

OWEN FISS

UNA GUERRA SIN IGUAL

La Constitución en los tiempos del terrorismo

Editado y prologado por
Trevor Sutton

Traducción de
Francisca Pou Giménez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2017

ÍNDICE

PRÓLOGO , por <i>Trevor Sutton</i>	11
---	----

PRIMERA PARTE UNA PERSPECTIVA EN DESPLIEGUE

PRÓLOGO AL CAPÍTULO 1	19
------------------------------------	----

CAPÍTULO 1. A LA SOMBRA DE LA GUERRA	21
---	----

PRÓLOGO AL CAPÍTULO 2	43
------------------------------------	----

CAPÍTULO 2. LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO Y EL ESTADO DE DERECHO	47
--	----

Una artimaña técnica	49
----------------------------	----

Debido proceso diluido	53
------------------------------	----

El incierto alcance de la Constitución.....	59
---	----

PRÓLOGO AL CAPÍTULO 3	73
------------------------------------	----

CAPÍTULO 3. LOS PELIGROS DE MINIMALISMO	75
--	----

La práctica del minimalismo	79
-----------------------------------	----

La Corte como guardiana de la Constitución.....	89
---	----

El dilema individual de cada juez.....	93
--	----

PRÓLOGO AL CAPÍTULO 4	97
------------------------------------	----

CAPÍTULO 4. BASTA DE ABERRACIONES	101
--	-----

La guerra de Bush	102
-------------------------	-----

La complicidad de los otros poderes del Estado	106
--	-----

La guerra contra el terrorismo: continuación.....	113
---	-----

La creación de una nueva normalidad	118
---	-----

PRÓLOGO AL CAPÍTULO 5	121
------------------------------------	-----

CAPÍTULO 5. EL DERECHO ESTÁ EN TODAS PARTES	123
--	-----

SEGUNDA PARTE
LA NUEVA NORMALIDAD

PRÓLOGO AL CAPÍTULO 6	135
CAPÍTULO 6. ENCARCELAMIENTO SIN JUICIO	137
Los talibanes y la Convención de Ginebra	138
Al Qaeda y el principio de libertad	142
El alcance de la política de Obama	150
PRÓLOGO AL CAPÍTULO 7	157
CAPÍTULO 7. TORTURA Y ENTREGA EXTRAJUDICIAL	161
Bush sobre la tortura	162
Entrega con fines de tortura	167
Las políticas de Obama	178
PRÓLOGO AL CAPÍTULO 8	181
CAPÍTULO 8. CRIMINALIZACIÓN DEL DISCURSO POLÍTICO	185
La ley	187
La decisión de la Corte y la tradición de la libertad de expresión...	191
¿El prisma de la guerra?	197
PRÓLOGO AL CAPÍTULO 9	203
CAPÍTULO 9. ESCUCHAS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL ...	207
El legado de Bush	208
Obama y las reformas FISA de 2008	213
El origen del concepto de «recolección de información de inteligencia extranjera»	214
Los términos de las reformas FISA de 2008	219
El conflicto con la Cuarta Enmienda	222
PRÓLOGO AL CAPÍTULO 10	237
CAPÍTULO 10. EL ASESINATO SELECTIVO DE SUPUESTOS TERRORISTAS	241
Los estándares jurídicos	243
Procedimientos para evaluar el cumplimiento	252
La decisión de la Corte	256
ÍNDICE ANÁLITICO	261

PRÓLOGO

Trevor SUTTON

11 de septiembre de 2001: un día que lo cambió todo. Esta ha sido una consigna habitual de las agencias gubernamentales y los medios de comunicación a la hora de evaluar los efectos de los atentados terroristas del World Trade Center y el Pentágono. Algunos han descrito los ataques como algo que cambió el modo en que los Estados Unidos ponderan y responden a los ataques a su seguridad nacional. Otros han ido más allá y han sugerido que los ataques cambiaron la relación de los Estados Unidos con el mundo en un sentido más general.

Más de una década después del 11 de septiembre, este tipo de opiniones pueden parecer pasadas de moda. Se ha tenido la sensación de que las dos elecciones pasadas —por no hablar de las elecciones intermedias y de las estatales— han estado más centradas en las diferencias en las agendas de política interna de los candidatos que en cuestiones de seguridad nacional o política exterior. Además, la progresiva pérdida de intensidad de las guerras de Irak y Afganistán, la muerte de Osama Bin Laden, el anuncio de un «giro» o «reequilibrio» hacia Asia por parte de la administración Obama, o el desafío creado por una Rusia expansionista, sugieren en su conjunto un retorno a una estrategia de seguridad nacional más tradicional, en cuyo contexto las amenazas creadas por organizaciones terroristas internacionales como Al Qaeda —y más recientemente el Estado Islámico (ISIS, por sus siglas en inglés)— no son ya el motor primario de la política exterior de los Estados Unidos.

Existe un ámbito, sin embargo, donde el legado del 11 de septiembre ha demostrado ser inusualmente duradero: el derecho. Aunque puede ser que la amenaza del terrorismo ya no domine el debate en el Congreso ni genere titulares con tanta regularidad como antes, los actos legislativos y las decisiones judiciales emitidas en respuesta a las políticas antiterroristas de las administraciones Bush y Obama continúan proyectando una alargada sombra sobre muchas áreas del derecho, incluida la jurisprudencia constitucional. La libertad de expresión y asociación, el debido proceso, el hábeas corpus, la exigencia de mandamiento judicial de la Cuarta Enmienda, incluso las prohibiciones de tortura y de asesinato extrajudicial: el derecho que gobierna estos principios

constitucionales tiene una apariencia infinitamente distinta en 2015 que la que tenía en el verano de 2001.

Los ensayos agrupados en este libro ofrecen la crónica de las reacciones de un académico, el profesor Owen Fiss de la Escuela de Derecho de Yale, ante las prácticas antiterroristas de los años de Bush y Obama. El libro empieza en 2003 —en los años tempranos de la guerra de Irak—, antes de la sentencia de la Corte Suprema en *Hamdi v. Rumsfeld* y antes de que Barack Obama o John Roberts adquirieran protagonismo a nivel nacional. Desde este punto de partida, Fiss revisa y evalúa las principales controversias jurídicas de la década siguiente, de Guantánamo a los drones, prestando una atención particular a sus dimensiones constitucionales. El vínculo que conecta a todos los ensayos es la preocupación permanente de Fiss por la manera en que las ramas políticas del gobierno violaron la Constitución en nombre de la seguridad pública, y la negativa de la judicatura a pedirles responsabilidades por ello. Como señala Fiss, prácticas que en un principio parecían ser excesos temporales de la administración Bush se han convertido en doctrinas jurídicas perpetuadas por el presidente Obama y atrincheradas en sentencias judiciales. El modo en que estas aberraciones jurídicas han sobrevivido más allá del clima político que las generó constituye la narrativa central de este libro.

En cierto sentido, este es un libro improbable. Antes de 2003, Fiss, un especialista en teoría de la igualdad, procedimiento civil y libertad de expresión, no había publicado nada sobre temas relacionados con la seguridad nacional o las leyes de la guerra. Que en la década siguiente fuera a publicar diez ensayos sobre el combate al terrorismo internacional no era algo precisamente esperable.

Fiss no era el único que se embarcaba en un nuevo proyecto de análisis jurídico tras el 11 de septiembre. Las cuestiones jurídicas planteadas por la respuesta de la administración Bush a los ataques eran tierra incógnita para prácticamente la totalidad de los juristas y académicos del derecho. Casos que eran oscuros para todos menos para los especialistas en derecho de la guerra —*Ex Parte Milligan*, *Ex Parte Quirin*, *In Re Yamashita*, *Johnson v. Eisinger*— de repente adquirieron una importancia candente, y cuestiones que parecían simple especulación profesoral —el alcance del debido proceso en el campo de batalla, los límites de la detención bajo control del ejecutivo fuera del territorio formal de los Estados Unidos— eran ahora litigadas ante los tribunales federales.

Para Fiss, resultaba natural que el deber de los jueces de materializar y aplicar la razón pública en el contexto interno —una responsabilidad que Fiss ha defendido durante cuarenta años— se extendiera al ámbito de la seguridad nacional. Desde ciertas perspectivas importantes, las cuestiones jurídicas suscitadas por la Guerra contra el Terrorismo son procesales: procesales no solo en el sentido convencional relacionado con las reglas que rigen los procedimientos legales y administrativos, sino también en el sentido más profundo relacionado con las murallas defensivas que se levantan entre el individuo y el poder formidable del Estado. Tras los principales casos de seguridad nacional de la era post-11 de septiembre —*Hamdi v. Rumsfeld*, *Hamdan v. Rumsfeld* y *Boumediene v. Bush*— estaba la pregunta por el papel que debía desempeñar la

judicatura, si es que debía desempeñar alguno, en la mediación de las relaciones entre la administración Bush y aquellos sospechosos de facilitar o de conspirar para perpetrar actos de terrorismo. Alojada en esta pregunta estaba otra cuestión que continuaría preocupando a los tribunales durante la presidencia de Obama: ¿cuándo debe prevalecer la responsabilidad de los jueces de defender los derechos fundamentales por encima del conocimiento experto del ejecutivo en materias de seguridad nacional y relaciones exteriores?

En opinión de Fiss, la mayoría de las victorias en la batalla legal sobre el combate al terrorismo fueron pírricas. Las sentencias de la Corte Suprema en Hamdi, Hamdan o Boumediene, junto con la Ley de Tratamiento del Detenido de 2005, le dieron al poder ejecutivo tanto como le quitaron y dejaron muchas preguntas vitales sin contestar —por ejemplo, si el uso de comisiones militares para enjuiciar a sospechosos fuera del campo de batalla violaba el debido proceso constitucional—. Estas deficiencias han sido agravadas por el proceder de los tribunales inferiores, que han concedido al gobierno una victoria tras otra en casos en que se denunciaba tortura, vigilancia sin autorización judicial y asesinatos extrajudiciales. A un grado incluso mayor que en las épocas de las cortes Burger y Rehnquist, las acciones de la judicatura en los tiempos posteriores al 11 de septiembre se han quedado cortas respecto de «el derecho como podría ser» [the law as it could be], por decirlo tomando prestado el título del libro de Fiss de 2003.

Cada uno de los capítulos de este libro viene precedido de un breve comentario en el que identifico el contexto político e histórico del ensayo que es la fuente del capítulo. Los ensayos de la Primera Parte están pensados para ser leídos por orden. Reflejan la progresiva comprensión de Fiss de las implicaciones jurídicas de la lucha de los Estados Unidos contra el terrorismo y su consternación ante el hecho de que la figura que parecía mejor preparada para repudiar las políticas de la época de Bush, Barack Obama, acabó actuando de un modo que las perpetuaba.

«A la sombra de la guerra», el primer ensayo del libro, es una adaptación de una conferencia pronunciada en la Universidad de Miami en vísperas de la guerra de Irak. Captura la ansiedad y la incertidumbre que mucha gente en la comunidad jurídica experimentó durante los primeros años de la administración Bush, cuando parecía que la judicatura podría conceder al gobierno poderes prácticamente ilimitados para desarrollar su Guerra contra el Terrorismo. Pero el ensayo documenta también un momento inusual en el tiempo, en el que parecía posible imaginar una reivindicación de los derechos fundamentales más extensa que la que la Corte Suprema acabaría llevando a cabo.

«La Guerra contra el Terrorismo y el Estado de Derecho» y «Los peligros del minimalismo» se centran ambos en el tema de la adecuación de la respuesta de la Corte Suprema a las políticas antiterroristas de la administración Bush. En vez de celebrar estas sentencias en calidad de reivindicaciones de derechos constitucionales, como muchos hicieron, Fiss las pondera con un ojo más crítico. Analiza cómo fue que estas sentencias no alcanzaron su potencial, al no abordar o no alcanzar un consenso sobre las cuestiones constitucionales centrales y prestar una atención indebida a las cuestiones técnicas, en detrimento de los

derechos constitucionales. Como se argumenta en particular en «Los peligros del minimalismo», las consecuencias de estas sentencias modestas pueden ser inadvertidamente trascendentes, como ocurrió con la opinión que el juez Stevens redactó en nombre de la Corte en Hamdan, que al no condenar el uso de los tribunales militares como algo que va a contramano de la idea de debido proceso, acabó implícitamente respaldándolo como constitucionalmente razonable.

«Basta de aberraciones» refleja un punto de inflexión en el pensamiento de Fiss y expresa una desilusión profunda. Este ensayo evalúa las maneras en las que el presidente Obama ha faltado a su promesa de campaña de marcar una ruptura clara con las políticas de seguridad nacional de su predecesor. Por su rechazo a enjuiciar penalmente a los que contribuyeron a la tortura durante el gobierno de Bush, por su respaldo a las comisiones militares y por haber mantenido la práctica del encarcelamiento sin juicio, Obama transformó lo que podía haber sido simplemente un capítulo lamentable pero aislado de la historia de los Estados Unidos en una degradación permanente de la Constitución.

«El derecho está en todas partes» completa la secuencia ofreciendo un contraejemplo a los que sostienen que no hay manera satisfactoria de ponderar los derechos fundamentales con la seguridad pública. El ensayo celebra la carrera profesional de Aharon Barak, la mente jurídica más famosa de Israel y el expresidente de la Corte Suprema de ese país. Fiss analiza varias de las sentencias más potentes de Barak —en particular una sentencia que declaró legal el asesinato selectivo de supuestos terroristas pero puso límites a su utilización— para ilustrar cómo los principios básicos de justicia y humanidad pueden florecer incluso en las condiciones de seguridad más desesperadas.

En la Segunda Parte, Fiss profundiza su análisis abordando prácticas y políticas específicas desplegadas durante la Guerra contra el Terrorismo. «Encarcelamiento sin juicio» analiza una de las cuestiones más debatidas de la era posterior al 11 de septiembre: la detención prolongada de supuestos terroristas sin presentación de cargos penales contra ellos o sin someterlos a juicio. El ensayo continúa muchos de los temas explorados en la primera parte del libro, en particular el hecho de que el gobierno de Obama no acertara a repudiar con firmeza las prácticas de la administración Bush que habían puesto bajo amenaza lo que Fiss llama «el principio de libertad».

«Tortura y entrega extrajudicial» examina la práctica de la entrega extrajudicial, en cuyo contexto las personas sospechosas de tener vínculos terroristas son secuestradas y entregadas a gobiernos extranjeros para que se las someta a interrogatorio bajo tortura. Aunque muchas personas creen que esta práctica ha sido interrumpida con Obama, su administración ha optado en cualquier caso por defenderla ante los tribunales federales, con enorme éxito. A juicio de Fiss, que tribunales inferiores prestaran asentimiento a la posición del gobierno —mediante la puesta en operación de varias doctrinas de abstención— constituye una abdicación de la obligación esencial de la judicatura de pedir cuentas bajo la constitución a las ramas políticas del poder.

«Criminalización del discurso político» se enfoca en un único caso, Humanitarian Law Project, en el que los jueces decidieron por una mayoría de 6-3

declarar válida una ley que penalizaba el discurso político en defensa de organizaciones extranjeras que la Secretaría de Estado hubiera designado como organizaciones de apoyo al terrorismo. Para Fiss, esta sentencia supone romper con la fuerte tradición que se remonta al destacado caso de 1969, Brandenburg v. Ohio, centrado en la protección del discurso político. La sentencia ilustra el efecto corrosivo del fantasma del terrorismo en las libertades constitucionales, incluso las que son relativamente distantes del desarrollo cotidiano de la Guerra contra el Terrorismo.

«Escuchas sin autorización judicial» se publicó antes de las revelaciones de Edward Snowden sobre la vigilancia generalizada practicada por la Agencia Nacional de Seguridad (National Security Agency, NSA), pero el ensayo mantiene su relevancia para aquellos que desean entender cómo ese escándalo llegó a ocurrir. El trabajo rastrea cómo las políticas antiterroristas de Bush y Obama condujeron a la expansión de la vigilancia estatal de un modo que convirtió el reciente escándalo en torno a la Agencia en algo casi inevitable. Fiss destaca, en particular, que dos componentes de las reformas de 2008 a la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera —su abrir la puerta a autorizaciones generales para practicar vigilancia electrónica y la supresión de la competencia del juez FISA para hacer escrutinio de la base fáctica en que se apoya una solicitud de mandamiento judicial— permitieron un patrón de conducta que violaba los derechos de millones de personas bajo la Cuarta Enmienda.

El trabajo final, «El asesinato selectivo de supuestos terroristas», es el único que no ha sido publicado previamente en forma alguna. Analiza el rechazo de la judicatura a juzgar una controvertida política antiterrorista, que ha sido ampliada por el gobierno de Obama más allá de cualquier nivel considerado por el gobierno de Bush: el uso de drones para matar a supuestos extremistas. En opinión de Fiss, la política pone en riesgo valores incluso más importantes que los reivindicados en Hamdi o en el derecho constitucional a no ser ejecutado sin juicio previo. En este sentido, hay que entender este trabajo como una coda al desencanto expresado en «Basta de aberraciones».

Los diez ensayos tocan cuestiones variadas pero comparten un conjunto de temas clave comunes. El más importante de ellos es la centralidad que tienen las normas constitucionales en todas las argumentaciones de Fiss. Aunque muchas de las controversias jurídicas discutidas en el libro giran en torno al significado de leyes y tratados internacionales (en especial los orientados a regular la conducta del poder ejecutivo en tiempos de guerra), para Fiss estos instrumentos materializan y son respaldados por los derechos y privilegios que constan en la Constitución misma. Ninguna ley o tratado puede abrogar los principios constitucionales que Fiss identifica en estos ensayos, como el principio de libertad o la prohibición de tortura.

Los ensayos también enfatizan con insistencia que la judicatura debe exigir cuentas bajo la Constitución a las ramas políticas del poder, con todo y las circunstancias extraordinarias de la guerra contra el terrorismo. El marco de análisis desplegado por Fiss reconoce la competencia constitucional del gobierno en la conducción de la guerra, pero también acepta que la Constitución pone

límites en la manera en que la guerra puede hacerse. En opinión de Fiss, hay una Constitución durante la guerra tanto como durante la paz.

Además, los límites constitucionales que se proyectan sobre el gobierno cuando despliega la Guerra contra el Terrorismo no son necesariamente los que se aplican a guerras más convencionales. Fiss reconoce que la campaña para derrotar a Al Qaeda y sus aliados es una guerra, pero también advierte de que es una guerra inusual, y una guerra sin límites temporales o geográficos claros. Así, las prerrogativas de los beligerantes en una guerra tradicional, como el derecho a retener combatientes enemigos hasta la terminación de las hostilidades o a someterlos a juicio ante comisiones militares, deben ser ajustadas para adecuarse a las circunstancias de una guerra que puede continuar por tiempo indefinido.

Fiss entiende que las normas constitucionales presentadas en estos ensayos obligan a los funcionarios de los Estados Unidos donde sea que actúen y contra quienquiera que actúen —incluso cuando sus actos ocurren fuera de los Estados Unidos y afectan solamente a no ciudadanos—. Aunque estas normas pueden tener diferentes significados en diferentes contextos, son aplicables en todos lados. Esta visión de la Constitución tiene mucho en común con la expresada por el juez Brennan en su voto disidente en el caso de 1990 analizado en varios de los trabajos.

Los ensayos también quedan unificados por el rechazo a las tesis de una corriente de la teoría jurídica llamada «minimalismo», que ha adquirido una creciente popularidad en los círculos jurídicos. Fiss desarrolla sus argumentos contra el minimalismo de modo más enérgico en «Los peligros del minimalismo», donde se opone a la naturaleza limitada de la sentencia de la Corte Suprema sobre el uso de comisiones militares para enjuiciar a supuestos terroristas. Pero la esencia de su crítica —esto es: que una preocupación por las distinciones técnicas a expensas de los valores fundamentales puede acabar prolongando y legitimando prácticas inconstitucionales— tiene una aplicación más general. Por ejemplo, orienta la oposición de Fiss sobre la respuesta que los jueces dieron a las alegaciones de asesinatos selectivos y entrega extrajudicial presentadas contra funcionarios de los Estados Unidos.

A pesar de su tono preocupado, el mensaje de todos estos ensayos es fundamentalmente un mensaje de esperanza. Gracias al ejemplo de Aharon Barak, Fiss mantiene su compromiso con la creencia de que una democracia que funciona bien puede derrotar incluso a la más peligrosa de las amenazas externas sin poner en riesgo sus valores más preciados. Fiss, como Barak, está firmemente convencido de que los desafíos ínsitos en el combate al terrorismo no deberían hacernos perder nunca de vista los principios que nos hacen grandes.

PRIMERA PARTE
UNA PERSPECTIVA EN DESPLIEGUE

PRÓLOGO AL CAPÍTULO 1

Trevor SUTTON

La respuesta de la judicatura federal al desarrollo de la Guerra contra el Terrorismo por parte de la administración Bush fue uno de los temas que con más atención se siguió y con más energía se discutió en la vida pública de los Estados Unidos de la década pasada. Hoy, después de abundante litigio ante los tribunales federales —incluidas varias sentencias de la Corte Suprema— sobre los poderes del presidente para dirigir la guerra y encabezar la defensa del país, ha cuajado una especie de consenso alrededor de unos cuantos principios básicos —que sin embargo no dejan de ser vagos—: que el ejecutivo no puede actuar con discreción irrestricta cuando persigue la eliminación de amenazas terroristas; que algunos derechos constitucionales tienen operatividad fuera de los Estados Unidos; que tanto los ciudadanos como los extranjeros deberían ver reconocidas en algún grado las garantías del debido proceso cuando se determina su condición jurídica bajo las leyes de la guerra.

Resulta tentador contemplar un consenso al que con tanto esfuerzo se ha arribado como autoevidente e inevitable —esto es, concluir, en retrospectiva, que bajo ninguna circunstancia iba la Corte Suprema a permitirle al ejecutivo hacer lo que quisiera en nombre de la seguridad nacional—. Pero cuando en 2003 apareció por primera vez el ensayo inicial de este libro, «A la sombra de la guerra», menos de dos años después de los ataques del 11 de septiembre, las grandes batallas jurídicas de los años de Bush apenas habían empezado y su resultado estaba lejos de ser obvio. Aunque con posterioridad el país se resintió amargamente del modo en que el gobierno de Bush manejó la guerra de Irak, en 2003 la oposición política a las iniciativas del presidente era inefectiva, si es que llegaba a existir. El Senado, con una mayoría republicana, había dado autorización a la guerra de Irak con una mayoría de noventa y ocho votos contra dos. Había aprobado la Ley US PATRIOT (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, Ley para Unir y Reforzar a los Estados Unidos Creando Instrumentos Apropiados para Interceptar y Obstaculizar el Terrorismo) por un margen similar un año y medio antes. La guerra

de Afganistán continuaba teniendo popularidad y el presidente mismo gozaba de una tasa de aprobación de más del 70 por 100 en algunas encuestas.

«A la sombra de la guerra» refleja la ansiedad y la incertidumbre que muchos miembros de la comunidad jurídica sentían durante los primeros años de la administración Bush. Este ensayo fue originalmente presentado en un simposio en la Universidad de Miami, poco tiempo después del inicio de la guerra de Irak, en un tiempo en que la judicatura federal estaba apenas empezando a lidiar con los dilemas básicos planteados por el tratamiento de los combatientes enemigos por parte de la administración. Sobre las preguntas fundamentales —por ejemplo, la de qué tipo de debido proceso se requiere para clasificar a una persona como combatiente enemigo ilegal, cuál es el estatus jurídico de Guantánamo o cuál es el alcance extraterritorial del hábeas corpus— los jueces parecían estar dispuestos a ser deferentes con las amplísimas pretensiones de la administración Bush, según las cuales las exigencias de la guerra se imponían sobre la responsabilidad histórica de la judicatura de controlar la acción de ejecutivo.

En 2003 no era obvio que el péndulo fuera a regresar hacia la supervisión judicial de los poderes del presidente en tiempo de guerra, como no lo era que el péndulo fuera a detenerse donde lo hizo —más cerca de las libertades civiles que la sentencia del Cuarto Circuito en *Hamdi v. Rumsfeld*, analizada en el ensayo, pero no donde muchos, incluido Owen Fiss, hubieran esperado—. En *Hamdi* y en *Boumediene v. Bush*, la Corte Suprema dejó claro que no le estaba dando al presidente un «cheque en blanco», por decirlo tomando prestada la famosa frase de la jueza O'Connor, pero dejó un saldo muy elevado en la cuenta corriente del ejecutivo. En contraste, incluso en los intensos meses que llevaron a la invasión de Irak, algunos juristas estadounidenses estaban dispuestos a hacer una defensa de la Declaración de Derechos más apasionada que la realizada por las cortes de *Hamdi* y *Boumediene*. Hay que destacar específicamente que en la sentencia del caso *Detroit Free Press v. Ashcroft* de 2003, el Sexto Circuito rechazó por inconstitucional una directiva que ordenaba la clausura de todos los procedimientos de inmigración considerados de «especial interés» en el combate al terrorismo. Con un lenguaje inusualmente amplio, el Sexto Circuito amonestó severamente a la administración Bush por pretender «arrancar de cuajo las vidas de la gente, fuera de la mirada pública, a puerta cerrada», añadiendo que «las democracias, a puerta cerrada, mueren».

Mientras las bombas caían sobre Bagdad, en algunos lados se albergaba la esperanza de que la Corte Suprema emprendería la evaluación de la legalidad de las políticas antiterroristas del gobierno sobre la base de principios similares a los contenidos en la sentencia *Detroit Free Press*. Como ilustrará el resto de los capítulos del libro, ese optimismo no encontró recompensa.

CAPÍTULO 1

A LA SOMBRA DE LA GUERRA*

Los días 21 y 22 de marzo de 2003 se celebró en Florida un simposio sobre mi trabajo. El simposio estaba patrocinado por la Universidad de Miami y organizado por el profesor Irwin Stotzky, un amigo de verdad y un mago para la logística. Decidió no tener las reuniones en la Escuela de Derecho misma, sino en el cercano Hotel Biltmore de Coral Gables. El Biltmore es un hotel magnífico construido en los años veinte que participa de la elegancia propia de esa época. Es un monumento histórico nacional que se yergue entre jardines y exuberantes patios de palmeras, coronado por un campanario que es una réplica de la famosa Giralda de Sevilla.

El glamur del lugar se sumó a lo gozoso del acontecimiento. También le dio un tinte de irrealidad a lo que estábamos haciendo. Durante dos días completos estuvimos sumergidos en la belleza del Biltmore, hablando de temas de enorme interés para mí —y, presumiblemente, para el resto de los especialistas presentes—: desegregación escolar, libertad de expresión, derecho procesal civil e historia de la Corte Suprema. La razón tomó su lugar supremo, iluminada por la camaradería que reinaba entre los participantes y por la presencia de mi familia. El mundo, sin embargo, estaba en un lugar muy diferente. Oscuro y trágico. El miércoles 19 de marzo, tan solo dos días antes, los Estados Unidos habían invadido Irak.

La guerra estaba en nuestras mentes. Uno de los panelistas, Aharon Barak, no pudo viajar a Coral Gables desde Israel por el estallido de la guerra. Su ausencia era un recordatorio permanente de lo que estaba ocurriendo en Irak. Además, todos llevábamos dentro nuestro las pérdidas trágicas del 11 de septiembre y sabíamos demasiado bien cuál era el significado de la Guerra contra el Terrorismo que estaba en marcha. Éramos muy conscientes también de la guerra de Afganistán. Había empezado en octubre de 2001, poco después de los ataques terro-

* Este capítulo se basa en «In the Shadow of War», *University of Miami Law Review*, vol. 58 (2003), pp. 449-470.

ristas al World Trade Center y al Pentágono y, aunque los talibanes ya habían sido expulsados y la Alianza del Norte había tomado el poder, continuaba habiendo combates esporádicos, como continuaba también la búsqueda de los líderes de Al Qaeda.

Aunque todo el mundo en el simposio era consciente de ellos, estos desarrollos no fueron discutidos públicamente. Ni la guerra de Irak, ni la de Afganistán, ni siquiera la Guerra contra el Terrorismo fueron tema de ninguna de las mesas o presentaciones orales, quizá porque el tipo de cuestiones que planteaban parecían muy distantes de mis tareas docentes o de mis escritos académicos. Y sin embargo yo sentí la necesidad de romper este pacto de silencio inconsciente y utilicé —me agarré de— la oportunidad que tuve en el momento de los comentarios finales. Para mí, la guerra de Irak era una violación grosera del Derecho internacional que ponía poderosamente de relieve la desconsideración por el Derecho que tanto ha marcado la época posterior al 11 de septiembre.

El Derecho internacional es un proyecto frágil. Basado en parte en la costumbre, en parte en el consentimiento otorgado mediante tratados, y en parte en las acciones y procesos de las organizaciones internacionales, la autoridad del Derecho internacional, como cuestión tanto descriptiva como normativa, está siempre en disputa. Y sin embargo las reglas sobre el uso de la fuerza parecen claras. La Carta de las Naciones Unidas, firmada por los Estados Unidos y por tanto con fuerza obligatoria sobre ellos en calidad de tratado, prohíbe el uso de la fuerza con dos excepciones: una cuando se hace en legítima defensa¹ y la otra cuando el Consejo de Seguridad determina que el uso de la fuerza es necesario para el mantenimiento de la paz mundial. La guerra de Afganistán quizá había sido consistente con la Carta, pero no podía decirse lo mismo de la guerra recién empezada en Irak.

Aunque el Consejo de Seguridad dictó una resolución condenando los ataques del 11 de septiembre y confirmó, en términos generales, el derecho a la legítima defensa, no dio permiso con todas sus letras a los Estados Unidos para invadir Afganistán para derrocar a los talibanes o para eliminar a Al Qaeda². La defensa de la legalidad de la guerra tenía que ser fundamentada en el derecho a la legítima defensa. Los Estados Unidos determinaron que Al Qaeda era responsable de los ataques del 11 de septiembre y que la guerra contra Afganistán, en ese momento bajo control talibán, estaba justificada debido a la simbiótica relación entre los talibanes y Al Qaeda.

Al permitir el uso de la fuerza para los casos de legítima defensa, la Carta crea una dosis de unilateralismo. Se le da poder a un Estado-nación para determinar individualmente si ha sido atacado, quién es el responsable del ataque, e incluso para evaluar si el tipo de relación

¹ Carta de la ONU, art. 51.

² Res. 1368 del Consejo de Seguridad, 56.º periodo de sesiones, sesión 4370.ª, documento de las Naciones Unidas S/RES/1368 (2001).

entre un Estado y algún grupo terrorista, como por ejemplo Al Qaeda, justifica un ataque armado contra otro Estado. Solo los fuertes son verdaderamente capaces de disfrutar de la libertad de hacer estos juicios y de decidir si hay que usar la fuerza armada, en lugar de alternativas menos violentas y más acotadas, en respuesta a un ataque agresivo.

El Derecho exige impersonalidad para conseguir que la aplicación de las normas no dependa de la identidad personal del sujeto, pero todos los sistemas jurídicos operan de un modo que permite a los ricos y a los poderosos un disfrute mayor de los derechos protegidos que el que tienen los pobres y los débiles. No hay sino que pensar, por ejemplo, en las previsiones de la Declaración de Derechos que garantizan la libertad de expresión o el derecho a la asistencia letrada. Podemos intentar reforzar las prerrogativas de las personas pobres o débiles con el objetivo de minimizar las diferencias en la vivencia de estos derechos, pero se trata de una empresa impulsada más por preocupaciones igualitarias —todo el mundo debería disfrutar de las bendiciones de la libertad— que por la creencia de que este tipo de reforma es necesaria para conferir carácter jurídico a las enmiendas Primera o Sexta.

En la esfera interna, tribunales independientes, respaldados por el poder del Estado, tienen competencia para determinar si una acción violenta que es justificada apelando a la legítima defensa respeta realmente los contornos de ese derecho. Este tipo de arreglo no existe en la esfera internacional. Ello distingue el Derecho del Estado-nación del Derecho de la comunidad internacional, pero no significa que la Carta de las Naciones Unidas y los tratados internacionales no sean Derecho. En el contexto internacional, el Derecho está formado por normas y principios que un Estado-nación tiene el deber de respetar y obedecer, y en el caso de la Carta esta obligación deriva del consentimiento solemne que el Estado le haya dado. Puede ser que los agraviados por una supuesta violación de la Carta no puedan acudir a un tribunal independiente para que determine si esas normas han sido plenamente respetadas; tampoco pueden confiar en algún tipo de policía internacional que esté encargada de ejecutar la resolución de ese tribunal. Pero pueden dirigirse a la comunidad internacional y pedirle que haga por ella misma una valoración y que, de ser apropiado, imponga a la parte que ha violado esas normas cualesquiera sanciones legales que caigan dentro de su ámbito legal de acción. En algunas ocasiones, puede ser que la única sanción sea la vergüenza. Hacer un juicio desinteresado acerca de si las normas de la Carta han sido o no honradas es una responsabilidad que recae sobre cada uno de nosotros, como miembros de la comunidad internacional.

Si se entiende el Derecho en estos términos, me aventuro a decir que se puede hacer un argumento fuerte —y, a mi juicio, convincente— a favor de la legalidad de la guerra en Afganistán. Argumento que no podría ser hecho, sin embargo, para el caso de la guerra de Irak. La invasión de Irak no fue algo precipitado. Fue producto de un largo y sostenido proceso constructivo, y en el transcurso de ese proceso se ofrecieron varios

argumentos en favor del uso de la fuerza. Ninguno de ellos era persuasivo. En alguna ocasión, la legalidad de la guerra fue defendida apelando a una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad. La primera, adoptada en 1990, había autorizado el uso de la fuerza contra Irak para expulsarlo de Kuwait³. La segunda, adoptada en 1991, imponía a Irak la obligación de desarmarse cuando se produjo, efectivamente, su desalojo de Kuwait y se decretó un alto al fuego⁴. La tercera —la resolución 1441, adoptada en otoño de 2002— declaraba que Irak permanecía en violación de sus obligaciones de desarme⁵. También le concedía una «última oportunidad» para cumplir con esas obligaciones y lo avisaba de las «serias consecuencias» que se derivarían de una eventual negativa a hacerlo.

Una advertencia de «serias consecuencias» no es, con todo, lo mismo que autorizar el uso de la fuerza militar contra Irak, ni por parte de los Estados Unidos ni por parte de ningún otro país. Parece igualmente muy tomado de los pelos lo de pensar que la determinación contenida en la resolución 1441, según la cual Irak estaba en incumplimiento de las obligaciones de desarme impuestas por la segunda de las resoluciones antes mencionadas, hacía revivir la autorización del uso de la fuerza contenida en la primera resolución, puesto que esa resolución solo autorizaba el uso de la fuerza para expulsar a Irak de Kuwait. Empeñados en la idea de la guerra, los Estados Unidos buscaron una resolución más para autorizar la invasión de Irak. Cuando fue claro que esta resolución no sería dictada, los Estados Unidos procedieron sin aprobación del Consejo de Seguridad e invadieron Irak.

A diferencia de la invasión de Afganistán, la guerra de Irak no podía justificarse apelando al derecho a la legítima defensa contemplado por la Carta. No existían vínculos entre Irak y Al Qaeda. El gobierno de Bush adujo que Irak poseía armas de destrucción masiva y que un día esas armas podían ser usadas contra los Estados Unidos u otros países que estamos obligados a proteger. Sin embargo, las pruebas en apoyo del señalamiento de que Irak poseía armas de destrucción masiva eran frágiles. Ni siquiera después de la invasión se han hallado armas de ese tipo. Pero incluso si hubiera sido de otro modo, la noción de legítima defensa tendría que haber sido ensanchada a los efectos de poder incluir la guerra preventiva. Y como mínimo, para que una acción bajo un derecho de defensa preventiva pueda ser considerado un acto de legítima defensa es necesario que el temido ataque iraquí contra el cual los Estados Unidos se estarían supuestamente defendiendo sea inminente. Dado que en el caso de Irak era imposible hacer un alegato de este tipo, el concepto de legítima defensa hubiera tenido que ser forzado todavía

³ Res. 678 del Consejo de Seguridad, 45º periodo de sesiones, sesión 2963.^a, documento de las Naciones Unidas S/RES/678 (1990).

⁴ Res. 678 del Consejo de Seguridad, 46º periodo de sesiones, sesión 2981.^a, documento de las Naciones Unidas S/RES/687 (1991).

⁵ Res. 1441 del Consejo de Seguridad, 57º periodo de sesiones, sesión 4644.^a, documento de las Naciones Unidas S/RES/1441 (2002).

más, más allá del punto de quiebre —para poder autorizar una guerra anticipatoria y no solo una guerra preventiva—⁶.

La administración Bush también sostuvo —y mucho más después de que no se hallaran armas de destrucción masiva— que fue un intento de poner fin a la tiranía de Saddam Hussein, llevando con ello la libertad y la democracia a la población iraquí. En apoyo de este argumento se ha hecho referencia al uso de la fuerza por parte de la OTAN en Kosovo en la primavera de 1999, y al precedente que sienta para lo que ha sido llamado «intervención humanitaria». Ese episodio de uso de la fuerza tampoco tenía la autorización del Consejo de Seguridad. Dado que la intervención en Kosovo viola la Carta y el sistema de normas que establece, el estatus de ese precedente dentro del Derecho es incierto. Pero en cualquier caso, incluso si fuera considerado Derecho, es necesario trazar una distinción crucial entre una intervención militar encaminada a detener una carnicería a gran escala que está en marcha, o un genocidio que se está cometiendo —como ocurría en el caso de Kosovo—, y el uso de la fuerza encaminado a derrocar a un tirano como Saddam Hussein. Ciertamente Hussein, como la mayoría de dictadores, accedió al poder por medios brutales y violentos, pero la muerte y la destrucción que la guerra trae inevitablemente aparejadas, seguidas de la ocupación militar, no pueden ser justificadas nunca como medios para acabar con una tiranía como la suya. Hay siempre alternativas menos mortíferas y menos destructoras. La guerra de Irak bien puede haber estado en línea con los intereses estratégicos o económicos de los Estados Unidos —eso está por ver— pero representó un desprecio por las más elementales normas del Derecho internacional.

En el momento de nuestra reunión en Coral Gables, la guerra de Irak era algo tan reciente e inmediato que era imposible emitir juicio alguno acerca de cómo sería conducida o acerca de qué estragos haría, si es que los hacía, en los principios jurídicos que rigen en el ámbito interno. Pero el historial acumulado ya en ese momento por la guerra de Afganistán y por la Guerra contra el Terrorismo, más en general, era perturbador. La Ley US PATRIOT (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, Ley para Unir y Reforzar a los Estados Unidos Creando Instrumentos Apropiados para Interceptar y Obstaculizar el Terrorismo), propuesta por el gobierno escaso tiempo después del 11 de septiembre e inmediatamente aprobada por el Congreso, aumentó enormemente los poderes de vigilancia del gobierno⁷. Igualmente, el gobierno sometió a muchas personas extranjeras, sobre todo las que eran de Oriente Medio, a incessantes interrogatorios. Algunos fueron arrestados por los motivos más débiles imaginables y detenidos o deportados⁸.

⁶ Véase N. C. CRAWFORD «The Best Defense: The Problem with Bush's Preemptive War Doctrine», *Boston Review*, febrero-marzo de 2003, p. 20.

⁷ Véase E. SCARRY, «Resolving to Resist», *Boston Review*, febrero-marzo de 2004, p. 6.

⁸ Véase D. COLE, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New York, The New Press, 2003.