

Lo que la Corte Verdaderamente Dijo*

Ronald Dworkin

La Corte Suprema finalmente, y de manera definitiva, ha rechazado la indignante afirmación del gobierno de Bush de que el Presidente está facultado para encarcelar a las personas que él acuse de tener conexiones terroristas, sin tener acceso a abogados o al mundo exterior y sin ninguna posibilidad de que la situación sea sujeta a un examen significativo por los tribunales o por otras entidades judiciales¹. Las decisiones de la Corte Suprema, anunciadas el 28 de junio, largamente esperadas, fueron ampliamente aclamadas por los editorialistas como una importante derrota para el gobierno de Bush y una significativa victoria para los derechos humanos y civiles. No obstante, es posible que estos comentaristas hayan exagerado el impacto práctico de las decisiones. Aunque la Corte Suprema insistió que, incluso en una guerra, el arresto por parte del Poder Ejecutivo de personas sospechosas de ser enemigos combatientes debe ser sometido a algún tipo de revisión por un tribunal neutral, sugirió reglas de procedimiento para tales revisiones que no incluyen protecciones tradicionales importantes para los acusados. Es muy posible que el gobierno pueda satisfacer las laxas normas de procedimiento de tal revisión sin efectivamente modificar sus políticas de detención de carácter moralmente dudoso.

Sin embargo, a más largo plazo, es posible que las decisiones de la Corte Suprema tengan un impacto de mayor profundidad porque los argumentos de los jueces proporcionan la base legal para una conclusión mucho más potente que la que sacó la Corte Suprema misma, a saber, que la Constitución no permite que el gobierno mantenga bajo arresto a personas sospechosas de ser combatientes enemigos o terroristas en forma indefinida sin acusarlos o condenarlos por algún crimen, de acuerdo con todas las protecciones tradicionales de nuestros procedimientos legales criminales, a menos que efectivamente sean tratados como prisioneros de guerra. En tal caso, estas personas contarían con los beneficios y protecciones que ofrece la ley internacional, incluidos los Convenios de Ginebra.

Obligar al gobierno tomar esa opción ciertamente supondría que éste debe cambiar drásticamente el trato que les da a los detenidos. El derecho internacional prohíbe el interrogatorio coercitivo de los prisioneros de guerra, pero el gobierno de Bush sostiene

* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de Ronald Dworkin, titular del derecho de autor.

¹ *Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, No. 03-6696; *Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et al.*, No. 03-1027; *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, N°s. 03-334 y 03-343; todas las decisiones adoptadas el 28 de junio del 2004. En este artículo, la mención de las opiniones sobre estos casos se refieren a las páginas de las opiniones individuales de los jueces tomadas de la versión electrónica del dictamen de la Corte publicada individualmente poco después del fallo (*slip opinions*).

ahora que tiene derecho a someter a los detenidos a interrogatorios que no sólo son coercitivos sino que a menudo, como ya sabemos, están reforzados por la humillación y las golpizas junto con incesantes preguntas, la privación sensorial y del sueño, y la técnica del casi ahogo (*waterboarding*) y otras formas de tortura². En el presente documento, analizaré las tres decisiones de la Corte Suprema con el fin de identificar tanto el riesgo de que sean interpretadas de forma de permitir al gobierno seguir violando los derechos humanos y la posibilidad de que algún día sean entendidas como decisiones que obligan al gobierno a respetar esos derechos.

1.

Hamdi versus Rumsfeld

Yasir Esam Hamdi es un ciudadano estadounidense de 24 años que nació en Luisiana, fue criado en Arabia Saudita y fue capturado en Afganistán en 2001 por las fuerzas de la Alianza Afgana del Norte que luchaba contra los Talibanes. Fue entregado al Ejército de Estados Unidos. El gobierno lo envió a Guantánamo pero, al darse cuenta de su ciudadanía, lo trasladaron a una cárcel militar en Virginia y posteriormente a un bergantín de la Marina en Carolina del Sur, donde ha permanecido incomunicado durante más de dos años y, hasta hace poco, sin tener acceso a un abogado.

El padre de Hamdi presentó una solicitud de *hábeas corpus* en junio de 2002 (una petición judicial que exige que sus carceleros justifiquen ante un tribunal la detención de la persona) en la que aseveraba que Hamdi no estaba luchando junto con los Talibanes, como afirmaba el gobierno, sino que había viajado a Afganistán como trabajador voluntario en asistencia humanitaria. El Ejército respondió con un memorando de nueve párrafos, firmado por Michael Mobbs, un funcionario de rango menor en el Departamento de Defensa, en el que se señalaba, sin evidencia que lo sustentara, que Hamdi estaba con una unidad de los Talibanes y que fue capturado con un rifle Kalashnikov en su poder cuando dicha unidad se rindió ante la Alianza. Los abogados contratados por el padre de Hamdi presentaron una nueva petición solicitando que el gobierno liberara a Hamdi o, en su defecto, produjera evidencia substancial y detallada que respaldara el memorando de Mobbs.

Un tribunal federal del distrito de Virginia determinó que, por sí solo, el memorando era insuficiente para justificar el encarcelamiento de Hamdi y ordenó al gobierno que produjera prueba más completa, del tipo que se requiere en un procedimiento criminal común y corriente. Sin embargo, el Cuarto Tribunal Federal de Apelaciones revocó el dictamen del tribunal de distrito. Declaró, con fuertes votos disidentes, que el Presidente, en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, tenía el poder constitucional para determinar que una persona capturada en cualquier teatro de operaciones militares es un combatiente enemigo y que ningún tribunal tiene el poder de revisar dicha determinación presidencial³.

² Ver Anthony Lewis, "Making Torture Legal", *The New York Review*, 15 de julio de 2004.

³ El Cuarto Circuito incluye Maryland, Virginia, Virginia Occidental, Carolina del Norte y Carolina del Sur. Su corte de circuito tiene sede en Richmond, Virginia. Los procedimientos en las cortes de distrito y circuito son más complejos que lo que se puede describir en un resumen comprimido. Para ver una historia completa del litigio antes de que llegara a la Corte Suprema, véase la opinión de O'Connor en 3 y siguientes.

La Corte Suprema ha revocado el dictamen del Cuarto Tribunal y devuelto el caso a un tribunal federal de distrito para la realización de procedimientos adicionales de acuerdo con su propia decisión. La Jueza Sandra Day O'Connor redactó un voto en el que participaron otros tres jueces (el Presidente del Tribunal, William Rehnquist y los Jueces Anthony Kennedy y Stephen Breyer) con lo cual se produjo una mayoría de votos y una opinión que determina el caso⁴. La ley federal establece que “ningún ciudadano podrá ser encarcelado o detenido de alguna otra manera por los Estados Unidos excepto en conformidad a una Ley del Congreso”⁵. Sin embargo, O'Connor afirmó que la Ley de Autorización del Uso de Fuerza Militar, que el Congreso aprobó con posterioridad al 11 de septiembre, que permitía al Presidente perseguir a al-Qaeda y a sus seguidores, implicaba claramente que se le otorgaba el poder para detener a las fuerzas enemigas capturadas durante una batalla. Según O'Connor, gracias a una larga tradición reconocida en muchas leyes estadounidenses e internacionales, las leyes de la guerra permiten a una potencia en guerra detener a las fuerzas enemigas capturadas hasta el fin de las hostilidades. Según ella, claramente el Congreso tenía la intención de que el Presidente contara con esos poderes con el fin de impedir que las fuerzas enemigas capturadas pudieran unirse nuevamente al enemigo para volver a combatir.

Por lo tanto, la pregunta que se planteaba a la Corte, afirmaba O'Connor, era de índole constitucional: no se trataba de si el Congreso había autorizado al Presidente para detener a combatientes enemigos sino si el ejercicio de dicho poder por parte del Presidente de detener a ciudadanos estadounidenses sin un examen judicial serio constituía una violación de la Quinta Enmienda de la Constitución, la cual señala que nadie puede ser privado de libertad “sin el debido proceso legal”. Según O'Connor esa pregunta constitucional se puede resolver solamente si se pone en la balanza el grave daño que se le haría a una persona encarcelada erróneamente y en forma indefinida, versus el peligro que implica para nuestra seguridad y la carga que implica para nuestras fuerzas militares el permitir que los prisioneros demanden la revisión judicial de su detención. El Tribunal de Distrito de Virginia había otorgado demasiada importancia a la protección del individuo, señaló O'Connor, a un costo demasiado elevado para la seguridad, al insistir que Hamdi podía ser detenido solamente si se demostraba que era un combatiente enemigo de acuerdo con las normas de evidencia requeridas en un juicio criminal ordinario. El Cuarto Tribunal de Circuito, por otra parte, le otorgó escasa protección al afirmar que, al haber sido capturado en el “teatro” de acción militar, la declaración del Presidente clasificándolo como combatiente enemigo no podía ser cuestionada de ningún modo.

⁴ Los demás jueces estaban divididos en sus respuestas ante la opinión de la mayoría. El Juez Souter, en una opinión compartida por el Juez Ginsburg, argumentó que era innecesario llegar al tema constitucional que la mayoría había explorado porque, en una interpretación correcta, *Congress's Forces Declaration* del 2001 no generaba excepción alguna a la ley de 1787 que permitía al gobierno tratar a Hamdi como lo ha tratado. En un acoplamiento extraño y poco habitual, el Juez Stevens, que es uno de los jueces más liberales de la Corte, se unió al Juez Scalia, que forma parte de los más conservadores, en disidencia: el debido proceso no permite que la Corte pondere sus protecciones absolutas contra otros valores, señaló Scalia, de modo que la Corte debiera haber desestimado el dictamen del Cuarto Distrito instruyéndole no en el sentido de que la detención de Hamdi debiera ser revisada por un tribunal de régimen especial como el descrito por O'Connor sino que Hamdi debiera ser encausado y enjuiciado de manera regular o liberado. El Juez Thomas también emitió un voto disidente pero en el sentido contrario. El Presidente, en su calidad de Comandante en Jefe, debe tener el poder total en la acción militar una vez que el Congreso ha autorizado dicha acción, señaló Thomas y ninguna Corte tiene derecho a cuestionar las decisiones del Presidente.

⁵ Este estatuto fue aprobado en 1950 principalmente para prevenir detenciones como las que afectaron a los estadounidenses de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial.

O'Connor señaló que el equilibrio adecuado requiere que:

“un ciudadano detenido que busca cuestionar su clasificación como combatiente enemigo debe ser notificado de los hechos en los que se basa su clasificación y debe tener una oportunidad justa de refutar ante una autoridad neutral los hechos afirmados por el gobierno”⁶.

Hamdi, agregó O'Connor, “indudablemente tiene derecho a acceder a asesoría legal en relación con” cualquier procedimiento adicional⁷. Destacó que el único propósito legítimo del arresto sin juicio es impedir que un combatiente enemigo vuelva a combatir nuevamente y que, por lo tanto, un ciudadano no puede continuar detenido luego del cese de hostilidades en la zona en que supuestamente estuvo combatiendo.

No obstante, las sugerencias más detalladas que hace O'Connor socavan la protección que estas abstractas afirmaciones iniciales parecieran otorgar. El tribunal neutral al que se debe permitir que los detenidos apelen, dice ella, no necesariamente debe ser una corte ordinaria sino que efectivamente podría ser una comisión militar “autorizada adecuadamente y debidamente constituida”⁸. Las reglas de la prueba de un tribunal de esta naturaleza, agrega, podrían ser mucho más favorables para el gobierno que aquellas de una corte criminal ordinaria. En particular, se podría autorizar el testimonio de oídas; es más, sugirió que la evidencia de oídas del impreciso memorando de Mobbs podría ser suficiente⁹.

Luego agregó una restricción aún más extraordinaria: el peso normal de la prueba se podría invertir, de modo que un detenido se vería en la necesidad de comprobar que no era un combatiente enemigo en lugar de que fuera el gobierno quien tuviera que demostrar que lo era¹⁰. Incluso los reglamentos que el Departamento de Defensa ha propuesto para los tribunales militares que van a comenzar a juzgar a algunos detenidos por crímenes de guerra en Guantánamo (tribunales que han sido denunciados como injustos por los abogados defensores y otros grupos) no le imponen al acusado la obligación de demostrar su inocencia.

La situación de Hamdi ilustra la dificultad de la tarea que enfrenta un prisionero ante las sugerencias formuladas por O'Connor. Es cierto que ella exige que el gobierno revele su evidencia a Hamdi y a su abogado y que le permita impugnar las alegaciones que contiene. Pero si el gobierno no necesita revelar más que lo que ya se dio a conocer en el memorando de Mobbs y si Hamdi carga con el peso de la prueba de demostrar que las imputaciones formuladas en el memorando son falsas, sus posibilidades de hacerlo pueden ser muy limitadas. Si existieran testigos amistosos de su captura por la Alianza del Norte, quizás podría convencerlos de que presten declaración ante una comisión militar y así persuadir a los comisionados de creerle a él en lugar de al memorando de Mobbs. Pero de no existir testigos amistosos dispuestos a declarar a su favor, podría verse obligado a buscar un jefe guerrillero de la Alianza del Norte en el desierto de Afganistán que esté dispuesto a declarar bajo juramento y a someterse a un contrainterrogatorio.

⁶ O'Connor, 26.

⁷ O'Connor, 32.

⁸ O'Connor, 31.

⁹ O'Connor, 32.

¹⁰ O'Connor, 27.

En todo caso, señaló O'Connor, Hamdi deberá ser liberado cuando cese la lucha en la cual se le acusa de haber participado. Sin embargo, los combates continúan en partes de Afganistán y el gobierno podría sostener que, considerando que, según su punto de vista, Hamdi salió de Arabia Saudita para luchar por el Islam en lugar de combatir en algún lugar específico, podría mantenerlo detenido hasta que considere que “la guerra contra el terrorismo” finalmente se ha ganado. Indudablemente O'Connor tiene razón de que sería sumamente engorroso exigir que las fuerzas armadas se vieran obligadas a preparar complejos expedientes que describan y justifiquen la captura de cada prisionero. Pero sus métodos para proteger a los militares de tal carga no otorgan mucha protección a los detenidos.

2.

Rumsfeld versus Padilla

José Padilla es un ciudadano estadounidense nacido en Brooklyn que se convirtió al Islam. En junio de 2004, James Comey, Procurador General Adjunto, convocó una conferencia de prensa en la cual acusó a Padilla de tener importantes vínculos con al-Qaeda. Según Comey, Padilla había elaborado su propio plan para hacer explotar una “bomba sucia” radioactiva en Estados Unidos, pero al-Qaeda habría rechazado el plan y le habrían ordenado que en cambio hiciera estallar edificios usando gas natural¹¹. Luego de cuatro años en Medio Oriente, Padilla regresó a Chicago, donde fue arrestado en virtud de una orden federal que lo declaraba testigo material de la investigación por los acontecimientos del 11 de septiembre, a continuación de lo cual fue enviado a prisión en Nueva York. Su abogado, designado de oficio por el tribunal, cuestionó el arresto ante un tribunal federal de distrito en Nueva York, ante lo cual el gobierno retiró la calificación de Padilla como testigo clave, lo declaró combatiente enemigo y lo trasladó a una base militar en Carolina del Sur, lugar donde ha permanecido incomunicado durante más de dos años, sometido a intensos interrogatorios, sin acceso a abogados, hasta fines de 2003.

Justo después de que Padilla fuera trasladado a Carolina del Sur, su abogado presentó una petición de *habeas corpus* en la corte federal de Nueva York en la que se señalaba a (el Secretario de Defensa) Donald Rumsfeld como parte demandada. Dicho tribunal rechazó la petición, afirmando que el Presidente y sus funcionarios de alto nivel no tienen obligación de defender ante los tribunales la calificación como combatiente enemigo de una persona capturada. El Segundo Tribunal Federal de Apelaciones de Nueva York revocó esta decisión, afirmando que, por el contrario, el gobierno no tenía derecho de encarcelar a Padilla sin acusarlo de algún delito. El gobierno apeló ante la Corte Suprema.

La Corte falló dividida, 5–4. Rehnquist, en un dictamen compartido por los Jueces Antonin Scalia, O'Connor, Kennedy y Clarence Thomas, anuló el fallo del Segundo Tribunal de Circuito. Rehnquist sostuvo que el abogado de Padilla había presentado su demanda incorrectamente. El estatuto federal de *habeas corpus*, señaló, requiere que los detenidos en Estados Unidos demanden a sus custodios directos, lo cual en el caso de

¹¹ Comey reconoció en la conferencia de prensa que el gobierno probablemente no podría producir pruebas para respaldar estas alegaciones en un juicio criminal. La conducta de Comey, al declarar públicamente alegaciones en contra de Padilla que no podría respaldar ante un tribunal mientras la Corte Suprema estaba decidiendo el caso Padilla, era peligrosamente carente de profesionalismo. Véase Anthony Lewis, “Making Torture Legal”, y Scott Turow, “Trial by News Conference? No Justice in That”, *The Washington Post*, Outlook section, 13 de junio de 2004.

Padilla significaba Melanie A. Marr, la Comandante del bergantín de la Marina en el cual está arrestado, en lugar de un funcionario de mayor nivel, como el Secretario de Defensa, y que debía demandar al custodio en el distrito federal correspondiente a la custodia, a saber, en Carolina del Sur.

Rehnquist citó precedentes de la Corte Suprema de un siglo de antigüedad que señalan que el demandado adecuado en un procedimiento de *habeas corpus* es “el carcelero” o bien “alguna persona que tenga la custodia inmediata del detenido” y que el procedimiento debe presentarse en el lugar en el que se encuentre el carcelero¹². Reconoció que, en ocasiones anteriores, la Corte Suprema había concedido varias excepciones a esa regla, pero analizó las mismas en detalle con el fin de demostrar que ninguna de ellas se aplicaba explícitamente en este caso. De tal modo, la Corte Suprema declaró que no había lugar para el caso sobre bases procesales, obligando a Padilla, si deseaba continuar impugnando su prolongado encarcelamiento en estado de incomunicación, a comenzar todo de nuevo en Carolina del Sur (cosa que su abogado ha hecho ahora).

El Juez John Paul Stevens, junto con los Jueces David Souter, Ruth Ginsburg y Breyer, presentó una elocuente opinión disidente en la cual lamentaba la decisión de la Corte Suprema en torno a un caso que “plantea preguntas de profunda importancia para la Nación” mediante una “aplicación servil” de una regla de procedimiento¹³. La pregunta pertinente, afirmó, no es si se aplican algunas de las excepciones a la regla jurisdiccional sino si los principios que subyacen a la regla, a la luz de las cuales se reconocieron dichas excepciones, también requieren que se reconozca una nueva excepción en este caso. El objetivo de la regla jurisdiccional, señaló, es para desalentar la “búsqueda de un foro conveniente”, es decir, que un prisionero escoja la jurisdicción en que considere que los jueces puedan tener una actitud más favorable a su causa.

Varias de las excepciones fueron diseñadas con el fin de impedir que el gobierno utilizara la misma táctica. En un caso, por ejemplo, una vez que el prisionero había presentado una demanda en una jurisdicción, el gobierno lo trasladó a otra. La Corte Suprema sostuvo que, en esas circunstancias, él tenía derecho a seguir presentando el juicio en la jurisdicción original. Stevens argumentó que se requiere una excepción paralela para el mismo objetivo en el caso Padilla. El gobierno inició procedimientos contra Padilla en Nueva York y lo trasladó a Carolina del Sur sólo luego de que un tribunal de Nueva York se había hecho cargo de la jurisdicción en cuanto a su petición de libertad. El hecho de que el gobierno además hubiera cambiado los motivos por los cuales buscaba detenerlo no debía importar: si el gobierno lo hubiera notificado por adelantado del cambio, su abogado habría presentado un cuestionamiento redactado de otra forma ante el tribunal de Nueva York antes de que lo trasladaran.

Sería un error pensar que el impacto de la decisión de la Corte se limita a cuestiones de procedimiento y no tiene efectos sustantivos. Si el gobierno puede escoger el foro del litigio al encarcelar a los detenidos en un lugar determinado, puede esperar tener mejores posibilidades de convencer a los tribunales de primera instancia para que interpreten los vagos estándares de O'Connor a su favor y para que afirmen que un detenido no ha logrado cumplir con el requisito de soportar el peso de la prueba que ella impuso con su voto. Padilla probablemente tendrá menos posibilidades de convencer a la

¹² Rehnquist, 6.

¹³ Stevens, 1.

Corte del Cuarto Circuito en Richmond, Virginia (la cual empatizó tanto con los argumentos del gobierno en el caso *Hamdi*), de que no combatió en contra de los Estados Unidos, comparado con las posibilidades que tendría en cortes de otro circuito.

Efectivamente, dado que la Corte decidió, en tres de las recientes sentencias sobre detenciones, que los prisioneros detenidos en el campo de Guantánamo pueden presentar una solicitud de *hábeas corpus* en una corte federal estadounidense, es poco probable ahora que el gobierno lleve más prisioneros a ese campo de detención. El diario *Los Angeles Times* ha informado que, efectivamente, el gobierno inicialmente estaba considerando la posibilidad de trasladar a los detenidos que ya se encuentran en Guantánamo y que no desea liberar pronto, a Carolina del Sur o a algún otro distrito “conservador”. Por lo tanto, parecería más justo que la Corte hubiera tomado resguardos en contra de la “búsqueda de un foro conveniente” por parte del gobierno, así como los tomó con respecto a los detenidos. La Corte podría haberlo hecho si hubiera llegado a la conclusión de que, cuando las detenciones son ordenadas por el Presidente u otro funcionario federal, el Presidente o dicho funcionario es el demandado pertinente en un procedimiento de *hábeas corpus* y la jurisdicción competente es el Distrito de Columbia.

3.

Rasul versus Bush

El estatuto federal de *hábeas corpus* establece que los tribunales federales de distrito están facultados para procesar las peticiones de *hábeas corpus* “dentro de sus respectivas jurisdicciones”¹⁴. El gobierno de Bush construyó su conocido campo de detenidos en la Bahía de Guantánamo en Cuba basándose en el supuesto de que este hecho elimina la posibilidad de que los prisioneros detenidos en lugares en los que Estados Unidos no detenta el poder soberano y que, por lo tanto, no están bajo la jurisdicción de tribunal federal alguno, presenten solicitudes de *hábeas corpus*. No obstante, dos ciudadanos australianos y doce ciudadanos de Kuwait que se cuentan entre los cerca de 600 detenidos en Guantánamo presentaron peticiones de *hábeas corpus* en el tribunal federal del Distrito de Columbia, pidiendo su libertad, acceso a un abogado, cese de los interrogatorios y otros tipos de alivio. (Dos británicos detenidos, incluido Shafiq Rasul, se encontraban inicialmente entre los demandantes, pero ya fueron liberados y regresaron al Reino Unido).

El Juez Stevens, junto con O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg y Breyer, afirmaron que las “jurisdicciones respectivas” no significa la jurisdicción en la cual los prisioneros son detenidos sino aquella en la que se encuentran los funcionarios responsables de su detención y que, cuando el gobierno mantiene a los prisioneros en un territorio extranjero bajo su control efectivo y permanente pero no dentro de la jurisdicción de una corte federal, se puede presentar una solicitud de *hábeas corpus* en una corte federal de Estados Unidos que tenga jurisdicción sobre el Presidente. El gobierno había confiado en la decisión de la Corte Suprema en el caso de *Johnson v. Eisentrager* de 1950 en la cual se determinó que los ciudadanos alemanes capturados en China durante la Segunda Guerra Mundial y condenados por crímenes de guerra por una comisión militar estadounidense en Nanking y posteriormente encarcelados en la prisión de Landsberg en la Alemania ocupada, no tenían el derecho constitucional de presentar una petición de *hábeas corpus* en una corte estadounidense.

¹⁴ 28 USC § 2241(a), 9(c) 3.

Stevens señaló que la “jurisdicción y control” de Estados Unidos respecto de la Bahía de Guantánamo se basaba en un contrato de arrendamiento (vigente) permanente otorgado hacía mucho por Cuba. Luego arguyó que la decisión en el caso *Eisentrager* se había basado en supuestos acerca del alcance del estatuto del *habeas corpus* que fueron rechazados en posteriores decisiones de la Corte Suprema y que, por lo tanto, no se aplicaban a los detenidos en Guantánamo. En una opinión concurrente, Kennedy ofreció un argumento diferente que se basaba no en hacer una distinción entre el caso *Eisentrager* del caso actual sino en aplicar aquella decisión, la cual, según él, fijaba una escala gradual para determinar los derechos en los tribunales estadounidenses de prisioneros extranjeros detenidos en el exterior. Los extranjeros que, según un tribunal, eran ciudadanos de una potencia enemiga, como los prisioneros alemanes, no tenían derecho alguno, pero los detenidos en Guantánamo, entre los cuales se podían encontrar “tanto amigos como enemigos,” no podían ser detenidos en forma indefinida sin someterlos a juicio o a algún otro procedimiento. Por lo tanto, seis de los jueces sostuvieron que los detenidos que no son ciudadanos podrían presentar peticiones de *habeas corpus* en cortes federales, siempre y cuando se encontraran en zonas tales como Guantánamo que se hallan bajo el control efectivo y permanente de los EE.UU.

En fuerte desacuerdo, Scalia, a nombre propio, de Rehnquist y Thomas, afirmó que efectivamente la Corte estaba revocando lo dictaminado en el caso *Eisentrager*, lo cual era injusto para el gobierno porque éste había confiado en ese fallo para trasladar a sus prisioneros a Guantánamo. Advirtió que la decisión de la Corte tendría consecuencias desastrosas. El análisis de Stevens, afirmó Scalia, significaría que los prisioneros militares de Estados Unidos, detenidos no solamente en Guantánamo sino en cualquier parte del mundo que estuviera en poder de los Estados Unidos en ese momento, como Irak, por ejemplo, podrían llevar a juicio al gobierno en las cortes estadounidenses. “En vista de que la ‘jurisdicción y el control’ obtenidos mediante un contrato de arrendamiento no difiere en nada en la práctica de la ‘jurisdicción y control’ adquirida por el uso legítimo de las armas, partes de Afganistán e Irak lógicamente debieran ser considerados como sujetos a nuestras leyes internas”¹⁵.

Evidentemente, estas tres decisiones tomadas en conjunto tendrán algún impacto en las políticas de detención del gobierno de Bush pero, pese a lo que sostiene el voto disidente de Scalia, ese impacto bien puede ser muy limitado. Hamdi y Padilla podrán seguir cuestionando su detención con la ayuda de abogados, pero enfrentan, como he dicho, la difícil carga de la prueba. El Pentágono, aparentemente ansioso de impedir una avalancha de solicitudes de *habeas corpus* a nombre de los detenidos de Guantánamo, inmediatamente anunció que se estaba creando un Tribunal de Revisión de la Situación de los Combatientes, integrado por oficiales militares, frente al cual dichos detenidos podrían cuestionar su calificación como combatiente enemigos¹⁶. Se autorizaría a los detenidos contar con la ayuda de “representantes personales” nombrados por el gobierno, pero no se les permitiría contar con abogados y enfrentarían una “presunción refutable a favor de la evidencia del gobierno”. A pesar de la declaración de O'Connor en el sentido de que indudablemente Hamdi tenía derecho a asesoría legal en los procedimientos adicionales en su caso, el comunicado de prensa del Pentágono afirmaba que estos nuevos tribunales

¹⁵ Scalia, 14.

¹⁶ Véase Departamento de Defensa, Comunicado de Prensa, “Combatant Status Review Tribunal Order Issued”, 7 de julio de 2004.

cumplen con todos los requisitos que ha impuesto la Corte Suprema incluso para la detención de ciudadanos en los Estados Unidos¹⁷.

El gobierno ha planeado durante largo tiempo enjuiciar a algunos de los detenidos por crímenes de guerra ante otros tribunales militares y recientemente señaló que los juicios de 15 de estos detenidos se iniciarían pronto. Los procedimientos y reglamentos anunciados hasta ahora para tales tribunales del crimen, si bien tienen sus defectos, proporcionan más protección que lo que O'Connor señaló como necesario para privar de libertad a los ciudadanos detenidos en forma indefinida y sin juicio. Por lo tanto, es importante considerar la otra posibilidad que mencioné: que en futuros casos, las sentencias y el razonamiento en estos tres casos sean vistos como precedentes que tienen mucho más poder para limitar el tratamiento que el gobierno da a sus prisioneros.

4.

Las Convenciones de Ginebra hacen una distinción fundamental entre dos tipos de personas que podrían ser capturadas por un país durante una guerra u otra acción militar. Unos deben ser tratados como prisioneros de guerra, hecho que significa, entre otras cosas, que no se les puede castigar simplemente por portar armas en contra del país que los capturó, que deben ser encarcelados bajo condiciones comparables a las de los soldados que los vigilan y que no pueden ser sometidos a interrogatorios coercitivos. El segundo tipo de personas no solamente incluye a los civiles que luchan de manera independiente de cualquier gobierno sino también a los soldados que, realizando acciones más organizadas, no usan uniformes u otros distintivos que los identifique o que combaten de un modo que no respeta las leyes de la guerra. Estos no tienen derecho a ser tratados como prisioneros de guerra y, en consecuencia, pueden ser enjuiciados y castigados como criminales por actos de guerra, aunque los Convenios de Ginebra requieren que sean tratados en forma humanitaria.

El gobierno de Bush afirma que estas disposiciones le permiten detener indefinidamente y sin juicio a algunos prisioneros que denomina “combatientes ilegales” sin acusarlos o enjuiciarlos, aunque no son tratados tan favorablemente como los prisioneros de guerra y pueden ser sometidos a interrogatorios coercitivos. Sostiene que Hamdi, Padilla y sus demás prisioneros corresponden a esta categoría y podría continuar haciéndolo si, como parece probable, dichas personas no logran impugnar exitosamente su detención ante comisiones militares o en procedimientos de *hábeas corpus*. En un artículo anterior en estas páginas sostuve que, independientemente de si se concluye que esto está o no está permitido, de acuerdo a una interpretación estricta del derecho internacional, el respeto decente por los derechos humanos requiere que el gobierno deje de lado esta opción y escoja entre enjuiciar a sus prisioneros como criminales, con las protecciones normales que ofrece el proceso criminal, o tratarlos como prisioneros de guerra, lo cual implicaría el fin de los interrogatorios de 24 horas de duración, la privación sensorial, la humillación y otras formas de coerción. Señalé en ese artículo que la actual política de

¹⁷ El comunicado de prensa se apoyaba en la referencia que hace O'Connor en su opinión sobre *Hamdi* a los reglamentos del Ejército que regulan la clasificación de prisionero de guerra. Este basamento podría ser erróneo: véase la nota al pie N° 23 más adelante.

este gobierno demuestra un desprecio inadmisible por los derechos y la dignidad de sus víctimas¹⁸.

Las recientes decisiones de la Corte sugieren que ahora se puede plantear una nueva demanda de mayor fuerza: que el trato que el actual gobierno le da a los prisioneros que denomina “combatientes ilegales” no solamente es moralmente indefendible sino que además está prohibido por la Constitución. O'Connor argumentó en el caso *Hamdi* que el arresto indefinido de ciudadanos estadounidenses sin someterlos a juicio violaría la cláusula del debido proceso a menos que los procedimientos y las circunstancias de la detención fueran justificadas mediante poderosas razones de seguridad o fueran necesarias para liberar a los militares de pesadas cargas que pudieran afectar su eficiencia. Es cierto que ella estaba analizando los procedimientos que debía seguir el gobierno para decidir si encarcelar a la gente, no las condiciones de su encarcelamiento. Pero ambas situaciones están inseparablemente vinculadas en su argumento porque los requisitos del debido proceso, según ella señaló, están establecidos no solamente en favor de los intereses del gobierno en materia de seguridad y eficiencia, sino atendiendo a la magnitud del daño que una determinación errónea podría infligir a un detenido que no fuera, efectivamente, un combatiente enemigo. El daño impuesto por una clasificación errónea es claramente mucho mayor cuando el gobierno mantiene a los detenidos bajo las duras condiciones que les impone actualmente que cuando los somete solamente a las condiciones menos terribles de los prisioneros de guerra convencionales¹⁹.

De diversas maneras, la opinión de O'Connor sugiere que su test del equilibrio justificaría la detención solamente bajo condiciones similares a las que se requieren para los prisioneros de guerra. Luego de declarar que “el confinamiento por *cualquier* motivo constituye una privación de libertad significativa que requiere la protección del debido proceso”²⁰ afirmó que “en el otro extremo de la balanza están los serios y sensibles intereses gubernamentales de asegurar que aquellos que efectivamente han luchado junto al enemigo en una guerra no regresen para luchar contra Estados Unidos”²¹. Esta es la justificación ortodoxa de las reglas establecidas en los Convenios de Ginebra, que O'Connor cita junto con múltiples comentarios de abogados internacionales que apuntan en la misma dirección²². Sin embargo, no se contribuye a lograr este objetivo si no se acatan las protecciones de los Convenios de Ginebra. El status de prisionero de guerra no permitiría los métodos coercitivos que el gobierno de Bush ha autorizado en estos recintos. No obstante, en lo que podría resultar ser la frase más importante de su opinión, O'Connor

¹⁸ Véase mi artículo “Terror and the Attack on Civil Liberties”, *The New York Review*, 6 de noviembre de 2003. Véase la nota al pie N° 2 de ese artículo donde aparece una descripción más detallada de la ley internacional correspondiente y una crítica de las afirmaciones del gobierno por parte de abogados internacionales.

¹⁹ En su declaración formal sobre el test del equilibrio que el debido proceso requiere, se basó en la importante decisión de la Corte, adoptada en 1976, en el caso *Mathews v. Eldridge*, 424 US 319:

Mathews dictamina que el debido proceso en cualquier instancia está determinado por la ponderación de “los intereses privados que se verán afectados por la acción oficial” frente al interés declarado del gobierno “incluida la función involucrada” y la carga que tendría que soportar el gobierno para proporcionar mayores garantías procesales.

Véase O'Connor, 22. Los intereses privados en juego son evidentemente mucho mayores y los intereses del gobierno que se requerirían para superar a los anteriores tendrían que ser mucho más graves, cuando un detenido se ve amenazado con aislamiento y las formas de intimidación que ahora sabemos que utiliza nuestro gobierno.

²⁰ O'Connor, 23.

²¹ O'Connor, 24.

²² O'Connor, 12–13.

afirmó, “Ciertamente, concordamos que la detención indefinida para fines de interrogatorio no está autorizada”²³.

El análisis de O'Connor implica, por lo tanto, que los estándares mínimos que ella describe como satisfactorios en términos de los requisitos del debido proceso no justificarían que el gobierno continuara sometiendo a Hamdi y Padilla a interrogatorios coercitivos. Estas normas justifican la detención solamente para los fines que ella señala, a saber, evitar que los prisioneros liberados regresen a Estados Unidos a luchar contra el país. Vale la pena señalar que Souter, en su opinión concurrente cuidadosamente argumentada sobre el caso *Hamdi*, afirmó que la Corte estaría en lo correcto al suponer que el Congreso (al legislar sobre este punto) justificaría la detención de Hamdi solamente si el gobierno lo estuviera tratando como prisionero de guerra, lo cual claramente no es el caso.

Hamdi y Padilla son ciudadanos estadounidenses y un tema adicional es si la prohibición constitucional que he descrito también se aplica al trato que el gobierno da a los extranjeros. O'Connor limitó su discusión a los “ciudadanos detenidos”. Scalia argumentó en una opinión disidente en el caso *Hamdi* que el gobierno carecía de toda autoridad para encarcelar a Hamdi y Padilla, a menos que el Congreso suspendiera el mandamiento de hábeas corpus. Sin embargo, manifestó explícitamente, que su argumento se aplica solamente a ciudadanos estadounidenses. No obstante, la protección otorgada por la cláusula constitucional de debido proceso no se limita a los ciudadanos: requiere que el gobierno no le niegue a persona alguna el debido proceso de la ley. En un caso del año 2001, en el cual un extranjero detenido en Estados Unidos afirmó haber sido privado del debido proceso, Breyer sostuvo a nombre de la mayoría que, en el caso de una persona, “la privación de la libertad” sin debido proceso evidentemente representa un “serio problema Constitucional”²⁴.

En su opinión para la Corte en el caso *Eisentrager*, el Juez Robert Jackson (quien había sido el principal Fiscal Acusador por parte de Estados Unidos en los juicios de Nuremberg contra los altos funcionarios nazis al término de la Segunda Guerra Mundial) señaló que la cláusula del debido proceso no debe ser entendida en el sentido de otorgarle el mismo derecho a todas las “personas” como se lo da a los ciudadanos estadounidenses y que los derechos que le otorga a los extranjeros detenidos dependen de una variedad de factores, incluido el hecho de si el extranjero está detenido en Estados Unidos, si es que ha

²³ O'Connor, 13. O'Connor se refirió a las comisiones militares que utiliza el Ejército para determinar si los prisioneros tienen derecho a ser clasificados como prisioneros de guerra como ejemplo de las comisiones que podría utilizar para determinar cuando los ciudadanos son combatientes enemigos. Los reglamentos citados por ella especifican que dichos tribunales deben escoger entre declarar que un detenido es un prisionero de guerra o un “Civil Internado que, por razones de seguridad operacional, o causa probable relacionada con una investigación criminal, debe estar detenido”. Los civiles internados pueden ser juzgados y castigados por cortes marciales, asistidos por abogados de su elección, por actos hostiles contra Estados Unidos (por ejemplo como “espías y saboteadores”). Pero “no podrá utilizarse forma alguna de tortura física o coerción moral” en contra de un civil internado, ni ninguna restricción de su derecho a comunicarse con el mundo exterior excepto como “una medida excepcional y temporal”. Véase Reglamento del Ejército 190-8, secciones 1-6 y 5-1.

²⁴ El Juez Breyer en la decisión de la Corte en el caso *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 en 692 (2001). La detención en este caso se realizó en Estados Unidos y Breyer hizo la distinción con una decisión anterior en la cual la Corte denegó remedio legal a un extranjero a quien se le había negado la autorización para ingresar al país y que había sido detenido indefinidamente en Ellis Island porque ningún otro país estaba dispuesto a recibirlo. Esa decisión anterior claramente no constituye autoridad para la propuesta de que el gobierno puede encarcelar indefinidamente e interrogar a un extranjero en territorio sometido a su control en el exterior.

estado alguna vez en Estados Unidos y, en particular, si es ciudadano de un país enemigo. Jackson sostuvo que los ciudadanos alemanes que intentaban continuar la guerra contra Estados Unidos en el Lejano Oriente luego de la rendición de Alemania y antes de que se rindiera Japón, no tenían derechos substanciales al debido proceso. No obstante, como sugirió Kennedy en su opinión concurrente en el caso *Rasul*, lo anterior no constituye un precedente para negarle la mínima protección del debido proceso a los prisioneros de EE.UU. en Afganistán, Irak y otras partes del mundo que no son ciudadanos de países con los cuales está en guerra Estados Unidos. El núcleo histórico del debido proceso y su parte más fundamental es el derecho de los individuos a no ser encarcelados en forma arbitraria e indefinida; si quienes no son ciudadanos estadounidenses en el resto del mundo gozan de alguna protección de debido proceso ante nuestro gobierno, ese el derecho que les corresponde.

Esa pareciera ser la implicación sencilla de la decisión de 6–3 de la Corte en el caso *Rasul*. Si bien Stevens ostensiblemente decidió lo que denominó la “limitada” cuestión de si las cortes estadounidenses tienen jurisdicción respecto de los detenidos en Guantánamo en virtud del estatuto de *habeas corpus*, debe haber supuesto que dichos detenidos tenían derecho al debido proceso que se puede invocar una petición de *habeas corpus* presentada a nombre de los detenidos. Stevens afirmó que las alegaciones de los prisioneros que habían presentado recursos (detenidos durante más de dos años sin haber sido acusados y sin tener acceso a un abogado a pesar de no haber cometido ningún acto de guerra ni de terrorismo) “incuestionablemente describen una ‘detención en violación de la Constitución o las leyes y los tratados de Estados Unidos’”²⁵.

Como insistió Scalia en su opinión disidente en ese caso, sería arbitrario suponer que los detenidos de Guantánamo tienen derechos de que carecen, digamos, los que están detenidos en Irak. El hecho de que el control estadounidense sobre Guantánamo sea de mayor antigüedad que su control igualmente efectivo sobre los campamentos en Irak, por ejemplo, no puede significar diferencias al decidir qué grado de derechos tradicionales de debido proceso corresponden a los detenidos extranjeros. De lo contrario, como advirtió el Juez Hugo Black en su opinión disidente en el caso *Eisentrager*, el gobierno podría evadir sus responsabilidades de debido proceso simplemente mediante la encarcelación de extranjeros en uno de sus múltiples campamentos de prisioneros en lugar de hacerlo en otro.

Scalia consideró que las implicaciones de la opinión de la Corte en el caso *Rasul* eran alarmantes: imaginó que los prisioneros de cualquier lugar donde Estados Unidos esté combatiendo podrían iniciar juicios en las cortes estadounidenses para protestar por la forma en que son tratados. O'Connor respondió a sus temores: le señaló que el equilibrio correcto entre la protección del debido proceso y la eficiencia militar se puede lograr a través de medidas que no impliquen cargas tales como llevar registros y revisiones por parte de comisiones militares más allá de lo que las fuerzas armadas estadounidenses han mantenido tradicionalmente. Si estoy en lo correcto, su afirmación presupone que no sometemos a quienes encarcelamos sin juicio a un tratamiento cruel y métodos objetables de interrogación. No obstante, debiéramos estar dispuestos, por respeto a nuestras propias tradiciones y valores, a aceptar cualquiera desconocida disminución de eficiencia que implique esta deferencia a la moral.

²⁵ Stevens, 15, Nota al pie N° 15.

Nuestra Constitución exige que corramos ese riesgo en el proceso criminal ordinario: indudablemente la policía de nuestro país sería más eficiente en la prevención del crimen y gozaríamos de mayor seguridad si en el país se pasaran por alto los derechos del debido proceso. El mundo está horrorizado por nuestra disposición a abandonar lo que nosotros mismos señalamos como nuestros valores más preciados tan sólo porque las víctimas son extranjeros. Debemos aspirar a que el Campamento Rayos X y Abu Ghraib pronto se conviertan en símbolos de una aberración nacional, como los campos de concentración donde se internaron a estadounidenses de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial, hecho que debemos tener el cuidado de no repetir, en lugar de seguir dando muestras de lo que, vergonzosamente para nosotros, hemos llegado a ser.

—14 de julio de 2004