntos generan ocasionalmente informaciones sensacionalistas no del todo correctas; así en contra de los difundido por diversos medios escritos y audiovisuales debemos indicar que la *Homeland Security Act of 2002* no contiene disposiciones expresas que posibiliten o lleven la creación del *Total Information Awareness* -supersistema electrónico de vigilancia global-; es cierto que dicho sistema está en estudio, e incluso ha sido probado por John Poindexter como parte de un programa de defensa de los EEUU, pero dicho proyecto es bastante anterior a la ley que estamos comentando ahora. Los sistemas de control automatizados de carácter global como el *TIA* están actualmente prohibidos por la *Privacy Act of 1974* aunque la vigilancia electrónica ha crecido considerablemente tras la aplicación de la *Patriot Act de 2001*. La previsible construcción del *TIA* supondrá la materialización cibernética del *Gran Hermano* de Orwell; la cuestión es que pese a lo novelesco y dantesco del asunto, la lucha contra las modernas formas de terrorismo operativas en, y sirviéndose de, la red de redes puede hacer más que aconsejable el parto del monstruo cibernético.

La Sección 214(a)1(B) de la *Homeland Security Act of 2002* potencia el secretismo en la forma de gobernar; impide la supervisión judicial de las informaciones protegidas, es decir, imposibilita que un

juez decida sobre si efectivamente dicha información debe permanecer como reservada o por el contrario puede ser hecha pública. No resulta extraño el temor a unos servicios de inteligencia con amplios poderes y a un gobierno sin control, en una sociedad abierta y habituada a una aparente fiscalización pública de la actividad gubernamental.

Finalmente y para terminar, mencionar que la Sección 871 viene a limitar la aplicación de la *AKA Sunshine Act* de 1976 (*Public Law 92-463*) creada para supervisar los procedimientos adoptados para la toma de decisiones por parte del poder ejecutivo. Esta limitación viene a favorecer el oscurantismo y la creación de comités asesores que benefician a intereses privados en detrimento del interés general.

Conclusión

El conjunto de textos examinados vienen a mostrarnos, como afirmábamos al principio, las importantes transformaciones que se han producido en el sistema jurídico norteamericano, tras los terribles acontecimientos sufridos en los EEUU el 11 de septiembre de 2001. Los cambios experimentados por dicho sistema normativo, tradicionalmente liberal, nos parece, van en contra de los valores y principios configuradores de la tradición jurídica y democrática, que ha inspirado secularmente a la patria de las libertades. De un lado dichas transformaciones resultan ser hechos hartamente lamentables. Pero por otra parte, y paradójicamente, no dejan de ser, en cierto modo, la manifestación de la superación de una importante contradicción subyacente. La contradicción existente entre la democracia republicana que fue fundada por los primeros colonos, y la república imperial en que se ha convertido la nación norteamericana en la actualidad. Asistimos a una pugna hartamente interesante, entre las instituciones republicanas y las políticas cesaristas. El resultado de la misma es previsible tenga importantes consecuencias, políticas jurídicas, axiológicas y sociales.

- ¹ Vid. ALARCÓN, Carlos y SORIANO, Ramón (Cuidadores Ed.); *El Nuevo Orden Americano: Textos Básicos*, Almuzara, Córdoba, 2004.
- ² Vid. ALARCÓN, SORIANO y MORA (Dirs Ed.); “¿Terrorismo o Terror Global?” en *Repensar la democracia*, Aconcagua, Sevilla, 2004, pgs. 13 a 45.
- ³ Vid. HEISBOURG, Francois y Fundación para la Investigación Estratégica; “Armas y representaciones” en *Hiperterrorismo: La nueva guerra*, Espasa Calpe, Madrid, 2002.
- ⁴ Hemos utilizado la edición de Liberty Fund, que viene a reproducir la edición original de Gideon, ya que esta última fue preparada personalmente por James Madison.
- ⁵ Vid. OLSON, J. William & WOLL, Alan; “Executive Orders and National Emergencies, How Presidents Have Come to “Run the Country” by Usurping Legislative Power” en *Cato Policy Analysis no 358*, october 28, Washington D.C., 1999, pg. 8.
- ⁶ Vid Regulación actual por Public Law 90-620, Oct. 22, 1968, 82 Stat. 1274; puede encontrarse en U.S. Code Collection Title 44, Chapter 15, Sec 1505; que trae origen del Ch. 417, Sec. 5, 49 Stat. 501, del 26 de Julio de 1935.
- ⁷ Vid. *Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer*, 343 U.S. 579 de 2 de junio de 1952.
- ⁸ Vid. Public Law 94-412, de 14 de septiembre de 1976, la regulación actual puede encontrarse en U.S. Code Collection Title 50, Chapter 30, Sec 1601 a 1651.
- ⁹ Vid. HAMILTON, Alexander; JAY, Jhon, & MADISON, James; “Federalist No 47 The Meaning of the maxim” en *The Federalist, The Gideon Edition*, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2001, pgs. 249 a 255.
- ¹⁰ Idem. MADISON, “The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.”, pg. 249.
- ¹¹ Vid. MADISON, J.; “Federalist No 39 “The conformity of the plan to republican principles: an objection in respect to the powers of the Convention, examined” en *The Federalist, The Gideon edition*, Op. Cit., pg. 194.
- ¹² Seudónimo utilizado indistintamente por Alexander Hamilton, Jhon Jay y James Madison, en los diversos artículos aparecidos en la presa de New York, comúnmente conocidos como *El Federalista*.
- ¹³ Vid. HAMILTON, A., “Federalist No 69 “The same view continued, with a comparison between the president and the king of Great Britain, on the one hand, and the governor of New York, on the other”, en *The Federalist, The Gideon edition*, Op.Cit., pgs. 355 a 361.
- ¹⁴ Ibid. HAMILTON, A., pg. 357.
- ¹⁵ Ibid. HAMILTON, A., pg. 357. “The president is to be commander in chief of the army and navy of the United States. In this respect his authority would be nominally the same with that of the king of Great Britain, but in substance much inferior to it. It would amount to nothing more than the supreme command and direction of the military and naval forces, as .first general and admiral of the confederacy: while that of the British king extends to the *declaring* of war, and to the *raising* and *regulating* of fleets and armies; all which, by the constitution under consideration, would appertain to the legislature.”
- ¹⁶ Vid. *Dooley v. U.S.*, 182 U.S. 222 de 27 de mayo de 1901.
- ¹⁷ Vid. Public Law 93-148, de 7 de noviembre de 1973, la regulación actual puede encontrarse en U.S. Code Collection Title 50, Chapter 33, Sec 1541 a 1548.
- ¹⁸ Vid. *Hamdi et Al. v. Rumsfeld Secretary of Defense et Al.*, U.S. 03-6696 de 28 de junio de 2004.
- ¹⁹ Vid. *Rumsfeld Secretary of Defense et Al. v. Padilla*, U.S. 03-1027 de 28 de junio de 2004.

²⁰Opinión mayoritaria redactada por REHNQUIST, William H., en *Rumsfeld Secretary of Defense et Al. v. Padilla*, Loc. Cit.

²¹Opinión disidente del magistrado STEVENS, Paul, en *Rumsfeld Secretary of Defense et Al. v. Padilla*, Loc. Cit.

²²Opinión mayoritaria redactada por la magistrado O'CONNOR, Sandra Day, en *Hamdi et Al. v. Rumsfeld Secretary of Defense et Al.*, Loc. Cit.

²³*Ibid.*

²⁴Vid. *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 de 31 de julio de 1942.

²⁵Vid. *Yamashita v. U.S. Styer*, 327 U.S. 1, de 4 de febrero de 1946.

²⁶Vid. *Rasul et Al. v. Bush President of the United States et Al.* U.S. 03-334, de 28 de junio de 2004.

²⁷Los detenidos se encuentran confinados en jaulas de 1,5 por 2 metros, donde se incluyen una cama, un inodoro y un lavabo, quedando una superficie libre de 0,5 metros cuadrados para el detenido. Según ha reconocido la propia administración norteamericana, tras las denuncias realizadas por agentes del F.B.I., en Guantánamo han existido malos tratos, llevados a cabo por la C.I.A. y la D.I.A.. Vid. *Diario El Mundo* de 10 de mayo de 2004 y de 2 de julio de 2004, también *Diario El País*, sábado 29 de enero de 2005. Según la Cruz Roja Internacional, se han empleado técnicas duras en los interrogatorios, susceptibles de ser calificadas como torturas según el derecho internacional, Vid. *Diario El País*, de 1 de diciembre de 2004.

²⁸ Vid. *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950)

²⁹ Vid. Opinión conjunta de los magistrados disidentes BLACK, DOUGLAS y BURTON, en el caso *Johnson v. Eisentrager*, Loc.Cit., en la cual estos sostenían como según precedentes jurisprudenciales, los acusados alemanes en el caso, debían poder ejercer el recurso de habeas corpus, dado que el conflicto armado había cesado, y los detenidos se encontraban bajo custodia norteamericana, aunque no se encontraran en suelo americano.

³⁰*King v. Schiever*, 2Burr. 765, 97 Eng. Rep. 551 (K.G. 1759).

³¹*Ibid.*

³²*Rasul et Al. v. Bush*, Loc. Cit.

³³LOCKE, Jhon, "Segundo ensayo sobre el gobierno civil, Capítulo XVIII, sección 199", en *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1997, pg.350.

³⁴Vid. Public Law 107-46 *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2000*, 1 de 26 de octubre de 2001.

³⁵Vid. *Zadvydas v. Davis et Al.*, 533 U.S. 678, Docket Numb

er: 99-7791, de 28 junio de 2001.

