



María Sofía Sagüés (Argentina)\*

## Luces y sombras en los juicios al terror. El peregrinaje de la Suprema Corte de los Estados Unidos hacia el reconocimiento de la tutela judicial\*\*

### RESUMEN

Tras los atentados acaecidos en los Estados Unidos de América el 11 de septiembre de 2001, el Poder Ejecutivo y el Congreso adoptaron una serie progresiva de medidas, entre las que se destaca la calificación de individuos como *enemigos combatientes*, y el dictado de leyes que establecen comisiones militares para el juzgamiento de las pretensiones deducidas por ellos con miras al control de su detención. Tanto los tribunales como la sociedad se mostraron escindidos frente a una situación en la que habrían entrado en conflicto valores fundamentales como el respeto a las libertades individuales y la seguridad nacional. Con la comunidad internacional atenta, la respuesta aportada por la Suprema Corte en diversos hábeas corpus intentados por los detenidos presentaba una tutela fragmentada y parcelada, gestada en apretadas mayorías. El reciente pronunciamiento dictado en la causa *Boumediene et al.* implicó el triunfo del debido proceso, mediante el reconocimiento del derecho a una revisión amplia de su categorización como *enemigo combatiente*.

**Palabras clave:** protección de los derechos fundamentales, debido proceso legal, recurso de hábeas corpus, control de constitucionalidad, aplicación de la ley, jurisprudencia comentada, terrorismo internacional, Suprema Corte de Estados Unidos, prisión de Guantánamo, Estados Unidos.

### ZUSAMMENFASSUNG

Nach den Attentaten in den Vereinigten Staaten von Amerika vom 11. September 2001 haben die Regierung und der Kongress nacheinander mehrere Massnahmen ergriffen, zu denen insbesondere die Einstufung von Personen als *feindliche Kämpfer* und die Verabschiedung von Gesetzen zur Einrichtung von Militärausschüssen zur Beurteilung der von ihnen vorgebrachten Forderungen nach Überprüfung ihrer Haft gehörten. Angesichts einer Situation, in der grundsätzliche Werte wie die Einhaltung der Grundrechte einerseits und

\* Máster en Derecho Constitucional, Georgetown University (Washington DC). Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. <mssagues@gmail.com>

\*\* La autora expresa su agradecimiento a la Comisión Fulbright Argentina.

die nationale Sicherheit andererseits miteinander in Konflikt geraten zu sein schienen, zeigten sich die Gerichte und die Gesellschaft gespalten. Mehrere von der internationalen Gemeinschaft aufmerksam beobachtete Beschlüsse des Supreme Court zu Haftprüfungsanträgen von Gefangenen entschieden mit knapper Mehrheit für einen teilweisen, eingeschränkten Schutz. Mit der vor Kurzem ergangenen Entscheidung im Fall *Boumediene et al.* hat sich über die Anerkennung des Rechts auf eine umfassende Überprüfung ihrer Einstufung als *feindliche Kämpfer* die Position des rechtmässigen Verfahrens durchgesetzt.

**Schlagwörter:** Grundrechtsschutz, rechtmässiger Prozess, Haftprüfungsantrag, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Gesetzesanwendung, kommentierte Rechtsprechung, internationaler Terrorismus, Supreme Court der Vereinigten Staaten, Gefängnis von Guantánamo, Vereinigte Staaten von Amerika.

## ABSTRACT

After the attacks of September 11, 2001 in the United States, the Executive Power and the Congress adopted a progressive set of measures, including the label of *enemy combatant* and the enactment of laws that provide for military commissions to judge claims in order to control their detainment conditions. Courts and also the society proved to be split from the situation where there seemed to be conflicting fundamental values such as the respect for civil rights and national security. Under the attentive look of the international community, the reply of the Supreme Court to different petitions for writs of habeas corpus by the detainees showed a fragmented and divided protection, managed by tight majorities. The recent judgment in the case *Boumediene et al* implied a victory of the due process of law through the recognition of the right to a wide revision of his classification as *enemy combatant*.

**Key words:** Protection of fundamental rights, due process of law, petition for a writ of habeas corpus, constitutionality control, law enforcement, annotated jurisprudence, international terrorism, US Supreme Court, Guantanamo Bay Detention Camp, United States.

*Liberty and security can be reconciled.*<sup>1</sup>

*La Constitución de los Estados Unidos de América es ley para los legisladores y la gente, igual en Guerra y paz, y cubre con la manta de su protección toda clase de hombres, en todos los tiempos, y bajo todas las circunstancias.*<sup>2</sup>

## 1. Escenario del conflicto

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 no solo impactaron de lleno en la sociedad estadounidense, sino que pusieron en jaque la reacción del ordenamiento jurídico de un país que ha gestado su tradición sobre la base de un protagónico y profundo desarrollo de la doctrina constitucional. Frente a una realidad impactante, y con la comunidad internacional pendiente de la situación, los operadores de EUA han adoptado medidas de diversa índole que han generado reacciones dispares dentro de sus fronteras y en distintos sectores del globo.

La primera de las respuestas tuvo su génesis en una resolución del Congreso, aprobada una semana después de los ataques al World Trade Center, que autorizó al presidente a “usar toda la fuerza necesaria y apropiada” contra cualquier persona que, a su entender, se encontrara envuelta en esfuerzos para conducir futuros actos de terrorismo contra Estados Unidos (AUMF).<sup>3</sup> Asimismo, la USA Patriot Act,<sup>4</sup> con base en el uso de poderes de emergencia durante “circunstancias extraordinarias”, ha sido imputada de “hacer vulnerable la libertad civil más básica de todas: el derecho a la revisión judicial de la autoridad ejecutiva”.<sup>5</sup> Similares cuestionamientos recibió la Military Order 66 F.R. 57833,<sup>6</sup> en virtud de la cual se estableció que los tribunales militares tendrían jurisdicción exclusiva respecto a los sospechosos de terroristas.

En este marco, el Poder Ejecutivo hizo uso de decretos que adjudicaban la categoría de *enemigo combatiente* a diversas personas. La multivocidad del término planteó serios conflictos en torno a su significado. El Departamento de Defensa lo ha definido como aquel “individuo que ha sido parte de o ha apoyado fuerzas talibanes o de Al-Qaeda, o fuerzas asociadas que se encuentran vinculadas con acciones hostiles contra los Estados Unidos o sus aliados. Esto incluye a cualquier persona que haya cometido un acto beligerante o haya apoyado directamente hostilidades en ayuda de las

<sup>1</sup> “La libertad y la seguridad pueden ser reconciliadas”, USSC, “Boumediene et al. vs. Bush”, 128, S. Ct. 2229 (2008).

<sup>2</sup> USSC, *ex parte Milligan*, 71 U. S. (4 Wall.) 2 (1866).

<sup>3</sup> Autorización para el uso de fuerza militar en escenarios extranjeros (AUFM).

<sup>4</sup> H. R. 3162, “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools required to intercept and obstruct terrorism” (USA Patriot) Act of 2001, Pub. L. n.º 107 § 10756, 2001.

<sup>5</sup> Melissa K. Mathews: “Current Public Law and Policy Issues: Restoring The Imperial Presidency: An Examination Of President Bush’s New Emergency Powers”, en *Hamline Journal of Public Law and Policy*, n.º 455, 2002, p. 464

<sup>6</sup> 13 de noviembre del 2001.

fuerzas armadas enemigas”<sup>7</sup> Sostuvo el gobierno que tal categorización podría implicar excluirlos de la consideración de tradicionales prisioneros de guerra —por lo que no se aplicaría el respectivo derecho humanitario— y de la de criminales ordinarios —con la consiguiente exclusión del pleno goce de sus derechos civiles y libertades fundamentales consagrados por la Constitución.<sup>8</sup>

Esta posición fue controvertida; ante la judicatura se planteó el derecho de acceso a la justicia de los *enemigos combatientes*, así como la potestad del Poder Ejecutivo de calificar a un sujeto en tales términos. La constitucionalidad de estos aspectos, junto con el dictado de detenciones indefinidas, incomunicaciones y negaciones del acceso a asistencia letrada, fue cuestionada ante los tribunales, dentro de los denominados *casos pos-9/11*.<sup>9</sup> Posteriores decisiones legislativas ahondaron aún más el conflicto.

El tema ha convocado notoriamente a la opinión pública e implica un conflicto de intereses para el pueblo norteamericano. Los casos han puesto en crisis dos temas nucleares: el balance entre los derechos civiles y libertades fundamentales y la necesidad de protección de la seguridad nacional, por una parte, y el accionar de las ramas de gobierno ante situaciones de emergencia, por otra.

Se ha generado un enfrentamiento entre quienes procuran la defensa de la seguridad a ultranza y aquellos quienes postulan su mantenimiento dentro del marco de respeto de los derechos fundamentales.<sup>10</sup> En esta línea, por ejemplo, la American Bar Association<sup>11</sup> desde febrero del 2003 ha adoptado la política de urgir que aquellos ciudadanos estadounidenses y residentes detenidos como *combatiente enemigo* reciban el reconocimiento de determinados derechos procesales, incluidos la oportunidad de completa revisión judicial de su categorización y el derecho de acceso a un abogado.<sup>12</sup> Mientras determinados doctrinarios postulan que el presidente debe tratar a los terroristas como *criminales normales*, basándose únicamente en cortes civiles para penalizarlos, otros consideran que, al estar el país en guerra, un campo de batalla no es lugar para la aplicación de los derechos Miranda.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Ronald Dworkin: “Why it Was a Great Victory”, en *The New York Review of Books*, vol. 55, n.º 13, 14 de agosto del 2008.

<sup>8</sup> Warren Richey: “Detainee cases hit court”, en *The Christian Science Monitor*, 23 de enero del 2004. Véase asimismo Anne Gearan: “Supreme Court Mulls Enemy Combatant Case”, Associated Press, 4 de febrero del 2004; Dworkin: o. cit.

<sup>9</sup> Véase John Mintz: “Both sides say Tribunals will be fair Trials”, en *Washington Post*, Washington DC, 23 de mayo del 2003, p. A 03.

<sup>10</sup> “No exceptions Rights”, *Washington Post*, Washington DC, 5 de junio del 2003, p. A 32. Richard Delgado realiza un muy interesante análisis de las diversas reacciones sociales adoptadas en torno a la lucha contra el terrorismo en su obra *Justice at War, Civil Liberties and Civil Rights during times of Crisis*, Nueva York: New York University Press, 2003, capítulo 4.

<sup>11</sup> Asociación de Abogados de Estados Unidos.

<sup>12</sup> La ABA también había requerido que tribunales militares fueran autorizados a llevar adelante juicios sobre sospechosos de terrorismo solamente en delimitadas circunstancias, y que dichos procedimientos para juicios de primera y segunda instancia fueran gobernados generalmente por el Código Uniforme de Justicia Militar. Finalmente, se opuso a la incomunicación de detenidos extranjeros por el servicio de inmigración y naturalización del Departamento de Seguridad Nacional. Rhonda McMilion: “ABA Leaders Zero in on a Dozen Key Issues for Advocacy Efforts in Congress”, en *ABAJ*, n.º 68 (traducción de la autora).

<sup>13</sup> Richey: o. cit.

Por otra parte, estos hechos también han despertado el replanteamiento del sistema de frenos y contrapesos. El gobierno sostiene que el diagrama constitucional no se ha visto alterado, ya que, a través de la resolución ya citada, el presidente está autorizado por el Congreso para el uso de facultades extraordinarias. Sin embargo, la interpretación de dicha autorización genera divergencias, como se analizará más adelante.

Asimismo, en los *juicios al terror* subyace la problemática del poder de las cortes para controlar al Ejecutivo en la toma de decisiones en estas circunstancias excepcionales.<sup>14</sup> Entre las posiciones críticas, puede citarse a Olson, quien ha sostenido que “el presidente está más capacitado que las Cortes de Apelaciones para decidir cómo es mejor manejarse frente a Padilla [...] Los jueces tienen poco o ningún basamento en el delicado negocio del servicio de inteligencia”.<sup>15</sup> A ello se suma cierta orfandad de precedentes, ya que los anteriores pronunciamientos de la Corte respecto a la seguridad nacional refirieron a la guerra en un sentido tradicional, de “conflicto armado en una guerra declarada entre naciones”, frente a lo cual la doctrina cuestiona si se podrían aplicar de manera automática a un conflicto no convencional y de final abierto contra terroristas.<sup>16</sup>

En un primer período, la Corte se pronunció en tres casos englobados en la categoría de *enemy combatant Cases: Rasul, et al. v. Bush*,<sup>17</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*,<sup>18</sup> y *Rumsfeld v. Padilla*.<sup>19</sup> Posteriormente, se pronunció en un nuevo hábeas corpus introducido por Padilla.<sup>20</sup> Finalmente, en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>21</sup> abrió su espectro a la aplicación de la Convención de Ginebra.

Si bien deben resaltarse algunos aspectos positivos de los pronunciamientos, la jurisprudencia aportaba una respuesta gris a una temática exigente. El último de los precedentes dictados, *Boumediene et al v. Bush*,<sup>22</sup> implicó un compromiso del tribunal cimero a la tutela judicial efectiva, y una respuesta amplia en torno al control de constitucionalidad. El peregrinaje de la Suprema Corte hacia este pronunciamiento había conllevado siete años de jurisprudencia zigzagueante y escalonada frente a relevantes violaciones a derechos fundamentales de los detenidos.

---

<sup>14</sup> Véase William G. Hyland Jr.: “Law v. National Security: When Lawyers make terrorism policy”, *Rich. J. Global L. & Bus.*, vol. 7, n.º 247.

<sup>15</sup> Richey: o. cit.

<sup>16</sup> Scott Silliman, citado por Richey: o. cit.

<sup>17</sup> 124, S. Ct. 2686 (2004).

<sup>18</sup> 124, S. Ct. 2633 (2004).

<sup>19</sup> 124, S. Ct. 2711 (2004).

<sup>20</sup> *Padilla v. Hanft*, n.º 05-533.

<sup>21</sup> Argued March 28, 2006 - Decided June 29, n.º 05-184. 2006.

<sup>22</sup> Decidido el 12 de junio de 2008, 128, S. Ct. 2229 (2008).

## 2. Lineamientos en torno al control de los poderes de guerra o de emergencia de la rama ejecutiva por la judicatura en los EUA

### 2.1. Aspectos normativos de la regulación de poderes de emergencia

A pesar de que la amplia mayoría de los documentos constitucionales contienen regulaciones de estados de emergencia en general o en particular,<sup>23</sup> la Constitución de los EUA no anticipa ninguna norma que pueda ser considerada una provisión específica del instituto de estado de emergencia genérico.<sup>24</sup>

Tres disposiciones del artículo II, § 2, de la Ley Suprema son utilizadas para dar base a la expansión del campo de acción de la rama ejecutiva en situaciones de esta índole: “el Poder Ejecutivo será investido en un presidente”; “él tendrá a su cargo el que las leyes sean fielmente ejecutadas”, y él “será el comandante en jefe de la Armada y la Marina de los Estados Unidos de América”.<sup>25</sup>

Por otra parte, la facultad del Poder Legislativo deriva de su capacidad de declarar la guerra, suspender el hábeas corpus, establecer o mantener una armada y una marina y proveer el llamado de la milicia.<sup>26</sup> El Congreso, asimismo, puede autorizar los poderes presidenciales mediante la implementación de previsiones estatutarias.<sup>27</sup>

El punto clave en la comprensión del texto constitucional estadounidense se encuentra en la delimitación del campo de acción de ambas ramas políticas de gobierno. Así, se ha sostenido:

La participación del Congreso es necesaria tanto en la declaración de la emergencia como en el diseño de las medidas destinadas a restablecer el orden. En primer lugar, ciertos poderes de emergencia, tales como la declaración de guerra y la suspensión del hábeas corpus son exclusivamente del dominio del Congreso. En segundo lugar, el poder general de tomar acciones para proteger el gobierno de ataques externos e internos es dividido entre el presidente y el Congreso, dejando incierto el poder del presidente cuando actúa solo.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Venkat Iyer: “States of Emergency - Moderating their Effects on Human Rights”, en *Dalhousie L.J.*, vol. 22, n.º 125.

<sup>24</sup> La más cercana referencia es la autorización al Congreso de suspender el *writ of habeas corpus* durante la guerra (Constitución de los EUA, artículo III.3). Véase Cass R. Sustein: “An Eighteenth Century Presidency in a twenty-first Century World”, *Ark. L. Rev.*, vol. 48, n.º 13, 1995. La metodología legislativa adoptada es criticada no solo por la falta de una reglamentación general del uso de los poderes de emergencia, sino también por la vaguedad en determinar la naturaleza y el campo de acción del Poder Ejecutivo en asuntos externos. Alan I. Bigel: “The Supreme Court on Emergency Powers, Foreign Affairs and Protection of Civil Liberties 1935-1975”, Lanham (Maryland): University Press of America, 1986.

<sup>25</sup> “[...] the executive power shall be vested in a President [...]”; “[...] he shall take care that the Laws be faithfully executed”; and he “[...] shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States” (Constitución de los EUA, artículo II, § 2). Véase Mathews: o. cit., p. 23.

<sup>26</sup> Véase Harvard Law Review Association: “Developments in the Law. The National Security Interest and Civil Liberties. The exercise of Emergency Powers”, en *Harvard Law Review*, 1972, p. 1284.

<sup>27</sup> 10 U. S. C. § § 331-33.

<sup>28</sup> Harvard Law Review Association: o. cit., pp. 1288-1289.

En este marco, la doctrina tradicional parte de considerar que solo debe aplicarse un control de índole política por el Congreso al uso de poderes de emergencia por el Ejecutivo, a través de la autorización para su ejercicio, y, finalmente, la posibilidad del juicio político al presidente.<sup>29</sup> No se admite ningún otro tipo de control. Hamilton, por ejemplo, consideraba que “el poder de autodefensa debe existir sin limitación, porque es imposible forzar o definir la extensión o variedad de exigencias nacionales; los límites constitucionales no pueden ser impuestos de manera sabia al poder que tiene a su cargo ese cuidado”.<sup>30</sup> James Madison, en una posición menos extrema, sostuvo: “es vano oponer barreras constitucionales al impulso de autopreservación”.<sup>31</sup>

En una posición contraria, se ha procurado defender el control de constitucionalidad ejercido por las cortes en torno al accionar de las restantes ramas de gobierno, partiendo de la idea práctica de que

[...] la Legislatura, así como el Ejecutivo, están sometidos a presiones populares de sobre-reaccionar ante una crisis. Es más, dado que las consecuencias políticas adversas de una respuesta que falla en aplacar el desorden pronta y efectivamente serán mayores que aquellas resultantes de un abusivo ejercicio de poderes de emergencia, las dos ramas políticas de gobierno aparecen como más tendientes a cometer errores en virtud de abusos. Para resolver este problema aparece como necesaria la futura salvaguarda de la revisión judicial.<sup>32</sup>

Dentro de esta línea de análisis, William H. Rehnquist<sup>33</sup> ha sostenido:

No es deseable que en tiempos de guerra las libertades fundamentales ocupen una posición tan favorecida como la que ocupan en tiempos de paz. Pero sí es deseable que las Cortes pongan mayor atención en el análisis de los argumentos del Estado sobre la necesidad de restringir las libertades individuales. Las leyes no deben ser silenciosas en épocas de guerra, aunque deben hablar con una voz diferente.<sup>34</sup>

## 2.2. Directrices de la jurisprudencia previa de la Suprema Corte de los EUA en el control de la constitucionalidad de los poderes de emergencia

La jurisprudencia de la Suprema Corte en torno a la revisión judicial del ejercicio de los poderes de guerra y poderes de emergencia no resulta uniforme. Liminarmente, puede señalarse que se ha enfocado en dos aspectos: control formal-institucional y control de la eficiencia de la medida. Solo en casos aislados se admite un control de legalidad del contenido sustancial, basado en diversos parámetros.

<sup>29</sup> Mathews: o. cit., p. 464.

<sup>30</sup> Alexander Hamilton: *The Federalist*, n.º 23, citado por Mathews: o. cit. p. 461.

<sup>31</sup> James Madison: *The Federalist*, n.º 41. Dentro de esta línea de análisis puede encontrarse a Thomas Jefferson: “Letter from Thomas Jefferson to J. B. Colvin” (20 de septiembre de 1810), en *The Life and Selected Writings of Tomas Jefferson* (Adrienne Koch & Wiliam Peden, eds.), 1944, pp. 606-607.

<sup>32</sup> Harvard Law Review Association: o. cit., p. 1294.

<sup>33</sup> Ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

<sup>34</sup> William H. Rehnquist: “All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime”, 1998, pp. 224-225.

### 2.2.1. Control formal-institucional

La posición clásica encuentra un caso paradigmático en *Youngtown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*.<sup>35</sup> En primer lugar se señala que el poder del presidente de emitir una orden debe derivar de un acto del Congreso o de la Constitución misma. Dado que en la mencionada causa no existió autorización del Congreso, el tribunal analizó también si la orden podía derivar del ejercicio de poderes de emergencia. La Suprema Corte rechazó este argumento aplicando la *teoría del poder actual*;<sup>36</sup> explicó que el poder de legislar emergencias pertenece al Congreso y no es posible afirmar su posesión por la rama ejecutiva sin estatuto.<sup>37</sup>

Mediante la referencia a un criterio más flexible, en *Dames & More v. Regan*,<sup>38</sup> el tribunal sostuvo que el presidente se puede considerar legitimado para disponer acciones en ejercicio de los poderes de emergencia, incluso sin autorización específica del Congreso si el interés puede derivarse del carácter de la legislación que el Congreso ha dictado en dicha área. Respecto a estas circunstancias, la Suprema Corte ha sostenido que una práctica largamente continuada, considerada por el Congreso como debida, puede llevar a presumir que la acción ha sido tomada con su consentimiento.<sup>39</sup>

### 2.2.2. Estándares de revisión judicial de las medidas de emergencia adoptadas por las ramas políticas del gobierno

Si bien en algunos casos aislados la Suprema Corte ha requerido una revisión normal<sup>40</sup> sobre el accionar de las ramas de gobierno en épocas de emergencia, o bien la proporcionalidad de las medidas dictadas, en líneas generales se puede remarcar que el tribunal ha evolucionado, pasando por diversos parámetros de control. En primer lugar, su jurisprudencia partió de considerar que el Ejecutivo tenía discrecionalidad en la elección de las medidas de emergencia, y no reconocía intervención del tribunal en el control de estas si el primero había actuado de buena fe.<sup>41</sup> Posteriormente requirió la

<sup>35</sup> *Youngtown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579 (1952). Una orden del presidente dirigida al secretario de Comercio en torno a tomar posesión y operar la mayoría de las minas de hierro nacionales basada en la amenaza de una huelga fue invalidada por la Suprema Corte.

<sup>36</sup> *Current power theory*.

<sup>37</sup> 343 U. S. 579 (1952).

<sup>38</sup> *Dames & More v. Regan*. 453 U. S. 654 (1981).

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> El tribunal revisa acciones de emergencia tomadas por el presidente Lincoln durante la guerra civil, con el criterio extremo de que "la acción gubernamental en emergencias está sujeta a las mismas limitaciones como si fueran acciones tomadas en tiempos normales". Véase *ex parte Milligan*, 71 U. S. (4 Wall.). 2 (1866), p. 126. Véase, asimismo, el análisis propuesto por Martin S. Sheffer: *The judicial development of presidential war powers*, Connecticut: Praeger, 1999, p. 29.

<sup>41</sup> *Moyer v. Peabody*, 212 U. S. 78 (1909), donde la Suprema Corte ha confrontado la necesidad de revisar las acciones tomadas por un gobernador estatal en torno a la declaración de ley marcial durante una violenta disputa laboral. Véase también *United States-ex re. Seymour v. Fischer*, 280 F. 208 (D. Neb. 1922); *United States ex rel. McMaster v. Wolters*, 268 F 69 (S.D. Tex. 1920); *Hatfield v. Graham*, 73, W. Va. 759, 81, S.E. 533 (1914). Véase, asimismo, Sheffer: o. cit., pp. 39-41.

relación directa entre la medida dictada y el fin de restablecer el orden, exigiendo que aquella fuera eficaz. En *Sterling v. Constantin*<sup>42</sup> el tribunal hizo una distinción entre el carácter conclusivo de la declaración de emergencia realizada por el Poder Ejecutivo y su elección de las medidas, para posteriormente subordinar a esto último al test de la *relación directa*.<sup>43</sup> El mismo criterio ha usado en los casos *Korematsu v. U. S.*<sup>44</sup> y *Hirabayashi v. U. S.*,<sup>45</sup> referentes a la constitucionalidad de las medidas de emergencia tomadas por el gobierno federal en época de guerra.<sup>46</sup>

En *National League of Cities v. Usery*,<sup>47</sup> la Suprema Corte realizó una interpretación expansiva de los poderes del Congreso y el presidente con miras a combatir una emergencia nacional.<sup>48</sup> Sin embargo, al referir a su decisión en *Fry v. United States*,<sup>49</sup> la Suprema Corte pareció adoptar un criterio convalidante del carácter efectivo de las

---

<sup>42</sup> Referente a la revisión de una ley marcial implementada por el gobernador de Texas con el propósito de que la milicia impusiera un límite de producción respecto al cual una corte estatal había limitado a la comisión reguladora estatal, el reclamo de emergencia se basó en un alegado pero no sostenido miedo a un levantamiento popular. *Sterling v. Constantin*, 287 U. S. 378 (1932).

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 1296.

<sup>44</sup> *Korematsu v. U. S.*, 323, U. S. 214, 223-23 (1944).

<sup>45</sup> *Hirabayashi v. U. S.*, 320 U. S. 81, 95 (1943).

<sup>46</sup> En ambos casos el tribunal realizó un análisis independiente, si bien restringido, sobre si fueron razonables las bases de hecho para concluir que las medidas habían sido necesarias para alcanzar los particulares peligros creados por la situación de emergencia. La reacción del gobierno estadounidense al ataque japonés a Pearl Harbor fue paradigmática: dos meses después de entrar Estados Unidos en la segunda guerra mundial, el Poder Ejecutivo facultó a las autoridades militares a crear zonas donde recluir a personas, cuyo derecho a permanecer o retirarse se encontraba sujeto a discrecionalidad de la autoridad militar. El Congreso dictó legislación que convertía en delito el violar órdenes emanadas de comandantes militares en el ejercicio de sus facultades, los cuales dispusieron que las personas de ascendencia japonesa (ciudadanos estadounidenses o no) debían abandonar sus viviendas en la costa oeste y reportarse en centros de asamblea, para posteriormente ser ubicadas en centros de relocalización. Ahora bien, debe aclararse que los casos citados no pasaron a la historia como decisiones "elogiables" del tribunal. Al contrario, más allá del hecho de que la Suprema Corte expresamente ponderara la "necesidad" de las medidas, estos casos recibieron críticas de los autores que consideraron que el tribunal había actuado con débil condescendencia en la evaluación de las acciones. Sheffer: o. cit. pp. 94/95 y 11/101.

<sup>47</sup> *National League of Cities v. Usery, Secretary of Labor*, 426 U. S. 833 (1976)

<sup>48</sup> Resuelve que "los límites impuestos bajo el poder de comercio cuando el Congreso busca aplicarlo a los estados no son tan inflexibles de prohibir limitaciones temporarias tendientes a combatir una emergencia nacional". *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Fry v. United States*, 421 U. S. 542 (1975)

medidas dictadas.<sup>50</sup> Otros ejemplos son los casos *Dames & Moore v. Regan*<sup>51</sup> y *Regan v. Wald*.<sup>52</sup>

Finalmente, en la actualidad se va vislumbrando cómo la Suprema Corte ha ponderado, excepcionalmente, si existían o no medidas alternativas que resultaran menos perjudiciales para los derechos civiles y libertades fundamentales. Para explicar las razones que justifican esta opción se sostiene:

[...] requerir nada más que razonable o directa relación entre las medidas tomadas y el fin de restituir el orden es inadecuado. Para prevenir el abuso de los poderes de emergencia, las cortes deben revisar tanto si la emergencia existe, como, aún más importante, si las medidas tomadas fueron necesarias para restaurar el orden. El mejor estándar a adoptar sería un estricto estándar de necesidad que requiera que no existan para el gobierno otros medios alternativos que podrían haber sido efectivos como las medidas aplicadas, pero menos lesivos de las libertades individuales,<sup>53</sup> lo cual, asimismo, resultaría acorde a los principios consagrados por el orden internacional de los Derechos Humanos, en el ejercicio del control de constitucionalidad de los poderes de emergencia.<sup>54</sup>

En algunos casos el tribunal ha examinado la existencia de medidas alternativas; por ejemplo, en *Korematsu v. U. S.*<sup>55</sup> y *Hirabayashi v. U. S.*,<sup>56</sup> si bien, como se ha mencionado,

<sup>50</sup> *National League of Cities v. Usery, Secretary of Labor*, 426 U. S. 833 (1976), p. 853.

<sup>51</sup> La Suprema Corte realizó un análisis de las medidas tomadas por el presidente al suspender todas aquellas demandas y quejas de ciudadanos norteamericanos pendientes contra el gobierno de Irán, y la conveniencia de estas para restaurar el orden, considerándolas necesarias. *Dames & Moore v. Regan*, 453 U. S. 654 (1981). La Suprema Corte sostuvo: “el arreglo de las demandas ha sido considerado necesario para la resolución de una disputa relevante de política exterior entre este país y otro, y el Congreso ha consentido la acción presidencial”. En su análisis, la Suprema Corte abrió su ámbito de revisión de los poderes de emergencia y sostuvo que con esa metodología no estaba invadiendo poderes de otras ramas de gobierno. La solución con miras a no invadir otra rama fue concentrarse en el argumento de que su análisis estaba restringido y enfocado a la concreta controversia bajo su jurisdicción. Debe recalarse que en el presente caso no se analiza si hubo declaración de emergencia en sí, porque los peticionantes no cuestionaron la declaración formulada por Carter.

<sup>52</sup> *Regan v. Wald*, 468 U. S. 222 (1984). La mayoría de la Suprema Corte, en primer lugar, sostuvo que el presidente tiene autoridad para agregar una regulación restringiendo el ámbito de posibles transacciones relacionadas con viajes permisibles con Cuba y nacionales de Cuba. Incluso manteniendo su anterior criterio de que la eliminación de la emergencia no es algo que pueda ser revisado por la Corte, el tribunal hizo un análisis de dichas circunstancias en el que calificó como “no normales” las relaciones entre los Estados Unidos y Cuba. Como consecuencia, concluyó refiriendo a la efectiva existencia de la emergencia y el análisis de la eficacia y eficiencia de las medidas implementadas.

<sup>53</sup> Harvard Law Review Association: o. cit., p. 1297.

<sup>54</sup> Véase CIDH: *Reporte Anual*, 1974, OEA/Serv. L/V/II, 34, doc. 31, rev. 1, 1975, en <http://www.cidh.org/annualrep/74sp/indice.htm>; Corte IDH, caso *Walter Humberto Vázquez Vejarano*, Perú, 13 de abril del 2000, en <http://cidh.org/annualrep/99eng/merits/peru11.166.htm>, y Daniel Zovatto G.: *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, San José (Costa Rica): IIDH, 1999, p. 37, entre otros.

<sup>55</sup> *Korematsu v. U. S.*, 323, U. S. 214, 1944, p. 223.

<sup>56</sup> La Suprema Corte señaló que no se podía dejar de tener en cuenta el argumento de las autoridades militares de que era imposible realizar de manera inmediata una segregación de las

muchos autores critican estas decisiones puesto que entienden que la Corte actuó con demasiada condescendencia.<sup>57</sup> En *Powers Mercantile Co. v. Olson*<sup>58</sup> el tribunal convalidó unas restricciones a la propiedad sobre la base de que se habían intentado otras medidas que fallaron en restaurar el orden. En *Willson & Co. v. Freeman*<sup>59</sup> y *Strutwear Knitting Co. v. Olson*<sup>60</sup> consideró que el gobernador podría haber dispuesto medidas alternativas que no significaran una negación a los empleadores del derecho de su propiedad y que no implicaran una capitulación frente a las violentas tácticas de los trabajadores.<sup>61</sup>

La necesidad de la *proporcionalidad de las medidas* tomadas en circunstancias particulares fue requerida por la Suprema Corte de 1849 en *Luther v. Borden*,<sup>62</sup> cuando, después de señalar que la declaración y evaluación de las circunstancias de emergencia es trabajo de las ramas políticas del gobierno, no susceptible de controlarse por la judicatura, sostuvo que “no puede usarse más fuerza que la necesaria bajo las circunstancias”.<sup>63</sup>

En síntesis, la tendencia mostraba una Suprema Corte interesada en respetar la división de poderes, pero que también analizaba mínimamente la necesidad de la medida tomada durante períodos de emergencia. El requerir la existencia de una relación entre la acción ejecutada y la restauración del orden contribuye también a limitar el ejercicio de los poderes de emergencia, pero solo bajo un análisis práctico de efectividad. El análisis de la existencia de una medida menos restrictiva solo se ha utilizado excepcionalmente.

### 3. Los juicios al terror de la USSC en el período 2003-2004

#### 3.1. Rasul v. Bush:<sup>64</sup> Guantánamo ante la Corte

##### 3.1.1. Planteamiento de la causa

El gobierno de los Estados Unidos mantuvo a cerca de 600 extranjeros, capturados durante la campaña en Afganistán contra Al Qaeda y el régimen talibán, reclusos sin expresión de cargos ni acceso a asistencia letrada en una prisión militar especialmente construida en la base naval de la bahía de Guantánamo, Cuba. Estados Unidos ocupa dicha base desde 1903, en virtud de un contrato de arrendamiento con Cuba según

personas de ascendencia japonesa leales o desleales. *Hirabayashi v. U. S.*, 320 U. S. 81, (1943) p. 95.

<sup>57</sup> Véase Joel D. Joseph: *Black Mondays. Worst Decisions of the Supreme Court*, Bethesda (Maryland): National Press, 1991, pp. 163 ss.

<sup>58</sup> *Powers Mercantile Co. v. Olson*, 7 F. Supp. 865, 868-68 (D. Minn. 1934), véase Harvard Law Review Association: o. cit., p. 1297/99.

<sup>59</sup> *Willson & Co. v. Freeman*, 179 F. Supp. 520, 527 (D. Minn. 1959), véase Harvard Law Review Association: o. cit., p. 1297/99.

<sup>60</sup> 13 F. Supp. 384, 391-92 (D. Minn. 1936).

<sup>61</sup> Harvard Law Review Association: o. cit. nota 59.

<sup>62</sup> *Luther v. Borden*, 48 U. S. (7 How.) 1 (1849).

<sup>63</sup> *Ibidem*, n.ºs 45-46. Véase Sheffer: o. cit., pp. 5-8. Asimismo, la relación de las medidas y la emergencia y si esta última es considerada de suficiente magnitud para dar base a aquellas fue analizada por el *justice* Rehnquist en su disidencia en *Fry v. United States* 421 U. S. 542 (1975).

<sup>64</sup> 124 S. Ct. 2686 (2004).

el cual este país retiene “total soberanía”<sup>65</sup> sobre las áreas alquiladas, mientras que Estados Unidos ejerce completa jurisdicción y control.<sup>66</sup>

Varias peticiones de hábeas corpus se presentaron ante diversas cortes por familiares de dos ciudadanos australianos y doce kuwaitíes detenidos en Guantánamo, básicamente con miras al respeto del derecho al debido proceso. La posición del gobierno, tras considerar a los detenidos como *enemigos combatientes*, sostenía que, dado que la prisión se encuentra localizada fuera de los límites geográficos de la nación, las cortes de Estados Unidos no tienen jurisdicción para tramitar las denuncias. El precedente al que remitía era *Jhonson v. Eisentrager*,<sup>67</sup> relativo a 21 ciudadanos alemanes capturados en China que fueron llevados bajo custodia y condenados por una comisión militar de Estados Unidos por violación de las leyes de guerra, debido a que habían continuado en actividad militar en Japón —mientras este país aún se encontraba en guerra, pero tras la rendición de Alemania—. Fueron repatriados a Alemania para que cumplieran sus sentencias en una prisión cuyo custodio fue un oficial de la Armada estadounidense. Los prisioneros intentaron una acción de hábeas corpus, pero la Suprema Corte de Estados Unidos sostuvo que no correspondía a una corte federal escuchar la petición.

En *Rasul*, la Corte Federal de Apelaciones del distrito de Columbia, citando dicho fallo, afirmó que carecía de jurisdicción y sentenció que no había corte en la nación que pudiera escuchar las peticiones introducidas por los detenidos. Sin embargo, la Suprema Corte, en una decisión de 6-3, revocó la sentencia y sostuvo que una corte federal debe escuchar la petición de hábeas corpus de aquellos detenidos en Guantánamo.

La cuestión en análisis consistía en si el derecho del acceso a la justicia se extiende a extranjeros detenidos en la base naval de Guantánamo (Cuba). El *justice* John Paul Stevens, quien redactó la opinión mayoritaria, sostuvo que el estatuto de hábeas corpus<sup>68</sup> confiere un derecho a revisión judicial a todos los extranjeros detenidos por disposición del Poder Ejecutivo en un territorio sobre el cual los Estados Unidos ejercen plena y exclusiva jurisdicción, más allá de que no posean soberanía.<sup>69</sup> Para ello realizó un análisis escalonado en tres puntos:

### 3.1.2. *Inaplicación a la presente causa del precedente Johnson v. Eisentrager*<sup>70</sup>

En primer lugar, tras recalcar el valor histórico de la institución del hábeas corpus, indicó que el precedente de *Johnson v. Eisentrager*<sup>71</sup> no regía sobre el presente. Si bien

<sup>65</sup> *Ultimate sovereignty*.

<sup>66</sup> 124 S. Ct. 2690-91. En 1934 las partes firmaron un acuerdo en el cual se estableció que el contrato permanecerá vigente mientras Estados Unidos continúe explotando la base.

<sup>67</sup> 124, S. Ct. 763 (1950).

<sup>68</sup> 28 U. S. C. 2241 (a), (c) (3) (2000).

<sup>69</sup> 124 S. Ct., p. 2692 (2004).

<sup>70</sup> 124, S. Ct. 763 (1950).

<sup>71</sup> *Ibidem*.

ambos casos tienen en común que se trataba de ciudadanos extranjeros no vinculados a Estados Unidos, presentan distinciones. Los detenidos en *Eisentrager* eran nacionales de un país en guerra con Estados Unidos, aspecto que no se daba en los detenidos en *Rasul*, quienes además negaron haber incurrido en actos de agresión contra dicho país. En el precedente habían sido condenados por un tribunal militar, mientras que los detenidos en Guantánamo no habían recibido ningún tipo de juicio o debido proceso. Finalmente, Guantánamo se encuentra, funcionalmente, bajo el control y la jurisdicción del gobierno de los Estados Unidos, el cual posee “pleno y exclusivo control” sobre el lugar, aunque no tenga “total soberanía”.<sup>72</sup>

Tangencialmente el *justice* Stevens explicó que el análisis se realiza en el plano legislativo, puesto que el texto constitucional no amplía el campo de aplicación del hábeas corpus.

### 3.1.3. *Inexistencia de límites estatutarios al acceso a las cortes*

Seguidamente el razonamiento pasó a centrarse en si, conforme el *stare decisis*, existía alguna limitación estatutaria —es decir, legal— que exija, para que proceda el hábeas corpus, que los detenidos se encuentren dentro de la jurisdicción territorial de la corte respectiva.

Se indicó que dos meses antes de *Eisentrager* la Corte había entendido que la frase del estatuto “within their respective jurisdiction”<sup>73</sup> debía ser interpretada como que el peticionante debía hallarse dentro del ámbito territorial donde el tribunal ejercía su jurisdicción (conexión física).<sup>74</sup> Sin embargo, más de dos décadas después, en *Braden v. 30th. Judicial Circuit Court*,<sup>75</sup> el tribunal sostuvo que la presencia física del prisionero en la jurisdicción territorial no es un requisito invariable para el ejercicio de esta. Al contrario, la Corte actúa dentro de su jurisdicción si el custodio puede ser alcanzado por el proceso.<sup>76</sup>

### 3.1.4. *Aplicación extraterritorial de la ley*

Según había sostenido la demandada, se presume que las leyes no tienen aplicación extraterritorial, salvo que el Congreso así lo disponga.<sup>77</sup> La respuesta aportada por la mayoría se basó en que ello no se aplica a aquellos individuos detenidos en la jurisdicción territorial de los Estados Unidos. Reiteró que Guantánamo se encuentra

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 2693.

<sup>73</sup> ‘Dentro de su respectiva jurisdicción’.

<sup>74</sup> *Ahrens v. Clark*, 335 U. S. 188 (1948), respecto a 120 alemanes detenidos en Ellis Island, deportados a Alemania, donde se declaró que los tribunales de Columbia carecían de jurisdicción, por no darse dicha conexión física entre los detenidos y ellos.

<sup>75</sup> 410 U. S. 484 (1973).

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 494-95, citado en *Rasul v. Bush*, p. 2695.

<sup>77</sup> 124, p. 2695.

funcionalmente bajo el control y la jurisdicción del gobierno de los Estados Unidos, el cual posee “pleno y exclusivo control”, aunque no tenga “total soberanía”.<sup>78</sup>

Así, dado que el estatuto no diferencia entre ciudadanos y extranjeros, y dado que las Cortes tienen jurisdicción sobre los ciudadanos en tales condiciones, también la tiene sobre los extranjeros.<sup>79</sup> Finalmente se aclaró que, como ni *Eisentrager* ni los casos subsecuentes prohíben litigar en cortes federales, las cortes también tendrían jurisdicción sobre los restantes reclamos que puedan entrar en dicha categoría, aunque no sean peticiones de hábeas corpus en sí.<sup>80</sup>

Finalmente, ciñó los límites de su pronunciamiento al sostener: “si se necesitarán nuevos procedimientos, y en qué condiciones, después de que los demandados contesten la demanda sobre los méritos de las peticiones de los actores, *son asuntos que no es preciso tratar ahora*”.<sup>81</sup> Así, a la vez que reenviaba la causa a primera instancia a fin de que se ponderaran los méritos, volcaba nuevamente en la sociedad el debate, dejando las puertas abiertas a torrenciales interrogantes que inundarían la sociedad y las cortes.

El *justice* Kennedy redactó una opinión concurrente en la cual sostuvo que el acceso a las cortes a través del hábeas corpus tiene base constitucional, en virtud del principio de separación de poderes y control recíproco, y no solo legal.<sup>82</sup> Asimismo, si bien consideró que *Eisentrager* no fue derogado por *Braden*, señaló que entre ambos casos existen diferencias que darían lugar a un pronunciamiento diverso, en especial porque Guantánamo es territorio estadounidense, lejano al lugar de las hostilidades, y los detenidos llevaban un tiempo indefinido sin acceso a un proceso.<sup>83</sup>

### 3.1.5. Voces disidentes

El *justice* Scalia planteó una fuerte y contundente disidencia en la cual señaló que *Braden*<sup>84</sup> es malinterpretado por la mayoría, ya que en ese caso había ciudadanos estadounidenses involucrados y trataba sobre diferencias de jurisdicciones territoriales entre cortes dentro de Estados Unidos, por lo que no se habría derogado a *Eisentrager*. Como no admitió la apertura estatutaria de la jurisdicción de las cortes, negó también que la Constitución admita el acceso por sí misma.

El núcleo de opinión se volcó a llamar la atención sobre los perniciosos efectos de derogar tal precedente, que llevaría a admitir la petición de manera excesivamente amplia, a todos los confines de la tierra.<sup>85</sup> No aceptó la postura de la Corte en torno a

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 2693.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 2696.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> “Whether and what further proceedings may become necessary after respondents make their response to the merits of the petitioner’s claims are matters that we need not address now”. *Ibidem* (la traducción y el resaltado corresponden a la autora).

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 2700.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> Relativo al foro de conveniencia entre las distintas cortes federales estadounidenses.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 2706.

que el test a tener en cuenta es “jurisdicción y control” y no soberanía,<sup>86</sup> dado que ello abriría el campo de acción de las cortes americanas, incluso con respecto a Afganistán, en ese momento. Finalmente, puso el acento en el peligro que la decisión acarrea al abrir la puerta de las cortes a una catarata de pleitos que, precisamente, pondrían en riesgo las potestades ejecutivas en época de guerra.<sup>87</sup>

### 3.1.6. *Evaluación*

Numerosos autores critican la interpretación aportada por Stevens al precedente *Eisentrager*.<sup>88</sup> A las críticas expresadas por el *justice* Scalia se suma que en tal antecedente no fue relevante el hecho de que hubieran recibido proceso militar o que fueran nacionales de países en guerra con EUA, sino, en concreto, que eran extranjeros, y dicho proceso fue realizado fuera de las fronteras estadounidenses.<sup>89</sup> Así, el recurso de la corte a tal argumentación y a su derogación por *Braden* parece más artificioso que certero.

Por su parte, no ha habido claridad en torno a la posibilidad de revisión judicial respecto a la calificación de *enemigos combatientes* en el caso de los no ciudadanos, lo cual debería haberse formulado, atento lo resuelto por la Corte en el caso del proceso llevado a cabo contra Hamdi, en el que sí se admitió la autoridad con respecto a ciudadanos.<sup>90</sup>

Si bien la decisión de la Corte fue sumamente restringida en el reconocimiento de los derechos, ya que solo abrió el acceso a las cortes, con base estatutaria y no constitucional, sin referir al control de la sustancia de las medidas adoptadas por el Ejecutivo, ello igualmente constituyó, allá por el año 2004, un primer paso hacia el reconocimiento de la plenitud de los derechos de los extranjeros al acceso a la justicia.

## 3.2. Hamdi v. Rumsfeld:<sup>91</sup> un ciudadano estadounidense en un juicio al terror

### 3.2.1. *Planteamiento de la causa*

Yacer Esam Hamdi es un ciudadano de los EUA, nacido en Lousiana, detenido en Afganistán —en el campo de batalla, cuando portaba un rifle de asalto—, en virtud

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 2708.

<sup>87</sup> *Ibidem*, conclusión.

<sup>88</sup> 124, S. Ct. 763 (1950).

<sup>89</sup> *Harvard Law Review*, vol. 118, n.º 396, p. 402.

<sup>90</sup> También se ha criticado que la Corte perdió la oportunidad de sostener que aquellos no ciudadanos que carecían de lazos con Estados Unidos no tenían derecho, según la Constitución, para acceder a las cortes. Ello con base en la ponderación de los antecedentes *United States v. Verdugo Urquidez*, 494 U. S. 259 (1990), y *Ludecke v. Watkins*, 335 U. S. 160 (1948). *Harvard Law Review*, vol. 118, n.º 396, p. 405.

<sup>91</sup> 124, S. Ct. 2633 (2004).

de considerársele sospechoso de colaborar como soldado con el régimen talibán. Habiendo sido considerado por el Ejecutivo como *enemigo combatiente*, fue detenido en la base naval de Guantánamo Bay, donde permaneció en carácter de incomunicado.<sup>92</sup> Posteriormente, al verificarse su ciudadanía, fue trasladado sin término a las dependencias militares de Norfolk (Virginia),<sup>93</sup> donde siguió detenido sin recibir imputación de ningún crimen.

En junio del 2002 su padre presentó una petición de hábeas corpus en la corte de distrito, alegando que la detención se había basado en hechos equivocados y no se encontraba autorizada por la ley. El tribunal admitió tratar la petición y dictó una medida cautelar ordenando que a Hamdi se le otorgara el derecho a un abogado. Finalmente, la Corte Federal de Apelaciones localizada en Richmond (Virginia) revocó tal decisión, indicando que el tribunal inferior no había tenido en cuenta los impactos que su criterio podía ocasionar en la lucha contra el terrorismo. Más tarde, nuevamente en primera instancia, se planteó un debate en torno a la prueba, por lo que fue remitida en segunda oportunidad a la alzada, la que admitió la posición del Ejecutivo en torno a la constitucionalidad de sus facultades para mantener la reclusión indefinida de los ciudadanos norteamericanos considerados *combatientes enemigos*<sup>94</sup> que se encuentren protegidos por el debido proceso.

### **3.2.2. Autoridad presidencial para mantener detenido en carácter de enemigo combatiente a un ciudadano americano apresado en un país extranjero**

En una decisión reñida, por una mayoría de 5-4, el supremo tribunal decidió a favor del gobierno. El *justice* O'Connor redactó la postura mayoritaria, seguida por los *justices* Rehnquist, Kennedy y Breyer. O'Connor, de manera cauta, aportó una definición de *enemigo combatiente* que limitó la decisión a los hechos subyacentes en la causa, declarando que solo se refiere a aquellas personas que fueron "parte o apoyo de fuerzas hostiles a Estados Unidos o sus aliados y se encontraban participando en un conflicto armado contra este país en Afganistán".<sup>95</sup>

El primer punto analizado era si había o no autorización del Congreso para efectuar tal detención, ya que la Non Detention Act<sup>96</sup> establecía: "ningún ciudadano será aprisionado o detenido de cualquier manera por los Estados Unidos excepto en virtud de una ley del Congreso".

La mayoría concluyó que la detención de Hamdi fue habilitada por un acto del Congreso: la autorización para el uso de fuerza militar en escenarios extranjeros (AUFM), dictada tras el 11 de septiembre.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Posteriormente el gobierno reconoció a Hamdi el derecho a un abogado, pero en circunstancias consideradas insuficientes por algunos. Véase Gearan: o. cit.

<sup>93</sup> Richey: o. cit.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> Cita al escrito para los demandados, p. 3, *Hamdi*, 124 S. Ct.2633 (2004) (n.º 03-6696).

<sup>96</sup> 18 USC 4001(a).

<sup>97</sup> Authorization for Use of Military Force, Pub. L. n.º 107-40,115 Stat. 224 (2001). El recurrir a una detención es considerado como uso "necesario y apropiado de la fuerza", conforme a las reglas

Fundó su posición en el precedente *ex parte Quirin*,<sup>98</sup> dictado tras la segunda guerra mundial en relación con la detención de saboteadores germanos, entre los cuales se encontraba un ciudadano estadounidense. Así, concluyó que “la ciudadanía americana no hace a un enemigo combatiente menos peligroso, y tampoco convierte su detención en menos permisible”.<sup>99</sup>

Ahora bien, O'Connor limitó el precedente al supuesto de conflicto armado en territorio enemigo, subsumible dentro de la categorización de guerra *estado contra estado* convencionalmente entendido en el marco del derecho internacional público. Expresamente explicó:

Nosotros entendemos que el Congreso ha otorgado la autorización para utilizar la “fuerza necesaria y apropiada” incluyendo la autoridad de detener durante la duración del conflicto relevante, y nuestro entendimiento se basa en los consabidos principios del derecho de guerra. Si las circunstancias prácticas de un conflicto dado son completamente diferentes de aquellos conflictos de los que trata la ley de guerra, el criterio puede cambiar.<sup>100</sup>

En torno a este extremo, indicó la aplicación de las Convenciones de Ginebra relativas al tratamiento de los prisioneros de guerra,<sup>101</sup> al ponderar que la duración de la detención se extiende al lapso de las hostilidades y que no los detenidos no pueden permanecer en esa condición indefinidamente.<sup>102</sup>

El *justice* Thomas, en una opinión separada, concluyó que el presidente tiene una potestad inherente, en virtud del artículo II de la Constitución, de mantener a Hamdi como enemigo combatiente. Los otros *justices*, en general, no llegaron a un acuerdo en torno al punto.

El *justice* Souter, en una opinión también compartida por Ginsburg, atacó directamente la posibilidad de detención del presidente, sosteniendo que la Non-Detention Act rige tanto en tiempo de paz como de guerra, a fin de no permitir las detenciones de ciudadanos dictadas por el Ejecutivo, lo que limita los poderes de guerra de este.<sup>103</sup>

En una potente opinión disidente, el *justice* Scalia, junto con Stevens, sostuvo que no hay autoridad para mantener a un ciudadano estadounidense, en Estados Unidos, como enemigo combatiente, sin cargos para el juicio, salvo que el Congreso expresamente suspenda la acción de hábeas corpus. Sostuvo que la libertad frente a una detención arbitraria constituye “el verdadero núcleo de la libertad” que la Constitución

---

de la guerra.

<sup>98</sup> 317 U. S. 1 (1942).

<sup>99</sup> El argumento de la mayoría permite omitir el análisis de la incompatibilidad de las detenciones con la ley citada, puesto que dicha norma expresamente admite como excepción la posibilidad de llevar a cabo este tipo de medidas en virtud de un acto del congreso. *Hamdi*, 124 S. Ct., p. 2640-41.

<sup>100</sup> Traducción y destacado de la autora. 124 S. Ct., p. 2639-40

<sup>101</sup> 12 de agosto de 1949 (1955) 6 UST 3316, 3406 T.L.A.S. n.º 3364.

<sup>102</sup> Traducción y destacado de la autora. 124 S. Ct., p. 2639-40

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 2657 ss.

intenta proteger.<sup>104</sup> Citando a James Madison, en los papeles de *El Federalista* n.º 45, indicó que la norma suprema fue cautelosamente diseñada para proteger las “bendiciones de la libertad” de aquellos establecimientos militares que gradualmente envenenarían su misma fuente.<sup>105</sup>

### 3.2.3. Acceso a revisión judicial imparcial e independiente

La Corte decidió, por una amplia mayoría de 8-1 (con disidencia del *justice* Thomas), que Hamdi debía recibir debido proceso. O’Connor explicó que Hamdi está legitimado a que se escuche su petición de hábeas corpus en un tribunal neutral, y que recluir en prisión a una persona es, obviamente, la más básica forma de socavar la libertad. Aquí, en consecuencia, la Corte avanzó sobre el criterio formal-institucional anterior y realizó un análisis sustancial de la medida, utilizando un estándar de ponderación de la razonabilidad de la norma basado en la afectación del “núcleo esencial del derecho”.<sup>106</sup>

El tribunal sostuvo que los procedimientos requeridos deben ser determinados bajo la aplicación del triple *test* de balanceo reglado en el precedente *Mathews v. Eldridge*,<sup>107</sup> que indica que las cortes deben sopesar el interés del individuo y el interés del gobierno, incluyendo la habilidad de otros procedimientos para reducir el riesgo de una errónea vulneración del derecho, las cargas que asume el gobierno y el probable valor de adicionales o sustantivas garantías. Nótese que aquí se introdujo nuevamente un control sustancial de los poderes del Ejecutivo, en dos vertientes: en primer lugar, se admitió el control teniendo en cuenta la eficacia de la medida, pero fue más allá y se adhirió a la idea de que es necesario compararla con otras acciones posibles que estaban al alcance del gobierno, teniendo en cuenta los pesos y cargas que ello implicaría para los intereses en juego.

La Corte comenzó exaltando la relevancia del derecho a la libertad física y su no restricción por el Estado sin *due process*.<sup>108</sup> Ahora bien, la Corte también fue generosa con el Ejecutivo, dado que el interés del gobierno que se admite es el de “asegurar que aquellos que en los hechos han combatido del lado enemigo durante una guerra no retornen a la batalla contra Estados Unidos.”<sup>109</sup>

El *test* de revisión articulado se desprende de la aplicación del derecho constitucional al debido proceso, el cual impone un segundo límite a la potestad de cuestionar los hechos que, supuestamente, justifican la calificación de *enemigo combatiente*.<sup>110</sup> En consecuencia, dicho ciudadano tiene derecho a conocer los cargos que justifican

<sup>104</sup> *Ibíd*em, p. 2661.

<sup>105</sup> *Ibíd*em, p. 2668.

<sup>106</sup> Respecto a la afectación del contenido mínimo del derecho como pauta en la ponderación de la razonabilidad de una norma, puede consultarse Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Buenos Aires: Ediar, nueva edición ampliada y actualizada, 1993, p. 364.

<sup>107</sup> 124, S. Ct. 319 (1976).

<sup>108</sup> ‘Debido proceso’.

<sup>109</sup> *Ibíd*em, p. 2647.

<sup>110</sup> 124 S. Ct., p. 2648.

su detención, acceso a abogado y derecho a una audiencia justa frente a un tribunal neutral.<sup>111</sup> Podrá discutir, por ejemplo, si fue detenido en combate o no, lo cual no se desprende necesaria e indubitablemente del hecho de que resida en territorio que sea zona de combate, y si su detención fue articulada sobre una base legítima, dentro del marco de acción del Poder Ejecutivo señalado.

Ahora bien, el tribunal no especificó los procedimientos que deben seguirse en el caso de Hamdi. Ha señalado que no deben aplicarse necesariamente los mismos criterios de juzgamiento de los casos civiles, por lo que las reglas podían ser torneadas a favor del gobierno.<sup>112</sup> Expresamente así lo sostuvo al manifestar: “los procedimientos respecto enemigos combatientes pueden ser adecuados para aliviar el anormal peso que recae en el Ejecutivo en circunstancias de un conflicto militar en curso”.<sup>113</sup> La Corte sugirió la posibilidad de admisión de evidencia circunstancial, e incluso de que la carga de la prueba pueda recaer en Hamdi,<sup>114</sup> y abrió la puerta a que la audiencia pueda llevarse a cabo ante una corte militar, al especular: “los estándares que hemos articulado pueden ser alcanzados por un tribunal militar autorizado y constituido propiamente”.<sup>115</sup>

El *justice* Souter, si bien había disentido en la opinión anterior, con respecto a este punto señaló que son de aplicación al efecto la costumbre y los tratados internacionales que regulan el derecho de guerra y que la normativa estadounidense recepciona, pero que el gobierno viola al pretender no calificar a Hamdi como prisionero de guerra. Así, afirmó que corresponde a Hamdi una audiencia para resolver con certeza su estatus bajo la ley.<sup>116</sup>

Solo el *justice* Thomas no aceptó esta conclusión, y sostuvo que hacía suyos los argumentos del gobierno en torno a que el presidente puede detener enemigos combatientes sin debido proceso, por cuanto la rama ejecutiva, en virtud de la autorización legislativa, tiene plena potestad para hacerlo mientras se encuentre actuando de buena fe en el interés de proteger la seguridad pública. Dicha autoridad se mantendría incluso si el Ejecutivo errara en su creencia de que un detenido constituye un riesgo.<sup>117</sup>

### 3.2.4. Evaluación

Algunos autores sostienen, al evaluar la decisión en análisis, que ha prevalecido la idea de que la nación es gobernada por la ley antes que por la discreción de sus líderes.<sup>118</sup> Si bien el fallo procuró dar respuesta a un conflicto sumamente difícil intentando sopesar

<sup>111</sup> *Ibíd.*, p. 2648 y 2652; véase Chemerinsky: o. cit., p. 327.

<sup>112</sup> *Ibíd.*, p. 2649.

<sup>113</sup> *Ibíd.*

<sup>114</sup> En realidad el término usado por la corte es *hearsay evidence*; ello implica el uso de testigos de dichos de otros. *Ibíd.*, pp. 2649-2650.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, pp. 2651-2652.

<sup>116</sup> *Ibíd.*, p. 2658.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, pp. 2680-2681.

<sup>118</sup> “Leading Case”, en *Harvard Law Review*, vol. 118, n.º 406, p. 412.

los intereses, no puede dejar de calificarse de excesivamente cauteloso e incluso insuficiente para la coyuntura histórica de aquel momento.

En la primera cuestión, la mayoría decidió adoptar un criterio meramente institucional-formal de revisión de la constitucionalidad de los actos de la rama ejecutiva en momentos de guerra, lo cual no resulta suficiente. En cambio, las posturas señaladas por Scalia, con apoyo de Stevens, adoptaron un criterio adecuado de revisión, ponderando su razonabilidad sobre la base de si afecta o no el núcleo esencial del derecho restringido.

A distinta conclusión se arriba respecto a la decisión de la segunda cuestión planteada. Tanto la posibilidad de revisión judicial admitida por la Corte, elogiada por la mayoría de los autores,<sup>119</sup> como el propio razonamiento llevado adelante resultaron, en principio, adecuados.

Un reproche permanente en la doctrina norteamericana es que la Corte dejó demasiados temas pendientes.<sup>120</sup> Por ejemplo, no indicó qué estándar de prueba deben aplicar las cortes inferiores a fin de determinar si alguien es un *enemigo combatiente*.<sup>121</sup> También se señaló que, si bien la postura mayoritaria se preocupó por habilitar un proceso que revisara la calificación de *enemigo combatiente*, omitió poner el acento en que dicho proceso debía haberse articulado también para analizar si, en dicho caso concreto, la detención estaba convalidada dentro del marco de la autorización del Congreso.<sup>122</sup> Esta última hipótesis habría implicado una mayor expansión de las potestades controladoras del Poder Judicial, y no se desprende su admisibilidad en la decisión de la Corte.

A su vez, la mayoría es muy generosa en cuanto a la distorsión o adecuación a favor del gobierno que puede efectuarse sobre las pautas procesales, tales como la carga de la prueba, y no ha habido un criterio claro en cuanto a la configuración jurisdiccional del órgano de revisión.

El aspecto quizá más conflictivo es que, preocupada O'Connor en delimitar la decisión a las circunstancias de la causa, no se había indicado con certeza la situación de aquellas personas detenidas fuera del campo de batalla o fuera del conflicto bélico estado contra estado, atento las particularidades que puede presentar la *guerra contra el terrorismo*.<sup>123</sup> Es decir, la Corte no había aportado criterio jurisprudencial en torno a la política de detenciones del gobierno ante una amenaza no convencional, que no resultaría subsumible dentro de los conceptos de conflicto bélico típico del derecho internacional público. Las cortes inferiores, el Poder Legislativo, y el Poder Ejecutivo habían quedado huérfanos de directrices de la Suprema Corte al respecto.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> Andrew Siegel: "Court is adjourned - what have we learned?", en *S. Carolina Lawyer*, vol. 16, n.º 14.

<sup>120</sup> Véase, por ejemplo, "Leading Case", o. cit., p. 413, Siegel: o. cit. p. 14, Chemerinsky: o. cit., p. 327, entre otros.

<sup>121</sup> "Leading Case", o. cit., p. 413.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 415.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 413-414.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 416.

### 3.3. Rumsfeld v Padilla:<sup>125</sup> exégesis en el hábeas corpus

#### 3.3.1. Planteamiento de la causa

El 8 de mayo de 2002 José Padilla, un ciudadano estadounidense convertido al islam, fue arrestado en el aeropuerto de Chicago O'Hare, en virtud de una orden a fin de convocarlo como testigo para una causa tramitada en el distrito de Nueva York, en conexión con una investigación en torno a los hechos terroristas del 11 de septiembre. Una vez transportado a dicha ciudad, el 22 de mayo su defensor público introdujo una moción para declarar vacante la orden. Antes de que dicha moción fuera decidida, el 9 de junio el gobierno notificó al tribunal que el presidente de la nación había catalogado a Padilla como *enemigo combatiente* y ordenó su detención. Alegó que se encontraba planeando la construcción y detonación de una bomba sucia en los Estados Unidos. Así, Padilla fue trasladado en custodia a la prisión naval ubicada en Charleston, Carolina del Sur, donde fue mantenido incomunicado por 26 meses sin que se presentaran cargos contra él.<sup>126</sup> Dos días después, el abogado en su anterior causa inició una petición de hábeas corpus ante la justicia de Nueva York, contra el presidente Bush, el secretario Rumsfeld y Melanie Marr (comandante de la base de Charleston), indicando que la detención resultaba inconstitucional.

La discusión se centró en el sujeto legitimado pasivo de la pretensión de hábeas corpus. La corte de distrito mantuvo solo la legitimación pasiva de Rumsfeld y, respecto a los méritos, sostuvo que el presidente tenía autoridad para detener a Padilla en virtud de la Constitución y la autorización para hacer uso de la fuerza dictada. Por su parte, la corte de circuito confirmó la legitimación pasiva de Rumsfeld, pero consideró que el presidente carecía de potestades para detener a Padilla, ciudadano estadounidense, fuera de la zona de combate.

El caso presentaba aristas diferenciadoras sumamente relevantes: en primer lugar, Padilla fue detenido en Chicago, territorio de Estados Unidos. Además, al ser detenido no se encontraba armado, y el gobierno, hasta ese momento, no había presentado evidencia de que resultara una amenaza para la seguridad de la nación. En este sentido, la doctrina cuestionó que el Presidente se encontrara facultado a extender sus prerrogativas, ya que, según estos autores,

[...] existe una profunda diferencia entre la practica histórica de detener prisioneros de guerra en el campo de batalla y el nuevo poder que pretende el presidente aquí, de convertir a la nación entera en un campo de batalla en el cual cualquier persona podría ser arrestada y ser detenida indefinidamente sin juicio.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> 124 S. Ct. 2711 (2004).

<sup>126</sup> "Supreme Court to Hear 'Dirty Bomber' Case - Decision Will Determine Whether U. S. Can Hold Citizens Indefinitely as 'Enemy Combatants'", The Associated Press, 20 de febrero del 2004.

<sup>127</sup> Donna R. Newman, abogada de Padilla, citada por Anne Gearan: o. cit.

### 3.3.2. *Legitimado pasivo del hábeas corpus*

La Corte, en una apretada decisión de 5-4, con la opinión mayoritaria escrita por el *justice* Rehnquist, revocó la decisión por aspectos formales, tales como legitimación pasiva y carencia de jurisdicción, y en consecuencia omitió el tratamiento de los méritos de la causa.

Mediante la interpretación del tenor literal de la Federal Habeas Corpus Statute<sup>128</sup> —que refiere con el artículo *él*<sup>129</sup> cuando describe a la persona que tiene custodia sobre el detenido—, sostuvo que generalmente existe una sola persona que revista el carácter de legitimado pasivo en el proceso. Se remitió al precedente *Wales v. Whitney*,<sup>130</sup> de donde desprendió que la inmediata custodia debe ser entendida como custodia *física*, sin que el caso de Padilla presente particularidades que exijan excluirlo de tal regla. Así, concluyó que el comandante Marr era el custodio de Padilla y ejercía el control “día a día” sobre él, en virtud de lo cual era la única persona legitimada pasiva en el hábeas corpus.<sup>131</sup>

### 3.3.3. *Jurisdicción de la Corte de Distrito de Nueva York*

Posteriormente, la posición mayoritaria concluyó que Nueva York carecía de jurisdicción para escuchar la petición intentada por Padilla, es decir, carecía de poder para resolver la causa, por entender que toda persona debe presentar la petición de hábeas corpus en el distrito de confinamiento, contra la persona inmediatamente responsable por su detención, sin que en el caso se verificaran circunstancias excepcionales que justificaran la excepción a la regla.

El *justice* Kennedy compartió la opinión del tribunal y agregó que, si bien en algunos casos se había atendido a la petición de hábeas corpus más allá del incumplimiento de las pautas jurisdiccionales, en este parecía que se encontraba en análisis un caso de *personal jurisdiction or venue*, es decir, jurisdicción en virtud de la persona o competencia territorial.<sup>132</sup> Por otra parte, no surgía que el caso hubiera sido un supuesto de excepción, ni que el gobierno hubiese abusado de su poder al trasladar al detenido, con el objeto de apartarlo de la justicia.

### 3.3.4. *Voces disidentes*

El *justice* Steven redactó la disidencia, la que fue compartida por los *justices* Souter, Ginsburg y Breyer, lamentando que Padilla, que se había visto detenido por más de dos años, debiera comenzar todo de nuevo.

<sup>128</sup> Ley federal de Hábeas Corpus.

<sup>129</sup> “The”, 28 U. S. C. 2242.

<sup>130</sup> 114 U. S., 564 (1885)

<sup>131</sup> 124 S. Ct., pp. 2721-2722.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 2728.

Señaló que era necesario aplicar la teoría de la *bright-line rule*, creada con miras a evitar el *forum shopping* de los litigantes,<sup>133</sup> aplicando analógicamente el precedente de *ex parte Endo*.<sup>134</sup> Así, se procuraba evitar que el gobierno, mediante el traslado de los detenidos, evadiera el control jurisdiccional. Asimismo, sostuvo que Rumsfeld tenía pleno control sobre Padilla, por lo que debía considerarse como un legitimado pasivo de la petición de hábeas corpus. En consecuencia, la Corte de Nueva York tenía jurisdicción para pronunciarse sobre la causa, además de ser el foro más eficiente, por cuanto habría minimizado las posibilidades de *forum shopping* por el gobierno.<sup>135</sup>

### 3.3.5. Evaluación

La construcción de la sentencia dictada en el caso Padilla fue netamente exegética. Rehnquist adoptó una actitud conservadora y analizó en términos estrictamente formales las disposiciones de la Ley Federal de Hábeas Corpus. Sin embargo, ello aparece como insuficiente, no solo teniendo en cuenta cómo prolongó la resolución definitiva de los méritos del caso, sino también la propia consistencia interna del pronunciamiento.

Si se pondera la totalidad de la normativa y los precedentes aplicables, se concluye que ninguno apoyaba de manera directa la rigidez argumentativa que la mayoría adoptó al aplicarlos.<sup>136</sup> Se critica en la doctrina la interpretación que intentó desprender Scalia del término *the* citado, a fin de ponderar que existe una limitación legal a *un solo custodio posible*. Por otra parte, el argumento de que el custodio es el que posee *custodia física* también resulta de vaga referencia o base en el estatuto.<sup>137</sup> Efectivamente, los antecedentes citados por el *justice* Steven, en particular *ex parte Endo*, justificarían concebir que la presente causa habría sido una excepción a tal pauta.

Con respecto a la segunda de las cuestiones analizadas, tampoco se desarrolla debidamente cómo actúa la regla de competencia territorial en particulares circunstancias de custodia física, aspecto que aparentemente es el argumento para no aplicar los antecedentes que contradicen el criterio postulado por el tribunal.<sup>138</sup>

En resumen, ciertos sectores doctrinarios han criticado el pronunciamiento sobre la base de que, en el fondo, el cúmulo de análisis exegéticos del estatuto no sería otra cosa que un intento de justificar una decisión jurisdiccional determinada.<sup>139</sup> Algunos sostienen que la cuestión radicaba directamente en que no es un tema de *jurisdicción* —es decir, inherente potestad de un tribunal de resolver una causa— sino un tema de *venue*, es decir, competencia territorial para resolver un caso concreto.<sup>140</sup>

<sup>133</sup> *Ibidem*, pp. 2729-2730.

<sup>134</sup> 323 U. S. 283 (1944).

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 2734-2735.

<sup>136</sup> "Leading Case", o. cit., p. 421.

<sup>137</sup> *Ibidem*, pp. 421-422.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 424.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

Así, algunos autores consideran que el forum más indicado habría sido el del distrito de Columbia —designado en tal sentido por la Suprema Corte para entender los casos respecto los detenidos en Guantánamo—,<sup>141</sup> que tiene cercano acceso a los documentos referentes a la acción del gobierno en torno a la guerra contra el terrorismo.

Más allá de los argumentos formales, podría formularse la pregunta de si, leyendo entre líneas los pronunciamientos en conjunto, habría cinco jueces que sostenían que era ilegal mantener a Padilla detenido como enemigo combatiente. En una nota al pie, el *justice* Steven expresamente señaló que él había *acordado*<sup>142</sup> con la cámara del segundo circuito que no había autoridad legal para detener a Padilla como enemigo combatiente.<sup>143</sup> La mayoría de cinco jueces se desprendería de que Scalia fue enfático en su disidencia en *Hamdi* al señalar que un ciudadano estadounidense no puede ser mantenido en prisión sin juicio como un enemigo combatiente, salvo que el Congreso suspenda el hábeas corpus. Sin embargo, para que Padilla pudiera aspirar a leer una sentencia en dicho sentido, debía recorrer un nuevo camino jurisdiccional...

### 3.4. Más sombras que luces en los pronunciamientos

En el período 2003-2004, las decisiones en la guerra al terror parecían haber sido esbozadas por una Corte que solo tuviera en su paleta tonos grises. Podía encontrarse un poco de luz en algunos conceptos positivos desde el punto de vista del acceso a la justicia. Así, cuando en *Rasul* se abrió la puerta de entrada de los estrados a los extranjeros *enemigos combatientes*, pareciera que, planteado el marco circundante al debate, si bien la decisión era sumamente restringida en el reconocimiento de los derechos —ya que solo abrió el acceso a las cortes con base estatutaria y no constitucional, sin referir al control de la sustancia de las medidas adoptadas por el Ejecutivo—, ello igualmente constituyó un primer paso en orden al reconocimiento de la plenitud de los derechos de los extranjeros al acceso a la justicia.

*Hamdi* fue otro cúmulo de tonos grisáceos. La habilitación de la potestad ejecutiva de aprisionamiento en virtud de la autorización del Congreso aparece como excesivamente generosa, dados los términos de la ley. Por su parte, no debe olvidarse que el *test* formal-institucional es el ámbito mínimo de control de constitucionalidad de los poderes de emergencia que ha sido generalmente reconocido por la Suprema Corte. Es decir, no había innovación al respecto. La luz apareció al pretender canalizar dicho balance teniendo en cuenta el núcleo esencial del derecho en crisis y ponderando si existían medidas menos restrictivas. Ello de por sí es una apertura en el margen de control sustancial del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, si bien en la aplicación del primero de los criterios citados el *test* propiciado para sopesar tal aspecto, en la práctica, implicó una vuelta al criterio de control de eficiencia de la medida que se vislumbró en precedentes anteriores. Es el segundo de los puntos a considerar el que resulta más recalable, puesto que ponderar

<sup>141</sup> *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686, 2698 (2004).

<sup>142</sup> "Agreed".

<sup>143</sup> P. 2735, fn. 8 (Disidencia de Stevens).

las diversas opciones o alternativas que poseía el Ejecutivo a la hora de limitar el derecho resultó, de por sí, el afianzamiento de un recomendable criterio, antes apenas esbozado en algunos casos por el tribunal. Las sombras volvían a abarcar la situación dada la ambigüedad que expresaba la mayoría de la Corte en torno a las características que deberían revestir los procesos ante los denominados *tribunales neutrales*. Asimismo, la escueta cobertura del fallo, que solo refería a los supuestos de detenidos en guerra entre estados, dejó huérfanas a las instituciones políticas y judiciales respecto a los criterios para afrontar las nuevas causas que se ventilaron en torno a la lucha contra el terrorismo.

*Padilla* debe su carácter gris, justamente, a dicho extremo. Dado que el demandante había sido detenido en territorio estadounidense y no en el campo de batalla, cualquier definición del tribunal habría implicado tomar posición en torno a dicho punto controvertido, más allá del “detalle” respecto a su carácter de ciudadano estadounidense. La templada respuesta del tribunal no implicó una luz para *Padilla*, quien debió recorrer nuevamente todo el camino para obtener la sentencia que ponderara sus méritos, con escaso éxito.

Vista desde esta perspectiva, la evaluación exige una conclusión negativa, que señale que la Corte ha pecado de excesiva cautela. Sumado ello al momento histórico del dictado de las resoluciones, en pleno proceso electoral, la falta de contundencia pudo verse aún más criticable. No debe obviarse la posibilidad, posteriormente concretada, de que dos miembros de la Corte renunciaran a sus mandatos durante el nuevo período del presidente Bush. Los acontecimientos posteriores parecieron confirmar estos cuestionamientos.

## **4. Los juicios al terror en el período 2005-2006 de la USSC**

### **4.1. Nuevos miembros y nuevas normas**

Los pronunciamientos siguientes de la Suprema Corte de Estados Unidos en materia de guerra al terror se gestaron en un escenario con algunas variaciones, tanto en la composición del tribunal como en la normativa que regulaba la materia.

La exigencia estatuida por el Tribunal en la causa *Rasul* llevó a la gestación de los tribunales de revisión del estatus de los combatientes (Combatant Status Review Tribunals [CSRT]), creados por el Departamento de Defensa. Se otorgó representación legal a los detenidos —provista por el Estado y no elegida libremente por los imputados—, pero se permitía el recurso a evidencia circunstancial, y los argumentos de hecho invocados por el Estado se presumían como verdaderos, salvo prueba en contrario, entre otras previsiones cuestionables de constitucionalidad.

Por su parte, el Congreso dictó en diciembre de 2005 la Ley de Tratamiento a los Detenidos (DTA),<sup>144</sup> en virtud de la cual se limitó sumamente la posibilidad de que estos interpusieran acciones en cortes federales. Específicamente, los enemigos combatientes no tenían el derecho a interponer hábeas corpus, sino que solo se les permitía la interposición de un recurso en concreto —ante la Corte de Apelaciones

<sup>144</sup> Detainee Treatment Act, 2005, H. R. 2863, título X.

para el distrito del circuito de Columbia—, una vez finiquitado el procedimiento ante la comisión o el tribunal militar. La revisión se limitaba a determinar si las decisiones emitidas eran congruentes con los estándares y procedimientos especificados por la Secretaría de Defensa y con la Constitución y la ley de los Estados Unidos.

La configuración de la Corte también sufrió mutaciones. Tras el éxito electoral, en su segunda gestión como titular del Poder Ejecutivo, las designaciones gestadas en virtud de la nominación por el presidente George W. Bush del *justice* Samuel A. Alito Jr. y del *chief of justice* John G. Roberts Jr., en reemplazo del *justice* O'Connor y el *chief of justice* Rehnquist, alteraron la dinámica de equilibrio del tribunal. De la ponderación de la cadena de pronunciamientos dictados por la Corte a partir de su nueva composición los analistas advierten una inclinación del tribunal hacia las decisiones conservadoras.<sup>145</sup>

## 4.2. Un nuevo revés para José Padilla

### 4.2.1. Planteamiento de la causa

En el año 2004 Padilla vio rechazado su hábeas corpus por cuestiones formales.<sup>146</sup> Para que pudiera intentar garantizar su derecho se hizo necesario que intentara recorrer un nuevo camino jurisdiccional. El camino se bifurcó por segunda vez en el período 2005-2006 de la Suprema Corte, por lo que el caso ha sido considerado como representación de una de las más agresivas afirmaciones de la autoridad presidencial en tiempos de guerra desde el atentado realizado el 11 de septiembre de 2001.<sup>147</sup>

Una vez dictada la sentencia de la Corte, en el 2004, Padilla inició otro hábeas corpus, siguiendo las instrucciones señaladas, el cual fue despachado favorablemente en primera instancia. Sin embargo, en noviembre del 2005 el Poder Ejecutivo hizo un movimiento estratégico: lo transfirió de la base naval en que se encontraba a una prisión civil, a fin de someterlo ante una corte criminal en Miami. Los abogados defensores se opusieron al traslado y solicitaron a la Suprema Corte que considerara la materia cuanto antes;<sup>148</sup> sin embargo, en enero el tribunal lo autorizó. El imputado fue trasladado a Miami para enfrentar los cargos criminales, en esta oportunidad bajo la alegación

<sup>145</sup> Charles Lane: “Narrow Victories Move Roberts Court to Right. Decisiones Ignore Precedent, Liberal Justices Contend”, en *Washington Post*, Washington DC, 29 de junio del 2007, p. A 04. En apoyo a esta conclusión, Robert Barnes y Jon Cohen citan las encuestas elaboradas por *Washington Post - ABC News* poll, en “Fewer see Balance in Court’s Decisions”, en *Washington Post*, Washington DC, 29 de julio del 2007, p. A 03. Si bien los dos *justices* mencionados consolidan un bloque conservador en la Corte, actúan con notas diferenciadoras de los *justices* más tradicionalistas que ya componían el tribunal: Antonin Scalia y Clarence Thomas. Véase María Sofía Sagüés: “Dinámica de la polarización de la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, en *El Dial*, <<http://www.eldial.com>>.

<sup>146</sup> 124 S. Ct. 2711 (2004).

<sup>147</sup> Charles Lane: “Justices Won’t Review Padilla case”, en *Washington Post*, Washington DC, 4 de abril del 2006, p. A 06.

<sup>148</sup> “Padilla’s lawyers oppose transfer”, en *Washington Post*, Washington DC, 31 de diciembre, p. A 04.

de que formaba parte de una cédula terrorista ubicada en Norteamérica, destinada a recolectar fondos y soldados para alentar la violencia fuera de Estados Unidos. Tras el traslado, el gobierno argumentó que el debate respecto la detención indefinida de Padilla en la base anterior había devenido abstracto, posición acogida por la Corte de Apelaciones del circuito n.º 4 de Richmond (Virginia).

El nuevo planteo introducido por Padilla (*Padilla v. Hanft*, n.º 05-533) fue que se clarificara “hasta dónde puede ir el gobierno cuando procura el apresamiento de terroristas americanos en este país”.<sup>149</sup>

#### 4.2.2. *Análisis de la legitimación pasiva*

En la Suprema Corte de Estados Unidos, el fallo de fecha 3 de abril del 2006 fue dividido por un voto de 6 a 3. Si bien la mayoría hizo lugar al planteo del Poder Ejecutivo, tres miembros, los *justices* Souter, Ginsbourg y Breyer señalaron que el tribunal debía haber abierto la causa.

El argumento de la mayoría partió de sostener que, estando concomitantemente sometido a la jurisdicción de un tribunal criminal, el hábeas corpus generado en la privación de justicia anterior habría devenido abstracto. En consecuencia, los *justices* procuraron dejar a su curso el desarrollo de dicho juicio, antes de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

El *justice* Kennedy, en un voto concurrente acompañado por los *chiefs of justice* Roberts y Stevens, explicó que no correspondía el tratamiento de los argumentos relativos a la separación de poderes, o al rol y la función de las cortes, debido a que el curso de los procedimientos legales había vuelto a dichos planteos, por lo menos en ese momento, hipotéticos. Sin embargo, recaló que el tribunal criminal de Miami debía velar atentamente por el cumplimiento de los derechos procesales y sustanciales del imputado, y si así no lo hacía quedarían habilitados los respectivos remedios judiciales.

Como señala la doctrina,<sup>150</sup> la decisión fue una victoria para la administración Bush, porque dejaba intacto lo resuelto por una corte de apelaciones que había convalidado la autoridad del presidente para detener Padilla como un *enemigo combatiente*.

### 4.3. El caso *Hamdan, Salim Ahmed v. Rumsfeld*: aplicación de las Convenciones de Ginebra

#### 4.3.1. *Planteamiento de la causa*

El caso en análisis, cuyos argumentos orales ante la Corte Suprema de Estados Unidos tuvieron lugar el 28 de marzo del 2006 en un clima de alta tensión,<sup>151</sup> surge de una petición por hábeas corpus planteada por Salim Ahmed Hamdan, un antiguo chofer de

<sup>149</sup> Gina Holland: “Supreme Court rejects challenge to Bush’s wartime detention powers case”, en *FindLaw*, 3 de abril del 2006.

<sup>150</sup> Lane: “Justices...”, o. cit.

<sup>151</sup> Holland: o. cit.

Osama bin Laden detenido en Afganistán en noviembre del 2001, quien fue recluido en la prisión de Guantánamo Bay (Cuba) durante cuatro años y formó parte del grupo de diez personas que enfrentaron un juicio militar, sin que en él se haya dictado sentencia. La imputación que se le formuló a Hamdan es el haber conspirado junto con su antiguo jefe a fin de llevar adelante determinados actos terroristas. El año anterior, la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia hizo lugar a la posición de la administración y revocó una decisión a favor de Hamdan dictada por la Corte de Circuito.

El *chief of justice* John Roberts Jr. no participó en la decisión de la Suprema Corte puesto que, como juez de la Cámara de Apelaciones, formó parte del panel cuya resolución fue favorable a las comisiones militares.

Por su parte, un grupo de generales retirados había solicitado la separación de Scalia de la causa, en virtud de unos dichos que el *justice* habría vertido en la Universidad de Freiberg (Suiza) el 8 de marzo del 2006, respecto a que aquellos que llevaran adelante una guerra contra los Estados Unidos no tendrían derechos bajo la Constitución. Lo que cuestionaron fue que Scalia podría tener una inclinación negativa ante Hamdan, en particular tomando en cuenta que el hijo del *justice* sirvió en el ejército en Iraq.<sup>152</sup>

Una vez abierto el hábeas corpus ante la Suprema Corte, el Congreso dictó en diciembre del 2005 la Ley de Tratamiento a los Detenidos, que limitaba tal revisión.<sup>153</sup> En consecuencia, un primer núcleo de la decisión versó sobre la posibilidad de que se establecieran legislativamente límites a los casos ya presentados y abiertos a consideración de la Suprema Corte.

La Corte rechazó la petición del Poder Ejecutivo de abandonar el tratamiento de la causa antes de los alegatos orales.<sup>154</sup> El *justice* Kennedy analizó el problema de la nueva ley recalcando que la única forma de que se declarara la validez de los juzgamientos realizados por las comisiones militares era que ellas respetaran las Convenciones de Ginebra respecto a los derechos de los detenidos de guerra. Así, el problema que se planteó —y que fue uno de los temas troncales para la resolución de la Corte— fue la validez constitucional de la posición del Poder Ejecutivo si se estimaba que creaba un doble estándar, conforme al cual los supuestos terroristas eran acusados de violar las reglas de la guerra y, al mismo tiempo, se les denegaba la protección del derecho internacional humanitario.

El tribunal adoptó criterios que permiten sostener que, en principio, abandonó cierta tibieza con que manejaba la materia en los anteriores pronunciamientos. La decisión citada contiene no solo aspectos fundamentales en la actual coyuntura de la lucha contra el terrorismo en Estados Unidos, sino también en su ordenamiento jurídico en general. Sin embargo, continuaban pendientes temas nucleares cuya resolución se reclamaba imperiosamente.

<sup>152</sup> “Retired military brass want Justice Scalia to withdraw from Guantanamo detainee case”, en *FindLaw*, 28 de marzo del 2006.

<sup>153</sup> En virtud de la cual se restringió la posibilidad de interposición de la garantía solo a aquellos casos en que se ha finiquitado el procedimiento ante la comisión.

<sup>154</sup> Charles Lane: “Case tests power of Judiciary, President Military Tribunal’s Legality is Debate”, en *Washington Post*, Washington DC, 29 de marzo del 2006, p. A 06.

El *justice* Stevens tomó la responsabilidad de redactar el pronunciamiento, que suscribieron los *justices* Souter, Ginsburg y Breyer. Kennedy lo acompañó en parte. Por su lado, como era previsible, Scalia, Thomas y Alito disintieron.

La Corte abandonó sus precedentes dictados tras la Segunda Guerra Mundial, retrocediendo hacia los criterios que se manejaron durante la posguerra civil estadounidense, pero también dio muestra del impacto del orden internacional de los derechos humanos frente a los sistemas jurídicos regionales. Específicamente, el *justice* Stevens refirió a que los precedentes no seguidos habían devenido inaplicables en virtud de los cambios generados en las leyes federales y el derecho internacional de guerra.

#### ***4.3.2. Análisis de las potestades del Congreso en torno a causas pendientes ante la Suprema Corte***

En primer término, se habilitó el tratamiento jurisdiccional del caso por la Corte Suprema de Justicia. Para arribar a dicha conclusión, el tribunal consideró que la Ley de Tratamiento de los Detenidos no había alterado su jurisdicción. Ello conforme los debates parlamentarios de la norma citada, en los que no se había hecho mención a los casos pendientes, de lo que debe concluirse que, si la intención del legislador hubiese sido aplicar la norma a casos en trámite, así se habría sostenido. Asimismo, explicó que el tribunal que juzgaba a Handam no formaba parte de un sistema integrado de cortes.

#### ***4.3.3. Exigencia de respeto a la división de funciones***

En segundo término, el tribunal reafirmó la necesidad de respetar plenamente el sistema de división de funciones y frenos y contrapesos, ya que rechazó la posición invocada por el Ejecutivo en cuanto a la existencia de poderes inherentes del presidente que le permitieran actuar de manera unilateral en materia de seguridad nacional.

Básicamente la Corte sostuvo que el establecimiento de las *comisiones militares* por el Ejecutivo resultó violatorio del principio de división de funciones, por lo que tales comisiones no estaban autorizadas para fallar el caso. La Corte declaró que para justificar el sometimiento de personas a su juzgamiento por comisiones militares era necesaria una ley del Congreso o exigencia militar. En este caso en concreto no se verificaba ninguna de las dos exigencias, dado que Handam se encontraba detenido desde hacía muchos años, sin haber participado activamente en el campo de batalla, y por su parte el Congreso no había autorizado las comisiones militares.

#### ***4.3.4. Aplicación de las Convenciones de Ginebra***

Un aspecto de suma relevancia es que el Tribunal señaló la aplicabilidad de las Convenciones de Ginebra a los sospechosos de actos terroristas capturados en Afganistán. La argumentación realizada partió de afirmar que, conforme el precedente

*Quirin* y el Código de Justicia Militar, las comisiones debían actuar conforme el derecho de guerra, en virtud de lo cual sería aplicable el artículo común n.º 3 de las Convenciones de Ginebra.

Una primera duda que se planteó fue si dicho artículo era aplicable a las tácticas de guerrilla de Al-Qaeda, por cuanto dicha organización terrorista no es signataria de la Convención. Sin embargo, la Corte sostuvo que correspondía remitir a las convenciones, por considerar que el Código de Justicia Militar remite al derecho de la guerra, e igualmente correspondería aplicar el artículo 3, relativo a conflictos no internacionales. Así, explicó que, incluso cuando Handam fuera un individuo peligroso que pudiera causar un gran daño o la muerte de personas civiles inocentes, el Ejecutivo debe cumplir con las reglas del Estado de derecho al juzgarlo.

En consecuencia, los detenidos solo podrían ser procesados mediante el cumplimiento del debido proceso al que refiere el derecho de guerra, ante un tribunal que satisficiera las mismas protecciones que una corte marcial, aspectos que no eran satisfechos por las comisiones militares. Ello tomaba especial relevancia, debido a que, conforme el tribunal, el Poder Ejecutivo no había incorporado elementos que permitieran verificar que no era posible establecer cortes marciales.

Entre los vicios de procedimiento de la comisión se mencionó la posibilidad de exclusión del imputado y su asesor durante la producción de pruebas, en virtud del secreto de la información, la preservación de la integridad física de los testigos u “otros asuntos de interés de la seguridad nacional”.

Señaló la Corte que el pleno respeto a las convenciones exige que el imputado no podría ser condenado por actividades normales en las hostilidades que llevaron a su detención, debería recibir la decisión de un tribunal competente y tendría los mismos derechos al debido proceso que un soldado estadounidense, por el principio de no discriminación. En consecuencia, correspondía llevar adelante un proceso conforme lo reconocen los pueblos civilizados (entre estas reglas, estar presente durante el testimonio, conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3).

Dos argumentos sostenidos por Stevens no fueron compartidos por Kennedy. El primero partió de la base de que la conspiración por sí misma, sin la imputación de otros actos al procesado, no constituye crimen de guerra, por lo que el gobierno no había imputado a Handam una ofensa que, conforme el derecho de guerra, pudiera ser juzgada por comisiones militares. Para que así fuera debía existir un precedente pleno y no ambiguo, y no había tal precedente en torno a la figura de la *conspiración*.

Un amplio sector de la doctrina, entre los que puede citarse al profesor George P. Fletcher,<sup>155</sup> señaló que la conspiración es un crimen de preparación, por lo que no es aceptado actualmente como crimen de guerra, lo cual resulta conteste con la

---

<sup>155</sup> Disertación brindada en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, el 1 de agosto del 2006.

jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense. Efectivamente, cuatro votos de la mayoría aceptaron esta posición.

#### 4.3.5. *Voces disidentes*

El *justice* Scalia, en su disidencia, entendió que, por aplicación de la DTA, no correspondía pronunciarse a la Corte Suprema debido a que no había sentencia final de las comisiones militares. Recurrió a hacer prevalecer la interpretación literal sobre la teleológica de la norma en análisis, y sostuvo que los congresistas sabían que el caso estaba pendiente ante la Corte Suprema y fueron concluyentes al establecer la imposibilidad de revisión jurisdiccional previa a la sentencia militar. Asimismo, consideró que no había fundamento para sostener que la decisión en revisión de la Corte de circuito de DC no era suficiente.

Finalmente, señaló que, incluso en caso de que ello correspondiera, razones de equidad recomendaban no hacerlo, por cuanto el hábeas corpus es una solución residual, a lo que se suma que hay razones militares que justifican la jurisdicción militar. En síntesis, conforme el magistrado citado, tal aspecto era una decisión del Poder Ejecutivo, no de la Corte Suprema estadounidense.

El *justice* Thomas centró su disidencia en la teoría de la división de funciones. Explicó que es necesario reconocer los poderes de guerra del presidente, en virtud de la imperiosa necesidad de una respuesta única en caso de conflicto bélico. Asimismo, manifestó que las comisiones militares satisfacen los requisitos del Código de Justicia Militar, debido que *e common law* es el orden que determina la jurisdicción de las comisiones. Finalmente, expresó que se habían deducido imputaciones válidas contra Handam, las cuales eran el formar parte o unirse a un grupo o empresa que comparte un propósito criminal, conspiración.

#### 4.3.6. *Evaluación*

La posición mayoritaria de la Corte Suprema reafirmó algunos posibles límites de las potestades legislativas en la lucha contra el terrorismo. Para arribar a tal solución se afianzó en el sistema de división de funciones y también en una fuerte injerencia del derecho humanitario y el debido proceso consagrado dentro de sus pautas.

Ahora bien, una lectura más particularizada de la decisión lleva a concluir que presenta serias flaquezas, ya que implicó un juego con muy estrecho margen de mayoría, donde un equilibrio de votos llevó a enlazar la resolución a la coyuntural composición del Tribunal, entonces sin Roberts.

Si bien se verificó un efectivo avance al resolver la aplicación de las Convenciones de Ginebra y sostener que no es posible imputar a Handam el delito de conspiración, aspectos generales de política criminal de lucha contra el terrorismo aún se verificaban como irresueltos, ya que la Corte no se pronunció sobre actos cuestionados del Poder Ejecutivo y dejó pendientes temáticas fundamentales. Así, no rechazó la potestad del Ejecutivo de mantener prisioneros detenidos en Guantánamo sin

límite temporal, ni la de otorgar a los sospechosos de actos terroristas la calidad de *enemigos combatientes*.<sup>156</sup> Asimismo, quedaba abierta la duda con relación a la revisión jurisdiccional de actos del Poder Ejecutivo fuera de Estados Unidos y la base de Guantánamo Bay.

## 5. Los juicios al terror en el período 2007-2008 de la USSC

### 5.1. El caso *Boumediene et al.*: la plenitud del hábeas corpus<sup>157</sup>

#### 5.1.1. Planteamiento de la causa

En el año 2006 el Congreso sancionó la Ley de las Comisiones Militares (Military Commissions Act [MCA]), conforme a la cual la Ley de Tratamiento de los Detenidos (DTA) era de aplicación también retroactiva. En consecuencia, los detenidos no podían articular hábeas corpus y no tenían otro remedio que el recurso ante la Corte de Circuito del DC una vez finalizados los procesos antes las comisiones militares.<sup>158</sup>

Boumediene, junto con otros cinco hombres de origen argelino, fue arrestado en octubre del 2001 en Bosnia, y se les imputaron actividades terroristas tendientes al ataque de la embajada de Estados Unidos en dicho país. Si bien la Suprema Corte de Bosnia ordenó su libertad, dada la falta de elementos probatorios, las tropas estadounidenses los custodiaron hasta su detención en Guantánamo, donde fueron catalogados como *enemigos combatientes*. Él y otros treinta y seis detenidos en Guantánamo presentaron hábeas corpus sobre la base de la doctrina sentada por la Corte en el caso *Rasul*.

En el caso *Boumediene et al. v. Bush*, decidido el 12 de junio del 2008,<sup>159</sup> el tribunal analizó en concreto dos cuestiones: si la garantía constitucional de hábeas corpus se aplica a detenidos privados de su libertad en Guantánamo, fuera del territorio de Estados Unidos en sentido estricto, y la constitucionalidad de los tribunales de revisión del estatus de los combatientes (Combatant Status Review Tribunals [CSRT]) creados por el Departamento de Defensa. Es decir, si el proceso articulado por dicha ley resulta un sustituto adecuado y suficiente del hábeas corpus, que satisfaga las exigencias constitucionales.

La Corte nuevamente se pronunció en una escueta división, donde Kennedy determinó la suerte del fallo, y en un voto redactado por él señaló la posición mayoritaria. A su vez, Souter redactó su voto concurrente, el cual también fue firmado por Ginsburg y Breyer. En disidencia, por su parte, se presentó Roberts, con quien concurrieron

<sup>156</sup> Véase Michael C. Dorf: "The Hidden – and Obvious – Lessons in the Supreme Court's Divided Ruling Invalidating Military Commissions", en *FindLaw*, 30 de junio del 2006, disponible en <<http://writ.news.findlaw.com/dorf/20060630.html>>.

<sup>157</sup> 128, S. Ct. 2229 (2008).

<sup>158</sup> Al respecto puede consultarse a David Weissbrodt y Andrea V. Templeton, "Fair Trials? The manual for Military Commissions in Light of Common Article 3 and other international law", en *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, vol. 26, n.º 353, verano del 2008.

<sup>159</sup> 128, S. Ct. 2229 (2008).

Scalia, Thomas y Alito. Scalia también redactó una opinión en disidencia, que Roberts, Thomas y Alito suscribieron.

La doctrina ha calificado este pronunciamiento como “una de las más importantes decisiones de la Suprema Corte de los años recientes”,<sup>160</sup> aunque no haya liberado a ninguno de los detenidos en Guantánamo, puesto que hizo posible para ellos discutir en una corte federal de distrito que la administración no tenía bases fácticas ni legales para privarlos de su libertad.<sup>161</sup>

### 5.1.2. *El derecho al hábeas corpus de los detenidos en Guantánamo Bay*

La mayoría de la Corte reivindica el tradicional principio del derecho anglosajón, conforme al cual todo aquel que se encuentra privado de su libertad tiene derecho a una garantía que le permita requerir la justificación de la detención ante un tribunal.<sup>162</sup> Esta referencia a los principios toma especial relevancia porque en torno a los argumentos originalistas a los que, como se verá más adelante, refirió Scalia, Kennedy señala que no es posible identificar la extensión de la aplicación de la figura del hábeas corpus en el *common law* en la génesis del constitucionalismo norteamericano, por lo que el análisis debe adentrarse en la satisfacción de los principios constitucionales aplicables a la materia.<sup>163</sup>

La posición mayoritaria hizo lugar al cuestionamiento de las disposiciones adoptadas por el Congreso tendientes a denegar el remedio de hábeas corpus a detenidos en la base naval de Guantánamo. En primer término señaló que, si bien el artículo 1, sección 9, de la Constitución permite al Congreso suspender el hábeas corpus en tiempos de rebelión o invasión, ninguna de esas dos situaciones había sido invocada en la causa.

Asimismo, sostuvo que el hecho de ser detenidos como *enemigos combatientes* no los priva de dicha garantía ni del derecho a invocar la cláusula de suspensión, la cual tiene “plenos efectos en Guantánamo”, y reiteró que, si bien Cuba mantiene jurisdicción en dicho territorio, esta característica no es la piedra angular sobre la que se estructura la garantía.

Expresó la mayoría que la Constitución Nacional no puede ser negociable. Aunque Estados Unidos ha tenido un completo e ininterrumpido control de Guantánamo por más de cien años, el argumento del gobierno de que la norma suprema no tiene efectos allí, al menos con respecto a no ciudadanos —debido a que Estados Unidos reconoce que no tiene la soberanía formal en el contrato celebrado con Cuba en 1903—, implicaría llegar a concebir los derechos constitucionales como sujetos a contratación. Así, la Corte concluyó enfáticamente que el *test* para determinar el ámbito de la provisión

---

<sup>160</sup> Dworkin: o. cit.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> Véase *ibidem*.

del hábeas corpus no puede estar sujeto a la manipulación por aquellos cuyo poder es el que debe ser restringido.<sup>164</sup>

### 5.1.3. *Insuficiencia de la garantía sustituta prevista por el Congreso*

Seguidamente la mayoría sostuvo que, en caso de suspenderse el hábeas corpus, debe respetarse el requisito constitucional, que es la previsión de procedimientos de tutela sustitutos efectivos, aspecto que no se ha verificado, ya que los procedimientos previstos por la DTA no son suficientes ni efectivos en los términos de la garantía, por lo que se configura una privación y negación de esta.

Sobre la base de analizar el tenor literal de la normativa aplicable, señaló que se trasluce una notoria intención del Congreso de aportar un marco de revisión más restringido que el constitucional.

Seguidamente pasó a considerar que no es competencia del Congreso determinar el proceso sustitutivo idóneo, y señaló que la garantía debería reconocer al prisionero una amplia oportunidad para demostrar que está siendo retenido debido a una errónea aplicación o interpretación de una ley relevante.<sup>165</sup> Es decir, conforme la mayoría, el remedio tendría que permitir una amplia revisión de los hechos, puesto que las cortes federales deben tener mucho menos deferencia en la revisión de la decisión de uno de estos tribunales administrativos que la que se tiene frente al pronunciamiento de un tribunal estadual, particularmente cuando los procedimientos del tribunal administrativo son limitados frente a los estándares de una corte de juicio normal. Asimismo, exigió que la Corte que despache el hábeas corpus, o su sustituto, pueda tener el poder de ordenar la libertad condicional de un detenido en condiciones ilegítimas, y afirmó que debería poder ponderarse evidencia exculpatória no presentada ante los tribunales, más allá de que haya finiquitado la audiencia en el proceso anterior.

En resumen, a los imputados debe garantizárseles el acceso a una instancia de revisión amplia que les otorgue la posibilidad de demostrar que han sido detenidos en virtud de una errónea aplicación o interpretación de la normativa relevante.<sup>166</sup> El hábeas corpus o su sustituto tienen que funcionar como un efectivo y pleno remedio en ese contexto, y la corte que conduzca el procedimiento colateral debe tener la habilidad de corregir errores, acceder con plenitud a la evidencia del Poder Ejecutivo y admitir prueba en contrario que sea relevante, aunque no haya sido presentada con anterioridad.

Esta garantía no es satisfecha por el proceso ante las comisiones militares. Las deficiencias del mecanismo de revisión son diversas: tiene restricciones probatorias, no otorga el derecho a asistencia letrada, no garantiza que el imputado esté al tanto de las más importantes alegaciones sobre las cuales el Poder Ejecutivo sostiene la acusación, la oportunidad de confrontar testigos es más hipotética que real, etcétera.

<sup>164</sup> “The test for determining the scope of its provision must not be subject to manipulation by those whose power it is designed to restrain”.

<sup>165</sup> *INS v. St. Cyr*, 533 U. S. 289, 302.

<sup>166</sup> *Criminal Law Bulletin*, vol. 44, n.º 5, septiembre-octubre del 2008.

En resumen, la mayoría consideró que el procedimiento alternativo implica un riesgo de error serio y considerable. Teniendo en cuenta que la detención puede durar el lapso de las hostilidades, una generación o más, este riesgo es demasiado significativo para ser ignorado. Los procedimientos llevados a cabo ante las cortes criminales deben ser agotados antes de la interposición de un remedio de hábeas corpus, lo cual ha conllevado, en algunos casos, más de seis años de retraso en el acceso a la tutela jurisdiccional.<sup>167</sup> Exigir el cumplimiento de la revisión limitada implicaría postergarla aún más.

Explicó la Corte que, al fallar en torno a los lineamientos procesales y sustantivos usados para disponer la prisión en orden a prevenir actos de terrorismo, las cortes deben otorgar la debida preferencia a los poderes políticos. Sin embargo, el control subsiste también en torno a la fidelidad a los principios fundamentales de la libertad, y entre ellos especialmente el derecho a ser libre de una restricción ilegal o arbitraria a la libertad personal, para cuyo cumplimiento se exige el pleno respeto a la separación de poderes.

#### 5.1.4. Voces disidentes

El *chief of justice* Roberts redactó la opinión disidente, en la que señaló que en realidad no debe exagerarse el impacto del pronunciamiento, puesto que, en términos prácticos, los detenidos no tendrían mayores oportunidades de liberación que las ya consagradas con anterioridad.

Sostuvo que el proceso llevado adelante ante los tribunales resultaba satisfactorio del debido proceso, y que el remedio recursivo previsto satisfaría el acceso a la tutela judicial efectiva en la misma magnitud que si se previera directamente el hábeas corpus ante una corte de justicia. Si bien esta conclusión no se desprende del tenor literal de la ley, el *chief of justice* concluyó que la corte de circuito podría articularla a fin de procurar un procedimiento adecuado al mandato constitucional.

Scalia basó su disidencia en una interpretación originalista del texto constitucional, para concluir que el *common law* vigente en el momento de la sanción del texto no extendía la figura del hábeas corpus con la magnitud que procuraban otorgarle los demandantes. Volvió sobre el caso *Johnson v. Eisenträger*, citado en *Rasul*, y cuestionó la aplicación de la garantía en estudio en torno a los extranjeros.

Con un perfil netamente crítico, también señaló la potencial liberación de peligrosos terroristas con la consiguiente posibilidad de que más estadounidenses fueran asesinados. Chemerinsky respondió a esta posición explicando:

[Scalia] puede estar acertado en que alguien liberado pueda cometer actos terroristas. Pero cada momento en que una persona es eximida de su privación de libertad por evidencia inadecuada, existe la posibilidad de que dicho individuo pueda cometer crímenes y gente pueda morir. Esto, por supuesto, nunca ha sido

<sup>167</sup> Souter refiere expresamente a este extremo.

considerado como justificación para permitir la detención indefinida sin debido proceso, y tampoco puede ser la base para la detención indefinida de enemigos combatientes sin una aproximación al debido proceso.<sup>168</sup>

### 5.1.5. Evaluación

La sentencia ha recibido críticas divididas en la doctrina y la sociedad estadounidenses. La polarización que se verificó en los pronunciamientos del tribunal se proyectó en la sociedad. Por ejemplo, el senador John McCain, candidato al sillón presidencial en los últimos comicios, señaló que el pronunciamiento era uno de los peores de la historia del país. En otro extremo del análisis, el senador Obama, hoy presidente de Estados Unidos, apoyó la decisión.<sup>169</sup>

El pronunciamiento debe considerarse positivo. Finalmente se contribuyó a evadir distinciones incómodas al texto constitucional, tales como el tratamiento diferenciado de nacionales y extranjeros y de detenidos dentro o fuera del territorio, en torno al acceso a garantías que satisfagan el debido proceso.

Dworkin ha señalado que ninguna de estas dos distinciones tenían sentido a la luz de los principios del orden constitucional estadounidense.<sup>170</sup>

América ensalza su deber de respetar los derechos humanos fundamentales, incluido el derecho a no ser privado de su libertad injustamente, con relación a todos aquellos que se encuentran bajo su autoridad, y no puede encontrarse ninguna justificación moral para discriminar contra los extranjeros en la definición o aplicación de esos derechos. El texto de la Constitución sugiere que este principio moral es un principio jurídico en cuanto declara que todas las personas tienen derecho al debido proceso.<sup>171</sup>

*Boumediene* avanzó un paso en que se honrara la calificación del país como una *comunidad de iguales*. En síntesis, se ha incorporado un nuevo capítulo al respeto a la tutela judicial efectiva, relevante elemento clarificador de una jurisprudencia que exigía este tipo de pronunciamientos.

Sin embargo, se dejaron a salvo algunos aspectos que facilitan el peso de los hábeas corpus sobre las autoridades militares. Entre ellos puede mencionarse la canalización de casos futuros en una sola corte de distrito y la exigencia de que la corte use su discreción para acomodar al máximo posible el interés legítimo del gobierno en proteger las fuentes y los métodos de obtención de datos de inteligencia.<sup>172</sup>

<sup>168</sup> Erwin Chemerinsky: “When it matters most, It is still the Kennedy Court”, en *Green Bag*, verano del 2008.

<sup>169</sup> Dworkin: o. cit.

<sup>170</sup> *Ibidem*.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> *Criminal Law Bulletin*, o. cit. Puede también consultarse Gregory S. McNeal: “Beyond Guantánamo, obstacles and options”, en *Northwestern University Law Review*, n.º 103, Colloquy, septiembre del 2008, y Benjamin G. Davis: “No third class processes for foreigners”, en *Northwestern*

## 6. Ponderaciones finales

El 2008 no es un año más en la reacción de los Estados Unidos ante el terrorismo. Dos respuestas se aportaron por muy distintos cauces. El proceso electoral determinó una exigencia de cambio, y los ciudadanos optaron por modificar la orientación política del Ejecutivo<sup>173</sup> en busca de respuesta a esa exigencia. Por otra parte, la Suprema Corte también adoptó una decisión de cambio al avanzar en la solución de una problemática cada vez más conflictiva y criticada por la comunidad internacional.

Una frase de la posición mayoritaria en el último pronunciamiento del tribunal puede resumir un peregrinar de su jurisprudencia, otrora zigzagueante, y hoy orientada hacia el respeto de los derechos fundamentales. Tras años de debate, la jurisdicción constitucional estadounidense, por estricta mayoría, pero mayoría al fin, ha arribado a una solución en la que “la libertad y la seguridad pueden ser reconciliadas”.<sup>174</sup>

## Bibliografía

- ALLON, Richard, Daniel J. MELTZER y David L. SHAPIRO: *The Federal Courts and The Federal System*, Nueva York: University Casebooks Series, 4.ª ed., 1996.
- “America makes history. Obama wins. ‘Change has come to America,’ he says after election to presidency erases a racial barrier; Democrats make gains”, en *USA Today*, 5 de noviembre del 2008.
- BARNES, Robert, y Jon COHEN: “Fewer see Balance in Court’s Decisions”, en *Washington Post*, Washington DC, 29 de julio del 2007, p. A 03.
- BARNES, Robert: “Newest Justice Tips High Court to Right. Alito cast key votes in mayor 5 to 4 rulings on Abortion and Campaign Finance”, en *Washington Post*, Washington DC, 28 de junio del 2007, p. A 15.
- BIDART CAMPOS, Germán: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Buenos Aires: Ediar, nueva edición ampliada y actualizada, 1993.
- BIGEL, Alan I.: “The Supreme Court on Emergency Powers, Foreign Affairs and Protection of Civil Liberties 1935-1975”, Lanham (Maryland): University Press of America, 1986.
- BLEICH, Jeffery L., y Anne M. VOIGTS: “Supreme Court Watch: leaving the door way open”: October term 2003, 2004 San Francisco Att’ y 14.
- CIDH: *Reporte Anual*, 1974, OEA/Serv. L/V/II, 34, doc. 31, rev. 1 (1975), en <<http://www.cidh.org/annualrep/74sp/indice.htm>>.
- Criminal Law Bulletin*, vol. 44, n.º 5, septiembre-octubre del 2008.

*University Law Review*, n.º 103, Colloquy, septiembre del 2008, p. 88, disponible en <[http://colloquy.law.northwestern.edu/main/author\\_davis\\_benjamin\\_g/](http://colloquy.law.northwestern.edu/main/author_davis_benjamin_g/)>.

<sup>173</sup> Véase “America makes history. Obama wins. ‘Change has come to America,’ he says after election to presidency erases a racial barrier; Democrats make gains”, en *USA Today*, 5 de noviembre del 2008.

<sup>174</sup> “Liberty and security can be reconciled”. USSC, *Boumediene et al. vs. Bush*.

- CHEMERINSKY, Erwin: *Federal Jurisdiction*, Londres: Little, Brown and Company, 1989.
- “When it matters most, It is still the Kennedy Court”, en *Green Bag*, verano del 2008.
- DAVIS, Benjamín G.: “No third class processes for foreigners”, en *Northwestern University Law Review*, n.º 103, Colloquy, septiembre del 2008, p. 88, disponible en [http://colloquy.law.northwestern.edu/main/author\\_davis\\_benjamin\\_g/](http://colloquy.law.northwestern.edu/main/author_davis_benjamin_g/).
- DELGADO, Richard: *Justice at War, Civil Liberties and Civil Rights during times of Crisis*, Nueva York: New York University Press, 2003.
- DORF, Michael C.: “The Hidden – and Obvious – Lessons in the Supreme Court’s Divided Ruling Invalidating Military Commissions”, en *FindLaw*, 30 de junio del 2006, disponible en <http://writ.news.findlaw.com/dorf/20060630.html>.
- DWORKIN, Ronald: “Why it Was a Great Victory”, en *The New York Review of Books*, vol. 55, n.º 13, 14 de agosto del 2008.
- GEARAN, Anne: “Supreme Court Mulls Enemy Combatant Case”, Associated Press, 4 de febrero del 2004.
- HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION: “Developments in the Law. The National Security Interest and Civil Liberties. The exercise of Emergency Powers”, en *Harvard Law Review*, 1972, p. 1284.
- HOLLAND, Gina: “Supreme Court rejects challenge to Bush’s wartime detention powers case”, en *FindLaw*, 3 de abril del 2006.
- HUDSON, David L.: “Padilla Decision leaves unanswered questions. Supreme Courts denies review, but the issue of detainee status still alive”.
- HYLAND JR., William G.: “Law v. National Security: When Lawyers make terrorism policy”, *Rich. J. Global L. & Bus.*, vol. 7, n.º 247.
- JEFFERSON, Thomas: “Letter from Thomas Jefferson to J. B. Colvin” (20 de septiembre de 1810), en Adrienne KOCH & Wiliam PEDEN (eds.): *The Life and Selected Writings of Tomas Jefferson*, 1944.
- JOSEPH, Joel D.: *Black Mondays. Worst Decisions of the Supreme Court*, Bethesda (Maryland): National Press, 1991.
- LANE, Charles: “Case tests power of Judiciary, President Military Tribunal’s Legality is Debate”, en *Washington Post*, Washington DC, 29 de marzo de 2006, p. A 06.
- “Court Case Challenges Power of the President”, en *Washington Post*, Washington DC, 26 de marzo, p. A01.
- “Court Denies Review of Post-9/11 Secrecy. But Justices Will Hear Two Cases on Rules for Deporting Convicted Immigrants”, en *Washington Post*, Washington DC, 24 de febrero del 2004, p. A 06.
- “Justices Won’t Review Padilla case”, en *Washington Post*, Washington DC, 4 de abril del 2006, p. A 06.
- “Narrow Victories Move Roberts Court to Right. Decisiones Ignore Precedent, Liberal Justices Contend”, en *Washington Post*, Washington DC, 29 de junio del 2007, p. A 04.
- “Leading Case”, en *Harvard Law Review*, n.º 118, p. 406.

- LÓPEZ GUERRA, Luis, Eduardo ESPÍN, Joaquín GARCÍA MORILLO, Pablo PÉREZ TREMPs y Miguel SATRÚSTEGUI: *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.
- MATHEWS, Melissa K.: "Current Public Law and Policy Issues: Restoring The Imperial Presidency: An Examination Of President Bush's New Emergency Powers", en *Hamline Journal of Public Law and Policy*, n.º 455, 2002.
- McMILION, Rhonda: "ABA Leaders Zero in on a Dozen Key Issues for Advocacy Efforts in Congress", en *ABAJ*, n.º 68.
- McNEAL, Gregory S.: "Beyond Guantánamo, obstacles and options", en *Northwestern University Law Review*, n.º 103, Colloquy, septiembre del 2008.
- MINTZ, John: "Both sides say Tribunals will be fair Trials", en *Washington Post*, Washington DC, 23 de mayo del 2003, p. A 03.
- "No exceptions Rights", *Washington Post*, Washington DC, 5 de junio del 2003, p. A 32.
- NOWAK, John E., y Ronald D. ROTUNDA: *Constitutional Law*, St. Paul (Minn.): West Publishing, 4.ª ed., 1991.
- "Padilla's lawyers oppose transfer", en *Washington Post*, Washington DC, 31 de diciembre, p. A 04.
- REHNQUIST, William H.: "All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime", 1998.
- "Retired military brass want Justice Scalia to withdraw from Guantanamo detainee case", en *FindLaw*, 28 de marzo del 2006.
- RICHEY, Warren: "Detainee cases hit court", en *The Christian Science Monitor*, 23 de enero del 2004.
- SAGÜÉS, María Sofía: "Dinámica de la polarización de la Suprema Corte de Estados Unidos de América", en *El Dial*, <<http://www.eldial.com>>.
- SHEFFER, Martin S.: *The judicial development of presidential war powers*, Connecticut: Praeger, 1999.
- SIEGEL, Andrew: "Court is adjourned - what have we learned?", en *S. Carolina Lawyer*, vol. 16, n.º 14.
- STONE, Geoffrey R., Louis M. SEIDMAN, Cass R. SUNSTEIN y Mark V. TUSHNET: *Constitutional law*, Londres: Little Brown, 2.ª ed., 1999.
- "Supreme Court to Hear 'Dirty Bomber' Case -Decision Will Determine Whether U. S. Can Hold Citizens Indefinitely as 'Enemy Combatants'" -The Associated Press, Friday, February 20, 2004; 1:30 PM.
- SUSTEIN, Cass R.: "An Eighteenth Century Presidency in a twenty-first Century World", *Ark. L. Rev.*, vol. 48, n.º 13, 1995.
- "Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools required to intercept and obstruct terrorism", "(USA Patriot) Act of 2001", H. R. 3162, Pub. L. n.º 107 § 10756, 2001.
- VENKAT, Iyer: "States of Emergency - Moderating their Effects on Human Rights", en *Dalhousie L.J.*, vol. 22, n.º 125.
- WASHINGTON POST: "ABC News poll", en "Fewer see Balance in Court's Decisions", en *Washington Post*, Washington DC, 29 de julio del 2007, p. A 03.

- WEISSBRODT, David, y Andrea V. TEMPLETON: “Fair Trials? The manual for Military Commissions in Light of Common Article 3 and other internacional law”, en *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, vol. 26, n.º 353, verano del 2008.
- ZOVATTO G., Daniel: *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, San José (Costa Rica): IIDH, 1999.