

¿EL FIN DEL GARANTISMO?: LA ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL EN EEUU EN 2002

MARCOS CRIADO y ANTONIO DE CABO

Universidad de Alicante y Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

1. La situación de los derechos humanos en los EEUU
2. Panorámica jurisprudencial
3. Sentencias sobre la primera enmienda (libertad de expresión)
4. Sentencias sobre derechos laborales/sociales
5. Extranjería
6. Establishment Clause
7. Jurisprudencia sobre delitos sexuales y Cuarta Enmienda
8. Elecciones
9. Class Actions

Desde el ataque del World Trade Center el 11 de septiembre de 2001, los EEUU se encuentran en un estado de excepción conocido como *war on terrorism*. Sin embargo, como denuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de 2001, aunque los EEUU son parte del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, no han comunicado al Secretario General de Naciones Unidas la decisión de tomar medidas excepcionales que justifiquen la derogación de la vigencia de algunos artículos del Pacto, a lo que obliga el art. 4 del mismo. Por tanto, al menos desde el punto de vista internacional, los derechos del Pacto siguen plenamente vigentes en los EEUU, y las violaciones de los mismos podrán depurarse internacionalmente.

Durante la vigencia de este estado de excepción, los EEUU han realizado dos ocupaciones militares de estados soberanos (Afganistán e Irak), han mantenido detenidos un número indeterminado de personas sin formulación de car-

gos ni posibilidad de visita por sus familiares por larguísimos periodos de tiempo, han ordenado la celebración secreta de las audiencias de los juicios de inmigración para una lista de personas determinadas por la Secretaría de Estado de Justicia, han autorizado la escucha de las conversaciones entre abogados y clientes sin autorización judicial, han mantenido en la base de Guantánamo un grupo de combatientes extranjeros capturados en acciones de guerra sin formular cargos contra ellos ni otorgarles estatus jurídico, han establecido por orden ejecutiva comisiones militares con funciones jurisdiccionales en materia de delitos relacionados con el terrorismo, han concedido poderes extraordinarios al ejecutivo para limitar los derechos de los ciudadanos y no ciudadanos, hasta el punto de que para estos últimos el garantismo prácticamente ha desaparecido.

Este es el hecho constitucional más relevante que en la actualidad sucede en los EEUU. Por ello, la presente entrega de la Panorámica anual se dedica a valorar el estado de los derechos humanos en Norteamérica, teniendo muy presente que gran parte de las medidas de control social que allí se han llevado a cabo están comenzando a introducirse en Europa, delineándose una situación de estado de excepción global en la que el Derecho, y particularmente los derechos constitucionales de los ciudadanos, se sacrifican a las necesidades coyunturales de los gobiernos. Ello significa la mayor involución en la protección del ciudadano frente a la arbitrariedad de los poderes públicos desde la Segunda Guerra Mundial. La extensión y el propósito de estas panorámicas anuales sobre el Derecho constitucional estadounidense no permiten tratar todos los temas con la profundidad deseable, sin embargo, siendo hechos en extremo preocupantes, sí creemos que es necesario dar noticia de las normas y prácticas que de manera más clamorosa atentan contra los derechos humanos.

Por otro lado, el periodo de tiempo que abarca la presente entrega excede el año 2002. Cuando este número llegue a manos de los lectores, el año 2003 prácticamente habrá finalizado y la continuidad de los debates abiertos en el año 2002 aconsejan exceder el ámbito anual de atención. Resta en la forma de otras panorámicas el apartado relativo a la jurisprudencia, que hasta el momento no ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera sistemática sobre los hechos que aquí se recogen.

1. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS EEUU

Siete semanas después de los ataques contra el Pentágono y las Torres gemelas, el Congreso de los Estados Unidos otorgó al ejecutivo los poderes especiales que había solicitado para llevar a buen puerto su lucha contra el terrorismo, a través de la USA PATRIOT Act¹, la constitucionalidad de algunas

1. Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act, 107 Pub. L. No. 56, 115 Stat. 272 (2001), codificada en varios títulos y secciones del U.S. Code.

de cuyas previsiones ya fue discutida en la entrega anterior de esta panorámica. Se trataba de una legislación de excepción (en el sentido de que desconocía o atenuaba la protección de ciertos derechos constitucionales) sin limitación en el tiempo, pues la guerra contra el terrorismo se anunciaba larga. Aunque muchos de los poderes que otorgaba al ejecutivo resultaban excesivos incluso en una situación excepcional, no parecen haber resultado bastantes para la Administración Bush, que conduce su lucha doméstica contra el terrorismo a través de medidas ejecutivas (órdenes ejecutivas y regulaciones administrativas internas) sin habilitación legal expresa y muchas veces acaparando funciones constitucionales tanto del poder legislativo como del judicial. En este apartado se enumeran las medidas que atentan contra la separación de poderes, entendida como garantía de los derechos en tanto que impide la acumulación de poder en órganos singulares del estado, contra los medios de control del poder por parte de los ciudadanos y contra los derechos constitucionales de los ciudadanos y los no ciudadanos que se encuentran en los EEUU.

Para algunos autores, estas medidas no son más que una revitalización de las formas de control social y represión política del macartismo, forma típica de reacción frente a crisis violentas en los EEUU y en otros estados democráticos²; para otros, están destinadas a crear «un sistema de justicia alternativo», que excede con mucho los poderes extraordinarios que puede sumir el Presidente en los estado de excepción³.

A) INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES: LA ASUNCIÓN POR PARTE DEL PRESIDENTE DE PODERES LEGISLATIVOS Y JUDICIALES

Las regulaciones internas (*interim regulations*) de las agencias gubernamentales se utilizan para establecer políticas y prácticas administrativas a ser puestas en práctica por los funcionarios públicos, y producen efecto sin intervención ni conocimiento alguno por parte del Congreso. Las órdenes ejecutivas se toman por deseo del Presidente sin necesidad de consulta a ninguna otra rama del gobierno o a las agencias gubernativas. Cambiando la forma de operar de las agencias y las normas materiales que tienen que hacer cumplir, la acción conjunta de las órdenes ejecutivas y las regulaciones internas pueden tener el mismo efecto que la ley sin intervención alguna del poder legislativo.

Ejemplo de ello es la regulación interna de 20 de septiembre de 2001 del Departamento de Justicia, adoptada como legislación de emergencia⁴, que per-

2. David Cole, *The New McCarthyism: Repeating History in The War on Terrorism*, Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review, vol. 38, n.1, winter 2003.

3. Oren Gros, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, Yale Law Journal, vol. 112, n. 5, june 2002.

4. 66 Fed. Reg. 183 en 48.334 (sept. 20, 2001) (codificada como 8 C.F.R. pt. 287).

mite al *Immigration and Naturalization Service* (INS) mantener detenidos a extranjeros sin formular cargos contra ellos más allá de 48 horas, en «situaciones que impliquen una emergencia u otra circunstancia excepcional» durante «un periodo de tiempo razonable». La indeterminación del supuesto de hecho que permite mantener la detención, así como la indeterminación temporal de la misma, suponen conferir al INS la discreción de decidir a quién detiene y de mantener dicha detención indefinidamente.

La Sección 412 de la Usa Patriot Act prohíbe expresamente mantener la detención de inmigrantes sospechosos de terrorismo por un periodo superior a siete días sin acusación formal. Puesto que la Usa Patriot Act entró en vigor 26 días después de la regulación de emergencia, el Departamento de Justicia debería haber revisado su legislación temporal para adaptarla a las previsiones del Congreso, cosa que lejos de hacer, siguió aplicando para mantener personas detenidas por periodos superiores a siete días. Con ello se da la paradoja de que, puesto que la sección 412 únicamente se aplica a los inmigrantes respecto de los cuales el Fiscal General ha expresado sus razonables sospechas de que están involucrados en actividades terroristas, mientras que la regulación de 20 de septiembre de 2001 se aplica a todos los inmigrantes, los sospechosos de actividades terroristas gozan en teoría de una mejor protección legal que los inmigrantes sin relación con el terrorismo.

Pero la regulación de 20 de septiembre no es solo ilegal, sino que también contradice la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo. En *Zadvydas v. Davis*⁵ el Tribunal Supremo determinó que las previsiones constitucionales relativas al debido proceso se aplican a todas las personas que físicamente se encuentren en el territorio de los Estados Unidos, incluidos los inmigrantes susceptibles de deportación⁶, lo que, por otra parte, no es más que una obligación de los EEUU como signatario del Pacto de Derechos Civiles. Ello significa que los no ciudadanos no pueden ser detenidos sin acusación formal o sin acceso a un proceso judicial con las debidas garantías. Y eso es exactamente lo que está ocurriendo en los EEUU, donde permanecen detenidos un número indeterminado de inmigrantes con acusaciones de violación de disposiciones sobre visados, por mucho más tiempo del necesario para ejecutar la deportación.

El uso de las autoridades de inmigración para realizar detenciones preventivas tiene ya una triste historia en los EEUU que se remontan a los *Palmer Raids* de 1919-1920⁷. Ello se basa en el deficiente garantismo de los procesos

5. 533 U.S. 678, 121 S. Ct. 2491, 2500 (2001); ver también *Mathews v. Diaz*, 426 U. S. 67, 77 (1976).

6. Sobre la inconstitucionalidad y los excesos de la sección 412 de la USA PATRIOT Act respecto a esta jurisprudencia, vid. Shirin Sinnar, *Patriotic or Unconstitutional? The Mandatory Detention of Aliens Under the USA Patriot Act*, *Stanford Law Review*, vol. 55, n. 4, 2003.

7. Sobre el tema vid. Robert K. Murray, *Red Scare: A Study in National Hysteria, 1919-1920*, Minneapolis, University of Minneapolis Press, 1955; David Cole, *Enemy Aliens*, *Stanford Law Review*, vol. 54, n. 4, 2002, pp. 995 ss.

de inmigración en los EEUU respecto de los procesos penales. El Tribunal Supremo determinó hace ya tiempo que la deportación no es una pena y que, por tanto, los derechos que deben garantizarse en los juicios penales no se extienden automáticamente a las audiencias sobre deportación⁸. Los extranjeros en un proceso de deportación no tienen derecho constitucional a un abogado, del que gozarán únicamente si pueden encontrarlo y pagarlo⁹; no gozan del derecho constitucional a la presunción de inocencia ni a la citación de testigos, de manera que aunque el Tribunal Supremo insiste en que los extranjeros que viven en los EEUU tienen el derecho a un debido proceso consistente en una audiencia¹⁰, los contornos y el contenido de dicho derecho nunca han quedado claramente delimitados.

Otra regulación interna del Departamento de Justicia de 31 de octubre de 2001¹¹, permite a los agentes federales del *Bureau of Prisons* escuchar las comunicaciones entre cliente y abogado cuando razonablemente se crea que sirven para realizar o facilitar actos de terrorismo. Anteriormente, en circunstancias muy limitadas, se permitía dicha vigilancia siempre que fuera autorizada por un juez. Según la regulación interna basta la aprobación del Fiscal General y la comunicación al abogado y al cliente, salvo que la escucha quiera realizarse sin conocimiento de éstos, en cuyo caso se necesita una autorización judicial. A través de esta legislación se crean excepciones al privilegio comunicativo entre cliente y abogado legalmente establecido, sin autorización del Congreso ni posibilidades de control por autoridades judiciales o independientes del Departamento de Justicia¹².

En la misma fecha, 31 de octubre de 2001, entró en vigor otra regulación interna del Departamento de Justicia destinada a impedir que los jueces de inmigración puedan contrarrestar la utilización de los procedimientos de inmigración como instrumento de detención preventiva¹³. Los jueces de inmigración, al igual que el *Board of Immigration Appeals* (BIA) —sus superiores jerárquicos— son parte del Departamento de Justicia, y rinden cuentas de su gestión ante el Fiscal General. Sin embargo, los jueces son independientes de la Oficina del Fiscal General en cuanto a las decisiones que toman, cuya aplicación corresponde al INS. La regulación que referimos da a los Directores de Distrito del INS que actúen como acusadores en casos de inmigración, el poder de detener, con una simple apelación, la ejecución de las órdenes de los jueces de inmigración poniendo en libertad a aquellos detenidos cuyos casos estén pendientes de apelación en el BIA. Esto significa ni más ni menos

8. *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893)

9. 8 U. S. C. § 1229a(b)(4)(A) (2000).

10. *Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903).

11. 66 Fed. Reg. 211 en 55062 (oct. 10, 2001).

12. Sobre la constitucionalidad de la medida vid. Avidan Y. Cover, *A Rule Unfit for All Seasons: Monitoring Attorney-Client Communications Violates Privilege and the Sixth Amendment*, *Cornell Law Review*, vol. 87, 2002, pp. 1233 ss.

13. 66 Fed. Reg. 211, en 54.909 (Oct. 31, 2001).

que subordinar la orden de un juez a la discrecionalidad de un acusador. Esta orden, junto con la llamada *Creppy Memo* de la que hablaremos más adelante, son parte de una estrategia de control y reducción de la discrecionalidad y la autoridad de los jueces de inmigración, que quedó al descubierto mediante una orden de febrero de 2002 que obligaba al BIA a reducir sus acciones mediante el despido de la mitad de los jueces, para asegurar así la obediencia de los jueces restantes. Ello ha provocado la solicitud por parte de la Asociación Nacional de Jueces de Inmigración al Congreso de eliminar la dependencia de las cortes de inmigración del Departamento de Justicia.

Sin embargo, quizá el acto de la Administración que de manera más clamorosa ejerce competencias atribuidas a los poderes legislativo y judicial, es la orden ejecutiva de 13 de noviembre de 2001, autorizando la creación de tribunales militares para juzgar a los no ciudadanos acusados de terrorismo¹⁴. En virtud de esta orden se crean comisiones militares, se regula el procedimiento que se llevará a cabo ante las mismas, con nombramiento de abogados y acusadores militares, que no sigue el procedimiento establecido en el *Uniform Code of Military Justice*, se establece que sus decisiones no están sujetas a la *judicial review* sino únicamente a la revisión presidencial, que deberá ratificar las penas impuestas, incluida la pena de muerte, y se deja a la discrecionalidad del Secretario de Defensa declarar el secreto de los juicios.

Con esta orden, el Presidente ha excedido con mucho sus competencias constitucionales. Los referentes anteriores de solicitud por parte de la Administración de establecer tribunales militares se remontan a la Segunda Guerra Mundial. El juicio de ocho acusados de sabotaje pocos días después de la entrada de EEUU en la Guerra fue autorizada por el Tribunal Supremo en su sentencia *Ex parte Quirin* argumentando que el poder de establecer dichos tribunales le había sido conferido por el Congreso al Presidente Roosevelt a través de la declaración formal de guerra, y que dichos tribunales se entendían sancionados por el Congreso desde la declaración de guerra hasta que se declarara formalmente la paz¹⁵. Además, los artículos 81 y 82 de los *War Articles* del *U.S. Code* permitían la creación de tribunales militares para juzgar a los espías enemigos, artículos que fueron eliminados en 1956.

A diferencia del caso reseñado, el Presidente Bush actúa sin una declaración formal de guerra y sin autorización expresa alguna del Congreso para establecer tribunales militares. Como fundamento para dictar la orden, el Presidente cita la autorización del Congreso para usar la fuerza militar contra aquellas «naciones, organizaciones o individuos» involucrados en los ataques del 11 de septiembre¹⁶. Pero dicho acto legislativo no hace referencia al uso de tribunales militares para juzgar a terroristas, y el punto ni siquiera fue obje-

14. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57833 (Nov. 13, 2001).

15. 317 U.S. 1 (1942), 25-26.

16. Pub. L. No. 107-40 (2001).

to de discusión¹⁷. Además, la orden de 13 de noviembre se aplica a todos los no ciudadanos acusados de terrorismo, y no solo a los involucrados en los ataques del 11 de septiembre, con lo que excede el objeto de la resolución de uso de la fuerza militar. El Presidente también invoca las secciones 821 y 836 del Título 10 del *U.S. Code*, sin que ninguna de ellas autorice la acción del Presidente. La sección 821 simplemente establece que si el Congreso autoriza la creación de tribunales militares, éstos no tendrán que ajustarse necesariamente al proceso previsto para las cortes marciales en la justicia militar. Correspondientemente, la sección 836 da al Presidente el poder de establecer procedimientos propios para estos tribunales militares, poderes que únicamente pueden ejercerse si el Congreso autoriza la creación.

Por último, debe reseñarse que no se trata en este caso de una acción del Presidente en ausencia de la autorización del Congreso, sino que el Presidente ha actuado contra la voluntad declarada del Congreso. La orden de 13 de noviembre permite la detención indefinida de no ciudadanos sospechosos de terrorismo, sin posibilidad de recurso ante los tribunales, un poder que la Administración solicitó pero le fue denegado por el Congreso al redactar la *Use Patriot Act*. La sección 412 de dicha ley exige que los no ciudadanos sean o bien acusados de un crimen o bien deportados pasados siete días desde su detención, y expresamente permite la revisión judicial de la detención mediante *habeas corpus*. Por tanto, la orden de 13 de noviembre ejerce poderes que expresamente le fueron negados en el Congreso, contraviniendo la jurisprudencia constitucional al respecto que, en *Ex parte Milligan*, había declarado tajantemente que el Presidente no puede por sí mismo autorizar detenciones sin juicio, poder que solo corresponde al Congreso¹⁸.

B) EL SECRETO DE LAS ACCIONES DE GOBIERNO Y LA IMPOSIBILIDAD DE ESCRUTINIO PÚBLICO

La guerra contra el terrorismo de la Administración Bush se está llevando a cabo en un clima de secreto y falta de transparencia que excede con mucho la discreción necesaria para llevar a buen término las investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad de los ataques del 11 de septiembre. Aún hoy en día es un misterio el número de personas aprehendidas en la ola de detenciones preventivas que tuvo lugar tras los atentados, e incluso nadie tiene claro el número de personas que continúan detenidas. David Cole calcula en abril de 2002 que el número de detenidos supera los 2000¹⁹. Hoy en día una sola persona —Zaccarias Moussaoui— ha sido acusado de estar relacionado con los delitos que se investigan, y fue arrestado antes del 11 de septiembre.

17. Vid. Cong. Rec. H5638-5683 (14 de septiembre de 2001).

18. 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1896).

19. David Cole, *Enemy Aliens*, cit., p. 960.

Según declaraciones de funcionarios públicos, 10 u 11 de los detenidos (presumiblemente incluido Moussaoui) podrían ser miembros de Al Qaeda²⁰. Entonces, ¿porqué fueron detenidos los otros 1990?

Todas las detenciones se llevaron a cabo en un clima de secreto sin precedentes. Después de una considerable presión pública, la presentación de una demanda conforme a la *Freedom of Information Act* (FOIA) y la solicitud de miembros del Congreso, en noviembre el Departamento de Justicia informó que aproximadamente 600 personas permanecían bajo custodia federal. La gran mayoría habían sido detenidos por cuestiones de inmigración. En torno a 50 permanecían detenidas por delitos federales, y un número no revelado pero reducido, como testigos materiales bajo la sección 3144 del § 18 del U.S. Code. El gobierno rehusó revelar cuántos de los detenidos estaban acusados de delitos estatales o locales, así como la identidad de los inmigrantes detenidos y de los testigos materiales²¹. En febrero de 2002, el gobierno anunció que 327 personas continuaban bajo la custodia del INS, pero se negó de nuevo a dar sus nombres. Y es que el Departamento de Justicia ha sido especialmente «misterioso» en lo que a los detenidos por cuestiones de inmigración se refiere. El 21 de septiembre de 2001, por orden del Fiscal General John Ashcroft, el Juez jefe de inmigración, Michael Creppy, giró instrucciones a los jueces de inmigración para que cerraran al público las audiencias de una lista de nombres determinada por el Departamento de Justicia. Se ordenaba a los jueces no incluir los casos en los tablones de anuncios y negarse a confirmar o desmentir si los casos existían²². Puesto que no había manera de justificar la clausura de las audiencias por motivos de confidencialidad de información clasificada, o para proteger al encausado o a su abogado, un juez federal declaró en abril de 2002 la inconstitucionalidad de la orden por violación de la primera enmienda, declarando que «democracies die behind close doors... When the government begins closing doors, it selectively controls information rightfully belonging to the people. Selective information is misinformation»²³. En aquel momento, al menos 700 extranjeros habían sido juzgados en secreto. De ellos, según revelaron los documentos desclasificados por la demanda de la FOIA, 317 fueron mantenidos en detención más de 48 horas hasta que

20. David Firestone y Christopher Drew, *A Nation Challenged: The Cases; Al Qaeda Link Seen in Only a Handful of 1,200 Detainees*, New York Times, 29 de noviembre de 2001, A1.

21. Neil Lewis y Don Van Natta, Jr., *A Nation Challenged: The Investigation; Ashcroft Offers Accounting of 641 Charged or Held*, New York Times, 28 de noviembre de 2001, A1.

22. Es lo que se conoce como *Creppy Memo: Memorandum from Chief Immigration Judge Michael Creppy to All Immigration Judges re: Cases Requiring Special Procedures* (21 de septiembre de 2001). Según el memorandum, las peticiones de la prensa deberían dirigirse a la *Public Affairs Office* en Virginia y el resto de peticiones debían hacerse según el procedimiento de la FOIA, que normalmente dura meses.

23. *Detroit Free Press v. Ashcroft*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 5839 (E.D. Mich. 2002). Vid. también *Center for National Security Studies v. United States Department of Justice*, No. Civ. A 01-2500 (GK) (15 de Agosto de 2002).

fueron formalmente acusados, 36 por más de cuatro semanas y 9 por más de 50 días²⁴.

Evidentemente, la razón «real» para la detención de estas personas no puede ser que trabajaran sin autorización o que estuvieran matriculados en pocos créditos académicos, es decir violaciones de los visados concedidos, sino la aplicación por parte del Departamento de Justicia de una política de la sospecha hacia el extranjero²⁵, que se mantenía privado de libertad hasta que el FBI no quedaba plenamente convencido de su inocencia. El *New York Times* ha reportado cómo el Departamento de Justicia ha impedido la salida de al menos 87 extranjeros que o bien habían acepado la deportación o habían sido condenados a la misma²⁶, cuando el Tribunal Supremo ni siquiera admite que se prolongue la detención cuando el extranjero no puede ser deportado en un futuro inmediato²⁷. Así, todo extranjero árabe o de religión mahometana, por el hecho de serlo, es sospechoso de pertenecer a una cédula durmiente de Al Qaeda, y frente a este argumento de seguridad nacional cede cualquier consideración humanitaria o jurídica, incluidos los derechos constitucionales de los no ciudadanos, permitiéndose políticas de detención masiva y de confinamiento extrajudicial, basadas en cuestiones migratorias que nunca han justificado medidas tan severas.

El INS no tiene autoridad para mantener detenida a una persona una vez que la puede sacar del país. La competencia del INS para detener es accesoria a su autoridad para deportar, por lo que no puede declinar la deportación de una persona y mantenerla privada de libertad. La Corte Suprema ha autorizado el poder de detener preventivamente al INS sólo allí donde es necesario para efectuar la deportación²⁸. Pero no puede detener como castigo, ni tiene libertad para detener a personas que considere peligrosas²⁹.

La voluntad de gobernar de manera opaca se aprecia también en la orden ejecutiva de 1 de noviembre de 2001³⁰, en donde el Presidente Bush extiende

24. Amnistía Internacional, *Amnesty International's Concerns Regarding Post September 11 Detentions in the USA*, 14 de marzo de 2002, en <http://www.amnesty-usa.org/usacrisis/9.11detentions2.rtf>.

25. Sobre la noción de «política de la sospecha» cfr. José Asensi Sabater, *Políticas de la sospecha, migraciones internacionales y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

26. Christopher Drew y Judith Miller, *A Nation Challenged: The Detainees; Though Not Linked to Terrorism, Many Detainees Cannot Go Home*, *New York Times*, 18 de febrero de 2002, A1. Ibrahim Turkmem, ciudadano turco, fue arrestado el 13 de octubre de 2001, y se le ofreció la salida voluntaria el 31 del mismo mes. Dos días después, un amigo le compró un billete y lo llevó a la oficina del INS. Aún así, el INS mantuvo privado de libertad a Turkmen por cuatro meses más hasta que el FBI se convenció de que era inocente. Cfr. *Turkmen v. Ashcroft*, CV-02-307 (E.D.N.Y. 2002), cit. por David Cole, *Enemy Aliens*, cit., p. 964.

27. *Zadvydas v. Davis*, cit., 2491.

28. *Carlson v. Landon*, 342 U.S. 524 (1952).

29. *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896).

30. Orden ejecutiva 33.233, «Further Implementation of the Presidential Records Act», 66 Fed. Reg. 56025 (Nov. 1, 2001). En profundidad, vid. Marcy Lynn Karin, *Out of Sight but Not Out Of Mind: How Executive Order 13,233 Expands Executive Privilege While Simultaneously Preventing Acces to Presidential Records*, *Stanford Law Review*, vol. 55, no. 2, 2002, pp. 529 ss.

el «privilegio ejecutivo» (la capacidad del Presidente de mantener sus archivos en secreto) a varios documentos que no estaban contemplados en la *Presidential Records Act*; aumenta indefinidamente el tiempo que tiene un ex-presidente para decidir sobre la desclasificación de sus archivos; y extiende el privilegio a archivos del Vicepresidente.

C) MEDIDAS CONTRA LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Como hemos visto anteriormente, gran parte del arsenal de medidas de control social se dirigen a la población más débil y desprotegida: los inmigrantes. Sin embargo, como veremos en este apartado, las medidas regresivas de Bush también afectan a los derechos de los ciudadanos norteamericanos, que también son objeto del giro autoritario experimentado por el gobierno estadounidense a partir del 11 de septiembre.

Debe quedar claro cuál es la diferencia de estatus de los ciudadanos y los no ciudadanos en cuanto al goce de los derechos constitucionales que aquí se refieren. El Tribunal Supremo ha declarado que ni la Primera ni la Quinta enmiendas «conocen distinción alguna entre ciudadanos y residentes extranjeros»³¹. Durante más de un siglo, el Tribunal ha reconocido también que el principio de igual protección es «universal en [su] aplicación a todas las personas dentro de su jurisdicción territorial, sin que importen diferencias de... nacionalidad»³². De la misma manera ha reconocido que la cláusula de proceso debido «se aplica a todas las personas que se encuentren en los Estados Unidos, incluidos los extranjeros, independientemente de que su presencia aquí sea legal, ilegal, temporal o permanente»³³. Y cuando los no ciudadanos, no importa cuál sea su estatus, son juzgados por crímenes, son titulares de todos los derechos propios del proceso penal³⁴. Precisamente por esta cuestión los extranjeros sospechosos fueron detenidos mediante los poderes administrativos de inmigración, mucho menos garantistas, aunque el objetivo era parte de una investigación de tipo penal, y por tanto sujeta a las garantías que le son propias.

Medidas que afectan los derechos de la primera enmienda

La primera enmienda protege el derecho de libertad de expresión y reunión, la independencia de la prensa y prohíbe tanto la confesionalidad del

31. *Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U.S. 590, 596 n. 5 (1953).

32. *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886).

33. *Zadyvas v. Davis*, 533 U.S. 678, 121 S. Ct. 2491, 2500 (2001).

34. *Almeida-Sánchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973). Vid. también *Bridges v. Wixon*, 326 U.S. 135, 161 (1945), que declara que los extranjeros están protegidos por la Primera, la Quinta y la Decimocuarta enmiendas; *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896), que sostiene que los extranjeros acusados de delitos están protegidos por la Primera, Sexta y Decimocuarta Enmiendas.

estado como el ataque oficial a cualquier tipo de religión. La libertad de expresión se entiende en un doble sentido: abarca tanto el derecho a acceder libremente a ideas, como el derecho de expresarlas con la misma libertad. El derecho de reunión se interpreta unido al de libertad de expresión como cobertura del derecho de manifestación y de otras actividades políticas.

La Usa Patriot Act contiene normativas destinadas a desalentar, cuando no criminalizar, la legítima expresión de las posiciones políticas. Dicha Ley crea un nuevo delito, el «terrorismo doméstico», que hace más borrosa la distinción entre opinión política y actividad criminal. La sección 802 de la Ley define «terrorismo doméstico» como «actos peligrosos para la vida humana que son una violación de las leyes criminales» y que «aparecen dirigidos a influir la política de un gobierno mediante la intimidación y la coacción». Se trata sin duda de un ejemplo de vaguedad en la definición jurídica de tipos penales, vaguedad que puede ser acreedora de una interpretación extensa ciertamente peligrosa. La protesta política callejera contiene, en casi todos los casos, actos de desobediencia civil que han constituido a lo largo de la historia del siglo XIX y XX formas legítimas de expresar públicamente el rechazo o el desacuerdo, y que en todos los casos están dirigidos a coaccionar y presionar a un gobierno para que cambie. Esta es la esencia de una manifestación. Así, en la propia naturaleza de estos actos de expresión política, existen los elementos básicos para considerarlos actos criminales. Pero es que además, el requisito de que los actos sean «peligrosos para la vida humana», sin distinguir entre actos intencionales y aquellos que pueden causar daños imprevisibles, es demasiado amplia. Cualquier manifestación que corte el camino de una ambulancia, podría considerarse un acto de terrorismo doméstico bajo la definición de la nueva ley. La vaguedad en la definición de estos hechos delictivos puede provocar miedo a una respuesta desproporcionada, desincentivando así la libre expresión política.

La sección 411 de la Usa Patriot Act resucita la vieja idea de la era McCarthy de la culpabilidad por asociación (*guilt by association*). Antes del 11 de septiembre de 2001, los extranjeros podían ser deportados por estar involucrados o apoyar actividades terroristas, pero no por la simple asociación³⁵. Los extranjeros podían ser deportados por dar apoyo material a una organización únicamente si conocían o si razonablemente podían conocer que su apoyo ayudaba a la organización a «realizar una actividad terrorista»³⁶. Es decir, el acusador tenía que demostrar un nexo entre la conducta del extranjero y la actividad terrorista. La Usa Patriot Act elimina esa exigencia de nexo y convierte en actividad penada con la deportación la solicitud de membresía, de fondos o la provisión de apoyo material a cualquier organización que haya

35. Immigration Act, 8 U.S.C. § 1227 (a)(4)(B)(2000).

36. Immigration Act, 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(b)(iii) (2000). Sobre la legislación de apoyo material como exponente de la culpabilidad por asociación antes de la USA PATRIOT Act, vid. David Cole, *The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism*, cit.

sido declarada terrorista, cosa que el gobierno puede hacer con cualquier organización que amenace, use, haya amenazado o haya usado la violencia. Incluso pueden deportarse aquellos que apoyen a organizaciones que, sin estar declaradas como terroristas, aparezcan involucradas o amenacen con el uso de la violencia, a no ser que el propio extranjero pruebe su inocencia.

Otra manifestación del control político son las medidas relacionadas con la *International Emergency Economic Powers Act* (IEEPA)³⁷. La ley autoriza al Presidente a imponer sanciones económicas a países extranjeros en situaciones de emergencia, y en tiempos recientes fue reformada para cortar la financiación de grupos e individuos considerados «terroristas». El Presidente Clinton comenzó a extender la IEEPA a organizaciones políticas en 1995, y el Presidente Bush, después del 11 de septiembre emitió una orden relativa a los grupos considerados terroristas, autorizando al Secretario del Tesoro a añadir a la lista a cualquier persona que asistiera financieramente, promocionara, apoyara o estuviera de cualquier otro modo asociado con grupos designados como terroristas³⁸. Dicha orden, en la medida en que faculta al Presidente para crear listas negras de grupos políticos sin criterios sustantivos ni garantías procesales, y permite al Secretario de Tesoro extender las sanciones a individuos basándose únicamente en el criterio de la asociación, resucita la práctica de la guerra fría de crear listas oficiales de organizaciones proscritas con el único criterio de la voluntad política de turno.

Estas medidas, al igual que las previsiones de la sección 411 de la Usa Patriot Act que prohíben la entrada a individuos asociados con grupos que hayan sido declarados terroristas por el Secretario de Estado (los miembros de partidos comunistas de la McCarran-Walter Act), incumplen también la primera enmienda en la medida en que inhiben el acceso de los estadounidenses a las ideas y corta el libre flujo de información con los Estados Unidos.

Medidas contra la Cuarta enmienda

La Cuarta enmienda protege contra requisiciones y registros infundados, y exige a las fuerzas públicas una orden judicial que certifique que existe una causa probable para creer que ha existido actividad criminal antes de cada registro, además de garantizar que los cuerpos de seguridad del estado no actúan de forma maliciosa, realizando investigaciones donde no existen evidencias creíbles de delito.

La extensión de los poderes de las agencias de investigación federal de intervenir llamadas telefónicas y correos electrónicos sin intervención judicial y sin alegar causa probable, para determinar el destinatario de la llamada (lo que en el caso de los e-mail es imposible sin conocer el contenido del men-

37. 50 U.S.C. § 1701 (a) (2000).

38. Orden ejecutiva No. 13.224 § 1(d), 3 C.F.R. 786 (2001).

saje), realizada por las secciones 206 y 218 de la USA PATRIOT Act, plantea serios problemas de constitucionalidad a este respecto.

Medidas contra la Quinta enmienda

La Quinta enmienda protege a los residentes en EEUU contra la imposición de penas sin un proceso con las debidas garantías, como es una adecuada explicación de los cargos, el derecho a no autoincriminarse y la garantía de no ser penado varias veces por el mismo hecho. La interpretación conjunta de la cláusula de proceso debido de la Quinta enmienda y la Decimocuarta enmienda determina que todos los residentes en los EEUU reciban una protección legal igual (un mismo proceso) sin discriminaciones basadas en la raza, etnia o religión.

Ante la detención de miles de personas durante meses sin formular cargos y sin indicio alguno de delito distinto de la mera sospecha basada en su condición de extranjeros, hablar de vigencia de la Quinta enmienda en los EEUU resulta problemático. Pero además, cuando se comprueba que esas detenciones se han dirigido casi exclusivamente contra ciudadanos árabes o de religión musulmana, que las medidas financieras auspiciadas por la IEEPA se han tomado casi exclusivamente contra organizaciones que profesan la fe mahometana sin garantías ulteriores, resulta directamente un sarcasmo.

Pero es que los tribunales militares previstos para juzgar a los no ciudadanos acusados de terrorismo en la orden ejecutiva de 13 de noviembre de 2001 incumplen prácticamente todas las garantías procesales que la humanidad ha ido perfilando y que se recogen en el Pacto de Derechos Civiles. En primer lugar, el derecho al juez natural predeterminado por la ley. Conforme a la sección 4(a), los acusados de terrorismo internacional serán juzgados por comisiones militares creadas ad hoc para el caso y cuyos integrantes serán nombrados por el Secretario de Defensa, al igual que los acusadores [sección 4(b) y (c)]. Con ello se incumple la más básica estructura del proceso, que es la existencia de un tercero decisor independiente de las partes. Aquí los jueces y los acusadores se nombran por el poder ejecutivo. Pero es que los defensores, en tanto deben ser aptos para acceder a información clasificada como secreta, necesitan el visto bueno del Departamento de Defensa [sección 4(c)(4)], con lo que muy probablemente serán oficiales militares. La legislación que regula las Cortes militares procede a nombrar un consejo de defensa integrado por militares que no puede ser rechazado por el acusado, al que podrá incorporarse el defensor civil que el acusado nombre, si bien siempre ha de trabajar bajo la coordinación del jefe del consejo de defensa. Pero es que además el defensor civil, aunque tenga un nivel de acceso alto a información clasificada, no podrá estar presente en aquellas partes del juicio que el representante del Presidente o el propio Presidente declaren cerradas. En segundo lugar, no existe garantía alguna del proceso de investigación del delito y de

obtención de las piezas de convicción, pues la regulación del procedimiento a realizar antes del juicio, durante el juicio y la ejecución de la pena corresponden al Secretario de Defensa según la sección 4(c). Por último, el derecho de apelación no existe, puesto que la sección 7(b)(1) y (2) declara la jurisdicción exclusiva de los tribunales militares y niega cualquier remedio procesal tanto en los tribunales estadounidenses como extranjeros o internacionales, excepto la del propio Presidente o del Secretario de Defensa si delega en él, a quienes corresponde la decisión final [sección 4(c)(8)]. Esta ausencia de apelación es tanto más grave si se considera que las comisiones militares pueden imponer hasta la pena de muerte sólo por una mayoría de 2/3 de los miembros presentes en el momento de la votación, que deben ser al menos la mayoría simple [sección 4(c)(7)].

No se trata por tanto de tribunales, sino de órganos administrativo-militares nombrados por el Presidente y jerárquicamente sometidos a su voluntad. Precisamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la recomendación 10.g) de su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos del 22 de octubre de 2002, establece que los estados miembros deben «abstenerse de utilizar... tribunales o comisiones militares para juzgar civiles».

D) ¿HAY UN AGUJERO NEGRO EN GUANTÁNAMO?

El 26 de septiembre de 2002, después de repetidas solicitudes al gobierno estadounidense para que informara, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió abrir procedimiento para la adopción de medidas cautelares sobre los detenidos del Campo Delta de la base estadounidense de Guantánamo. Se trata del penúltimo capítulo en la lucha legal por conseguir un trato no ya digno, sino simplemente jurídico, es decir contrastable con normas, para los combatientes talibanes y los sospechosos de pertenecer a Al Qaeda que EEUU mantiene detenidos en su base militar de Guantánamo, que actualmente se encuentran en lo que Amnistía Internacional ha llamado «un agujero negro legal»³⁹.

Desde el fin de las hostilidades en Afganistán, el 7 de octubre de 2001, EEUU comenzó a trasladar un número indeterminado de prisioneros capturados en combate a su base militar de Guantánamo, cifra que ha ido aumentando con sospechosos de pertenecer a Al Qaeda que han sido detenidos en otras partes del mundo, al menos 200 en seis países europeos, seis argelinos detenidos en Bosnia, un australiano detenido en Egipto... A comienzos de febrero de 2003 se calculaba que en Guantánamo había 649 detenidos⁴⁰, aunque el Departamento de Defensa ha aprobado un presupuesto para más de 2000 presos, con insumos suficientes para los próximos 20 años. Según decla-

39. Cfr. nota 24.

40. Mike Mount, *New detainees Held at Guantánamo Bay*, CNN (8 de febrero de 2003).

raciones de funcionarios estadounidenses, desde el 11 de septiembre de 2001 se han detenido a cerca de 3000 sospechosos de pertenecer a Al Qaeda en todo el mundo⁴¹. El número de los que se encuentran detenidos en bases norteamericanas fuera del territorio estadounidense se desconoce. Así, de existir un agujero legal no atañe solo a los detenidos en la base de Guatánamo, sino a todos los detenidos en relación con los atentados del 11 de septiembre por parte de las fuerzas militares estadounidenses en cualquier lugar del mundo.

El gobierno de EEUU ha rechazado informar de los nombres, nacionalidades o direcciones de los detenidos, únicamente se les permite correspondencia restringida con los miembros de su familia, y se prohíbe cualquier acceso al Campo excepto para algunas misiones diplomáticas de los países de origen de los detenidos y para visitas de la Cruz Roja Internacional.

En cuanto a la situación de los detenidos, se conoce que son sometidos a interrogatorios que comenzaron el 23 de enero de 2002. Existen muchas denuncias de la existencia de torturas y de tratos inhumanos en estos interrogatorios⁴². En un extenso reportaje publicado el 26 de diciembre, *The Washington Post* publica declaraciones de funcionarios estadounidenses en las que aseguran que el uso rutinario de la violencia en los interrogatorios es «justo y necesario»; otros hablan de técnicas de interrogatorio «*stress and duress*», que incluyen «permanecer arrodillado durante horas» con capuchas negras, «permanecer en posiciones incómodas y dolorosas» privados del sueño por más de 24 horas mediante el bombardeo de potentes luces y ruidos. Antes de ser encarcelados, algunos funcionarios declaran que los prisioneros son golpeados contra las paredes por miembros de la Policía Militar y de los Cuerpos Especiales del Ejército norteamericano, para dejarlos luego en habitaciones estrechas. Concluye uno de los funcionarios entrevistados que «si no violas los derechos humanos de alguien alguna vez, es que probablemente no estás haciendo bien tu trabajo»⁴³. En diciembre de 2002 se informó de la muerte de dos prisioneros bajo custodia militar estadounidense en el aeropuerto de Baghram en Afganistán, bajo control de EEUU, de una embolia pulmonar y un ataque al corazón respectivamente. En septiembre de 2002, un informe indicó que al menos 60 prisioneros habían sido tratados de problemas psiquiátricos,

41. Dana Priest y Barton Gellman, *U.S. Decries Abuse but Defends Interrogations; «Stress and Duress» Tactics Used on Terrorism Suspects Held in Secret Overseas Facilities*, *The Washington Post*, 26 de diciembre de 2002.

42. Vid., entre muchos, Priest y Gellman, cit. supra; Duncan Campbell, *U.S. Interrogators Turn to «Torture Lite»*, *The Guardian*, 25 de enero de 2003. El 26 de diciembre de 2002, Human Rights Watch escribió al Presidente de los EEUU para que clarificara las acusaciones y solicitándole que abriera una investigación al respecto. Hasta ahora no ha habido respuesta.

43. Todas las declaraciones reproducidas en Dana Priest y Barton Gellman, *U.S. Decries*, cit. Cfr. también Paul Harris y Burhan Wazir, *Al Qaeda Suspect «Is Starved of Food and Sep at Army Base Where Two Have Died»*, *The Observer*, 29 de diciembre de 2002, donde los padres de un ciudadano británico detenido en la base norteamericana de Baghram, donde se produjo la muerte de los detenidos, declaran haber recibido una carta en la que su hijo se queja del hambre y de ser mantenido despierto mediante potentes luces.

y en enero de 2003 se conocieron cuatro nuevos intentos de suicidio, que elevaban la cifra oficial a 14, cuando la prensa habla de al menos 30⁴⁴.

En marzo de 2002, The Washington Post publicó un artículo en el que detallaba la relación de los EEUU con la detención de sospechosos en terceros países y su envío, sin apenas procedimiento legal, a los Estados Unidos o a otros países como Egipto y Pakistán⁴⁵. Estos traslados se siguen produciendo con los detenidos en la base de Guatánamo que se niegan a cooperar, hacia países como Jordania, Egipto y Marruecos, en los que tanto las organizaciones de derechos humanos como las propias dependencias del gobierno norteamericano han documentado la práctica habitual de torturas en los interrogatorios a los prisioneros. Preguntado sobre el hecho, un funcionario estadounidense no tuvo problemas en admitir que probablemente serán torturados; «*I do it with my eyes open*» aseguró⁴⁶.

Respecto a la situación legal de los prisioneros que los EEUU mantiene en Guatánamo y en otros países, el 16 de enero de 2002, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos declaró que todos los detenidos estaban protegidos por el derecho internacional humanitario y, en particular por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y por las Convenciones de Ginebra de 1949. También precisó que si el estatus legal de los detenidos y su consideración como prisioneros de guerra se discutía, dicho estatus debía ser declarado por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 5 de la Tercera Convención de Ginebra (Ginebra III), y que independientemente de ello los prisioneros debían ser tratados humanamente, de manera consistente con las previsiones tanto de Pacto como de Ginebra III⁴⁷.

Frente a ello, la posición oficial del gobierno estadounidense es la de reconocer que las Convenciones de Ginebra son aplicables a los detenidos talibanes, en tanto que ciudadanos de un estado parte en las Convenciones, como era Afganistán, pero no a los miembros de Al Qaeda, cuya sospecha de pertenencia a la organización terrorista parece hacer desaparecer su nacionalidad. Sin embargo, en su comunicación oficial, el gobierno estadounidense no reconoce el estatus de prisioneros de guerra ni a los detenidos talibanes ni a los miembros de Al Qaeda, y aunque afirma que los detenidos serán tratados de manera consistente con las previsiones de Ginebra III, no les serán reconocidos todos los derechos que allí se contemplan⁴⁸.

Ello no es más que un flagrante incumplimiento de las disposiciones de Ginebra III. Según los artículos 4 y 5 de la Convención, toda persona capturada durante un conflicto armado internacional se presume prisionero de gue-

44. Dana Priest y Barton Gellman, *U.S. Decries*, cit.

45. Rajiv Chandrasekaran y Peter Finn, *U.S. Venid Secret transfer of Terror Suspects*, The Washington Post, 11 de marzo de 2002.

46. Dana Priest y Barton Gellman, *U.S. Decries*, cit.

47. Cfr. en <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/newsroom>.

48. La comunicación oficial se encuentra en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html>.

rra hasta que un tribunal competente declare lo contrario. Así, independientemente de la calificación que los capturados durante la invasión de Afganistán merezcan al gobierno estadounidense (lo cual es irrelevante a efectos de la Convención), éste está obligado a tratarles conforme al estatus de prisioneros de guerra hasta que un tribunal les asigne otro estatus. Mientras tanto, la situación de los detenidos en Guantánamo y en otras instalaciones militares internacionales estadounidenses es una violación de los derechos humanos pública y notoria.

Respecto a los detenidos capturados con posterioridad al fin de las hostilidades o en estados distintos de Afganistán en los que EEUU no esté involucrado en un conflicto armado, su estatus es el de cualquier detenido, y si han sido extraditados a los EEUU, estarán bajo las garantías del procedimiento criminal estadounidense. También hay que decir, como por otra parte resulta evidente, que el estatus legal de los detenidos no podría autorizar en ningún caso las torturas y el trato inhumano que se denuncia en Guantánamo y en Baghram, pues sea cual sea el estatus los detenidos siguen siendo acreedores de la protección inderogable que el derecho internacional brinda a los derechos humanos.

Establecido este punto, debe determinarse si existe algún pronunciamiento de un tribunal estadounidense que cambie el estatus de los capturados durante la guerra, y de existir, determinar cuál es dicho estatus y si se está respetando en el Campo Delta.

Existen cuatro sentencias que se han ocupado de demandas relativas al estatus jurídico de los detenidos, tres estadounidenses y una británica. En Julio de 2002, un juez federal negó que John Walker Linh, ciudadano norteamericano que luchó al lado de los talibanes, pudiera invocar la protección de las Convenciones de Ginebra *como si* fuera un combatiente legal —un soldado— luchando una guerra del lado de los talibanes⁴⁹. En diciembre de 2002, un juez federal de distrito ratificó la autoridad del Presidente de calificar a José Padilla, ciudadano norteamericano, como «combatiente enemigo»⁵⁰, pero afirmó la competencia de la corte para nombrarle abogado defensor según las normas del habeas corpus, rechazando las objeciones del gobierno que aducía motivos de seguridad nacional⁵¹. El 8 de enero de 2003, el *Fourth Circuit* mantuvo que Yacer Hamdi, un ciudadano norteamericano capturado en combate en Afganistán, había sido correctamente designado como «combatiente ilegal» por parte del Presidente según los poderes concedidos para la guerra, al tiempo que afirmaba, a diferencia de los otros tribunales, que Ginebra III no era inmediatamente aplicable, y que Hamdi no podía invocarla sin una acción del Congreso que implementara el tratado dentro de EEUU⁵². De esta manera dejó a

49. *United States v. Lindh*, 212 F. Supp. 2d 541, 552 y ss (E.D. Va. 2002).

50. Sobre la inconstitucionalidad de esta declaración, vid. Stephen I. Vladeck, *A Small Problem of Precedent: 18 U.S.C. §4001(a) and the Detention of U.S. Citizen as «Enemy Combatants»*, Yale Law Journal, vol. 112, n. 4, enero 2003.

51. *Padilla v. Bus*, 02 Civ. 4445, U.S. Dis. Ct., S.D. N.Y., 4 de diciembre de 2002.

52. *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F. 3d 450 (4th Cir. 2003).

Hamdi sin posibilidad de acceso a abogados o tribunales de justicia. Por último, la división civil de la Corte de Apelación británica estableció en *obiter dicta* el 6 de noviembre de 2002 que aunque la detención de Feloz Ali Abbasi, ciudadano británico detenido en Guantánamo desde enero de 2002, como «combatiente ilegal» podía estar justificada (lo que correspondía decidir a los tribunales estadounidenses), los jueces encontraban «objetable... que Mr. Abbasi debiera estar indefinidamente detenido en un territorio donde los EEUU tienen control exclusivo, sin oportunidad de cuestionar la legitimidad de su detención ante ningún tribunal o corte» (párrafo 66), expresando su profundo deseo de que los tribunales estadounidenses asumieran su competencia para no dejar a Abbasi en una detención arbitraria.

Por lo tanto los tribunales parecen no tener duda sobre el estatus de los individuos detenidos: todos ellos han sido correctamente calificados por el ejecutivo como combatientes «ilegales», lo que significa que son detenidos sin los privilegios de Ginebra III. Entonces, en qué pueden apoyarse las medidas cautelares cuyo procedimiento ha abierto la Comisión interamericana: en que la calificación de «combatiente ilegal» no tiene un estatus jurídico establecido, salvo el que parece que va construyendo el ejecutivo norteamericano, y dentro de ese estatus hasta ahora el gobierno estadounidense no ha aportado a la Comisión las bases legales internas o internacionales en que se apoya la continuidad de su detención; que no existe información pública sobre el tratamiento que se está dando a los prisioneros y que los detenidos carecen de un régimen legal para cuestionar su propia detención, para que se establezca por cortes imparciales si fueron legalmente detenidos o si necesitan protección de sus derechos fundamentales.

Por tanto no existe un «agujero negro legal» en Guantánamo, sino simplemente el incumplimiento de los derechos humanos de los detenidos, de los que gozan independientemente de que sean prisioneros de guerra o delincuentes comunes. El «agujero negro» existe en el sistema jurídico norteamericano, que asiste impasible al desmoronamiento del sistema de garantías que trabajosamente han construido durante más de dos siglos. Para los extranjeros prácticamente ya ha desaparecido. ¿Estarán los ciudadanos estadounidenses dispuestos a disfrutar de una enorme seguridad sin libertades?

2. PANORÁMICA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo en el año 2002 ha dictado dos importantes sentencias que han supuesto la revocación formal de precedentes jurisprudenciales, en concreto, *Atkins v. Virginia* [00-8452] y *Ring v. Arizona* [01-488]. Comentaremos, en primer lugar, estas dos sentencias y algunas otras relacionadas con ellas, para terminar con una revisión más breve y ordenada de forma análoga a como se viene haciendo en otras Panorámicas, del resto de sentencias con especial relevancia constitucional.

En *Atkins v. Virginia* se revoca el precedente de *Penry v. Linaugh* (492 U.S. 302) de 1989, en el que se autorizaba la ejecución de retrasados mentales. En la actual decisión, el Tribunal ha considerado que la ejecución de retrasados mentales constituye un «castigo cruel e inusual», prohibido por la Octava Enmienda. Esta decisión tiene dos votos particulares (Renquist, Scalia y Thomas) que se oponen a su inconstitucionalidad. Según la jurisprudencia del Tribunal, un castigo es «excesivo» si no es proporcional al delito, según los patrones de decencia prevalecientes en cada momento. Esta prueba de proporcionalidad debe ser lo más objetiva posible y dicha objetividad toma como factor fundamental la decisión de los legisladores (*Penry*, at 331). Según el Tribunal, el hecho de que cierto número de Estados haya aprobado legislación prohibiendo la ejecución de retrasados mentales por amplias mayorías, dada la popularidad de la legislación punitiva en Estados Unidos, indica que se está creando un consenso social en ese sentido. Consenso que compartirían, además, las principales confesiones religiosas y grupos civiles del país y que se reflejaría en el «reducido» número de retrasados efectivamente ejecutados. Por otra parte, en lo que se refiere a su propio juicio (es decir, lo que no se orienta por las decisiones estatales), el Tribunal cree que la pena de muerte a retrasados mentales no satisface los fines de la pena (retribución y prevención), en la medida en que no distingue la menor culpabilidad del retrasado, y en cuanto que el retrasado no puede ser disuadido de cometer delitos por su propia incapacidad para entender el proceso penal y el efecto de las penas. Adicionalmente, el Tribunal sostiene que los retrasados corren un riesgo especial de ser ejecutados injustamente por su menor capacidad de defensa y su apariencia de no arrepentimiento.

Dejando al margen el hecho insólito de que contra todo el Derecho Internacional y el consenso universal existente sobre la inaceptabilidad de la ejecución de un retrasado, Estados Unidos continúe con sus bárbaras prácticas penales, el razonamiento del Tribunal sugiere algunos comentarios. En primer lugar, objetivizar la razonabilidad de los castigos atendiendo a las leyes penales es, pura y simplemente, renunciar al control de su constitucionalidad. Efectivamente, siempre son las leyes penales las que establecen las penas, de lo que se trata es de saber si tales leyes son compatibles con la Constitución, no de saber si son muchas o pocas. Aceptada la peculiar línea de interpretación del Tribunal, sin embargo, se «comprende» la posición de los disidentes en la sentencia que afirman que si 18 estados han prohibido dicha pena, 19, sin embargo, la mantienen. Lo «lógico» sería, pues, considerarla «constitucional». Igualmente, el argumento de la «escasez» de ejecuciones es numéricamente discutible (35 retrasados ejecutados entre 1984 y 2000; el 10 por ciento de los presos del corredor de la muerte son retrasados, frente al entre 1 y 3 % de retrasados en la población general). Increíblemente, los magistrados que suscriben el voto particular escriben «la sentencia de hoy añade uno más a la ya larga lista de requisitos sustantivos y procedimentales que obstaculizan la imposición de la pena de muerte, a partir de la presunta facultad de

este Tribunal de inventar una jurisprudencia del tipo la-muerte-es-diferente. Ninguno de estos requisitos existía cuando se aprobó la Octava Enmienda, y algunos de ellos ni siquiera cuentan con un consenso moral en la actualidad. Incluyen la prohibición de la pena de muerte para homicidios «ordinarios» (...), para violación de mujeres adultas (...), para delito de asesinato en que no se demuestre que el acusado estaba en su juicio (...), para menores de 16 años en el momento del crimen (...). Se puede defender la abolición popular de la pena de muerte, *pero no se puede defender su abolición paulatina por este Tribunal. Esta nueva invención promete resultar todavía más eficaz que ninguna de las otras en convertir el proceso de la pena capital en un juego* (subrayado añadido).

En *Ring v. Arizona* se aborda el problema del derecho a un jurado (Sexta Enmienda) en procedimientos de pena capital. En Arizona, tras la determinación por el jurado de la inocencia o culpabilidad del cargo de homicidio en primer grado, el juez, en solitario, establece la presencia o ausencia de agravantes exigidas por la ley para la imposición de la pena de muerte. En *Walton v. Arizona* (497 U.S. 639 (1990)), el Tribunal sostuvo que la norma de Arizona era compatible con la Sexta Enmienda porque los hechos adicionales que determinaba el juez eran considerados «elementos de la determinación de la sentencia» y no «elementos del delito» (*Id.*, at 649). Sin embargo, en *Apprendi v. New Jersey* (530 U.S. 466 (2000)), se estableció que la Sexta Enmienda no permitía que el acusado «sufriera (...) una pena superior a la máxima que habría recibido si hubiese sido sentenciado exclusivamente a partir de los hechos que se reflejaban en el veredicto del jurado» (at 483). Ello con independencia de que el Estado otorgue a dichos hechos la condición de «elementos de la determinación de la sentencia». En la medida en que ambos precedentes resultan irreconciliables, el Tribunal revoca *Walton*, reafirma *Apprendi* y determina que la existencia de las circunstancias agravantes debe ser, en este caso, establecida por el jurado.

Otras sentencias sobre pena de muerte de este mismo período son *Bell v. Cone* [01-400] y *Woodford v. Visciotti* [02-137], relativas a la actuación del abogado en los casos de pena de muerte; *Carey v. Saffold* [01-301], en que se aclaran los plazos para solicitar habeas corpus en los casos de pena capital, *Kelly v. South Carolina* [00-9280] que insiste (antes, en *Simmons v. South Carolina* (512 U.S. 154)) en la obligatoriedad de informar a los jurados que deban optar entre pena de muerte y cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, de esta circunstancia (presumiblemente, para que el jurado no se incline por la pena capital, exclusivamente para evitar el riesgo de un nuevo delito) y *United States v. Bass* [01-1471] en el que un procesado para el que se pedía pena de muerte alegó que el Estado pretendía esa pena por su condición racial (negro). Pidió que se rechazara esa petición o que el Estado revelara información sobre su práctica de solicitud de penas de muerte. El Estado se negó a revelar esta información. Según *United States v. Armstrong* (517 U.S. 456, 465 (1996)) el que solicite esta información debe aportar alguna prueba de efecto y voluntad dis-

criminatorios, es decir, debe demostrar que acusados «en situación similar de otra raza no fueron procesados» (at 465). Aunque el procesado aportó estadísticas que demuestran que las peticiones de pena capital para iguales delitos son más del doble para los negros que para los blancos, y que los ofrecimientos de tratos son más frecuentes entre los blancos que entre los negros en Estados Unidos, el Tribunal rechazó estas estadísticas por ser nacionales y no locales, y por no referirse específicamente a acusados «en situación similar» y denegó la petición. El Tribunal, por tanto, ha vuelto a evitar estudiar el uso selectivo de la pena capital por motivos raciales que parece incontestable.

3. SENTENCIAS SOBRE LA PRIMERA ENMIENDA (LIBERTAD DE EXPRESIÓN)

El Tribunal, especialmente preocupado por los derechos liberales tradicionales, sigue desarrollando una considerable actividad en este tema pero con algunas aparentes contradicciones.

En *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* [00-1293], *Ashcroft v. Free Speech Coalition* [00-795], *Los Angeles v. Alameda Books, Inc.* [00-799] el Tribunal ha vuelto sobre la relación entre pornografía y libertad de expresión. En *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* se analiza la *Child Online Protection Act* (COPA), después de que en 1997 *Reno v. American Civil Liberties Union* (521 U.S. 844) declarara inconstitucional su predecesora *Communications Decency Act* (CDA) por imponer limitaciones demasiado genéricas a la libertad de expresión. En este caso, lo único analizado es la legitimidad de los «community standards» para determinar qué resulta «lesivo para los menores». El argumento de los recurrentes era que dado el carácter geográficamente incontrolable de Internet, los «community standards» implicarían restringir la comunicación hasta el nivel de la comunidad más conservadora, por lo que solicitaban estándares nacionales. El Tribunal no sostuvo este criterio, alegando, entre otras cosas, que si no se puede discriminar geográficamente, la solución es usar otras vías de comunicación. En *Ashcroft v. Free Speech Coalition* se analiza la *Child Pornography Prevention Act* (CPPA) en la que se prohíbe no sólo la pornografía infantil, sino también «cualquier representación visual, incluidas las fotografías, películas, vídeos, dibujos o imágenes o dibujos por ordenador o generados por ordenador (...) de o que parezcan ser de menores realizando conductas sexuales explícitas», o que «se anuncien, promocionen, presenten, describan o distribuyan de forma que den la impresión de» describir «menores realizando conductas sexuales explícitas (18 U.S.C. § 2256 (8) (B) y (D))». Es decir, el problema de la pornografía infantil simulada. El Tribunal ha considerado que las prohibiciones transcritas son demasiado amplias y ha decretado su inconstitucionalidad. En *Los Angeles*, el Tribunal ha autorizado la separación obligatoria de locales destinados al entretenimiento de adultos para reducir la criminalidad asociada a su concentración.

En *Republican Party of Minn. v. White* [01-521] el Tribunal ha anulado un canon de conducta del Tribunal Supremo de Minnesota que prohibía a los candidatos a jueces «anunciar sus opiniones sobre asuntos políticos o legales controvertidos» por considerarlo contrario a la Primera Enmienda. Lo que se debatía era el contraste entre la necesaria imparcialidad del juez y el hecho de que los cargos judiciales son elegidos por votación popular en Minnesota, lo que parece exigir la transmisión del tipo de opiniones que el canon prohibía. *Thomas v. Chicago Park Dist.* [00-1249] y *Watchover Bible & Tract Soc. Of N.Y., Inc., v. Village of Stratton* [00-1737] presentan decisiones algo contradictorias. Así, mientras que el primero da por buena la exigencia de un permiso para realizar actos en un parque de Chicago por considerarlo «neutral en cuanto al contenido» y necesario para el buen orden del parque, en *Watchover* anula la regulación de una pequeña localidad que exigía a quienes quisieran realizar campañas puerta a puerta (el caso fue presentado por los Testigos de Jehová) que se acreditaran ante el ayuntamiento. Según el voto particular, como los lugares públicos (parques) parecen ser los destinos naturales de la libertad de expresión, deberían requerir menos permisos para su ejercicio que los hogares ajenos, más privados por naturaleza.

4. SENTENCIAS SOBRE DERECHOS LABORALES/SOCIALES

El Tribunal ha continuado con su jurisprudencia de desmantelamiento del estado social con estrategias semejantes a las ya señaladas en otras Panorámicas (argumentos federalistas, reducción del acceso a los tribunales para reclamar prestaciones derivadas de leyes federales, etc.). En *Barnes v. Gorman* [01-682] el Tribunal limita los medios procesales para solicitar indemnizaciones ante tribunales federales derivadas del incumplimiento de la American with Disabilities Act (ADA), en *Barnhart v. Sigmon Coal Co.* [00-1307] se restringe el concepto de «sucesor» a la hora de imputar la responsabilidad de las industrias del carbón por las pensiones de los trabajadores jubilados que imponía la Coal Industry Retiree Health Benefit Act de 1992, en *Barnhart v. Walton* [00-1937] se interpreta el período de baja por enfermedad de forma que se suprimen las prestaciones para el recurrente, en *Be&K Constr. Co. v. NLRB* [01-518] se anulan las sanciones impuestas a una empresa por la National Labor Relations Board por comenzar litigios como represalia antisindical, en *US Airways, Inc. v. Barnett* [00-1250] se da por bueno el despido de un trabajador minusválido que había sido trasladado a un trabajo distinto del que originalmente ocupaba para hacer frente a su minusvalía (tal como dispone la ADA), alegando que existe un «senniority plan» en la empresa y que dicho puesto había sido solicitado por otro trabajador, en *Department of Housing and Urban Development v. Rucker* [00-1770], se da por buena una reglamentación que establece la pérdida de viviendas de promoción pública si se desarrollan en ella actividades relacionadas con la tenencia o tráfico de drogas, tanto por

parte de los miembros de la casa, como de sus invitados, «con independencia de que el inquilino conozca o debiera haber conocido dichas actividades», es decir, con independencia de su culpabilidad y convirtiéndolo, por tanto, en una suerte de brigada anti-vicio aficionado. En *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams* [00-1089], por último, el Tribunal realiza una definición restrictiva del término «minusválido» para la ADA que puede tener muy importantes consecuencias para este colectivo, alegando que no se trata sólo de verse impedido para realizar una «limitada clase de tareas» (en este caso, manejar herramientas, elevar los brazos por encima de la altura de los hombros, etc.), sino de verse impedido o restringido en la realización de tareas «de importancia central para la vida diaria de la mayor parte de la gente».

5. EXTRANJERÍA

En *Hoffman Plastic Componds, Inc. v. NLBR* [00-1595], un trabajador que había sido despedido por su actividad sindical, obtuvo de la National Labor Relations Board (NLBR) el amparo y la orden de que se le pagaran los salarios atrasados y otras compensaciones. Sin embargo, durante el proceso salió a la luz el hecho de que el trabajador era extranjero y carecía de permiso de trabajo, el Tribunal, apoyándose en *Sure-Tan, Inc. v. NLBR* (467 U.S. 883) de 1984, decidió que no se podían abonar los salarios atrasados a los inmigrantes ilegales. En su opinión, si se les abonaran sus salarios, se estaría incentivando la inmigración ilegal. Como bien señala el voto particular, sin embargo, —y dejando al margen los derechos de los trabajadores reconocidos internacionalmente—, la no obligatoriedad de pagar los salarios a los ilegales constituye (y, en general, su debilidad jurídica) el principal incentivo para la inmigración ilegal, dirigida por empresarios dedicados a la explotación de las personas.

6. ESTABLISHMENT CLAUSE

Zelman v. Simmons-Harris [00-1751] parece marcar un cambio de tendencia en la interpretación judicial de la Establishment Clause inaugurada con *Everson v. Board of Ed. of Ewing* (333 U.S. 1) de 1947, que establecía que «Ningún impuesto en ninguna cantidad, grande o pequeña, será recaudado para patrocinar actividades o instituciones religiosas, cualquiera que sea su nombre, o cualquiera que sea la forma que adopten para enseñar o practicar la religión» (at 16). En este caso, un plan de becas de Ohio, aunque ofrecido por igual a todas las escuelas para paliar una situación catastrófica de la educación pública, arrojaba como resultado que un 82 por ciento de las escuelas participantes eran religiosas, y un 96 por ciento de los estudiantes pertenecían a dichas escuelas. El argumento de que las becas se dan a los estudiantes y que

luego éstos deciden a qué escuela ir parece alejarse claramente de la visión de *Everson* sostenida hasta ahora que hacía énfasis no en los propósitos, sino en los resultados.

7. JURISPRUDENCIA SOBRE DELITOS SEXUALES Y CUARTA ENMIENDA

Se agrupan aquí una serie de casos no por su proximidad temática, sino porque parecen responder a una tendencia autoritaria que ya venía manifestándose en años anteriores, pero que se ha disparado desde el 11 de septiembre. En *Kansas v. Crane* [00-957] y *McKune v. Lile* [00-1187] se aborda el problema de las leyes penales especiales para la represión de delitos sexuales, en el primero de ellos se da un paso más en el camino iniciado con *Kansas v. Hendricks* (521 U.S. 34) de 1997, allí se consideró constitucional el internamiento civil y no penal de los condenados por delitos sexuales considerados peligrosos por la Kansas Sexually Violent Predatos Act, estableciéndose como requisito que éstos no pudieran controlar sus actos; en el caso actual, se aclara que no es preciso una falta total de control, sino que basta con un «desorden de la personalidad» que provoque algún tipo de falta de control. En *McKune* se considera constitucional un programa de terapia a presos por delitos sexuales que les obliga a confesar la autoría de sus ataques, incluyendo aquellos por los que no han sido condenados o procesados, sin que esta información tenga carácter reservado, ni quede excluida de posible persecución penal. Quienes rechazan el programa, pierden ciertos privilegios carcelarios. El Tribunal no estimó este sistema contrario a la Quinta Enmienda, que concede el derecho a no declarar contra uno mismo. En *United States v. Arvizu* [00-1519], *United States v. Drayton* [01-631] y *Kirk v. Louisiana* [01-8419] se trata el problema de las relaciones entre actividad policial y Cuarta Enmienda. En *Arvizu* el Tribunal ha insistido en que en el caso de registro en automóviles «el equilibrio entre el interés público y el derecho individual a la seguridad personal se inclina a favor de un estándar inferior al de «causa probable» para detenciones breves para investigación». En *Drayton* se ha establecido que la «Cuarta Enmienda no exige que los oficiales de policía comuniquen a los pasajeros de un autobús su derecho a no cooperar en y a no autorizar su registro».

8. ELECCIONES

La litigiosidad electoral que tan importante resultara desde las elecciones del 2000 (tal como se reflejó en la anterior Panorámica), sólo presenta un caso en el 2002. En *Utah v. Evans* [01-714] se autoriza el sistema de «imputación» para la elaboración del censo para la determinación del número de Repre-

sentantes de cada Estado en el Congreso. La Constitución establece en su artículo 1.2.3 que se realizará una «actual enumeration». La imputación consiste en atribuir a aquellos datos censales que faltan, las características de sus más inmediatos vecinos. En opinión del Tribunal, ello no constituye un «muestreo» y, por tanto, respeta la contabilización efectiva que exige la Constitución.

9. CLASS ACTIONS

En *Devlin v. Scardelletti* [01-417], el Tribunal ha establecido una doctrina cuyo alcance es difícil de establecer a priori pero que podría traer importantes consecuencias. En esencia, el Tribunal sostiene que «un miembro no designado expresamente de una acción de clase ejercida por un representante de dicha clase, es también una «parte» [procesal] en el juicio en que se apruebe el acuerdo». Reaparece, pues, la individualidad que la class action había tratado de sustituir.