Encarcelamiento sin Juicio

Owen Fiss

La Constitución es una amplia carta para el ejercicio del gobierno. Establece los órganos del gobierno nacional y les limita en su ejercicio del poder. La Constitución se expresa en términos amplios en su mayor parte, y durante los pasados varios cientos de años, muchos principios han sido desarrollados para darles un contenido específico a esas expresiones generales.

Algunos de esos principios, como aquél que requiere la separación de poderes, son inferidos a partir de la estructura general de la Constitución. Otros, como es el caso del principio de no-discriminación o (su alternativa) el de no-subordinación, se encuentran enraizados en alguna provisión específica, como la de igualdad ante la ley, y tienen como propósito extender el contenido de tales cláusulas. Se supone que ambos tipos de principio deben guiar a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones e inclusive que, de ser necesario, el poder judicial debe obligar a dichos oficiales a respetarlos. Estos principios son tan parte de la Constitución como las palabras en el documento original, aunque se presenten ante nosotros como interpretaciones de aquellas palabras y que, por ende, puedan ser criticadas y –de ser preciso– reformuladas en una manera que las frases del documento original no pueden serlo, salvo en caso de enmienda.

Uno de esos principios, al que referiré como “principio de libertad”, ha sido vulnerado por la gestión del presidente Bush y actualmente por la del presidente Obama en la lucha contra el terrorismo. Dicho principio prohíbe que el gobierno encarcele a alguien sin acusarle de un delito específico y llevarle rápidamente a juicio

por ello. Se encuentra implícito en la cláusula constitucional que limita al Congreso en su facultad de suspender el remedio procesal del *habeas corpus*, la vía que permite evaluar la legalidad del encarcelamiento, y aún más importantemente, debería ser entendido como un reflejo necesario de la Quinta Enmienda de la Constitución, la cual prohíbe al gobierno privar a cualquier persona de su "vida, libertad o propiedad sin el debido proceso".

En su núcleo, el principio de libertad prohíbe al gobierno privar a un individuo de su libertad sin acusarle de cometer un delito específico ante un tribunal y producir pruebas de ello durante el proceso. Asimismo requiere que el acusado tenga oportunidad de interrogar a los testigos de la fiscalía y presentar a sus propios testigos.

Gran parte de las protecciones procesales requeridas por el principio de libertad tienen un valor instrumental: se trata de los mejores medios de que disponemos para descubrir la verdad de los hechos en discusión. Asimismo, reflejan elementales nociones de justicia y como tales constituyen una fuente de legitimidad del gobierno constitucional. Estas protecciones cargan a gobierno con la prueba de la acusación en el juicio y le proporcionan al acusado –quien a la par se encuentra protegido por la presunción de inocencia y el derecho de que lo juzgue un jurado– una oportunidad razonable de defenderse. El supuesto subyacente es que un gobierno dispuesto a operar bajo estas limitaciones es candidato a ganar el respeto y la admiración de sus ciudadanos.

Como muchos principios constitucionales, el principio de libertad tiene un número limitado de excepciones. La guerra es una de ellas. La Constitución reconoce plenamente la facultad del gobierno de participar de una guerra y el principio de libertad ha sido adecuado a las necesidades del combate: durante la lucha armada, se

permite al gobierno capturar soldados enemigos y encarcelarlos sin necesidad de juicio mientras dure el conflicto armado. Tanto Bush cuanto Obama han apelado a esta excepción al principio de libertad para insistir en sus facultades de mantener detenidos por tiempo indeterminado a cualquiera que el gobierno determine que ha combatido para los talibanes o Al Qaeda.

Los talibanes y la Tercera Convención de Ginebra

La detención continua de personas acusadas de combatir junto a los talibanes presenta un conjunto especial de problemas desde la óptica de la Tercera Convención de Ginebra de 1949. Este tratado opera desde la esfera de autoridad permitida por la Constitución y por tanto debe ser visto como una limitación secundaria a la autoridad del gobierno de encarcelar sin juicio. Bajo la Tercera Convención, los enemigos pueden ser retenidos en custodia por la duración de las hostilidades y deben ser repatriados al cese del conflicto armado. La Convención también provee (implícitamente) que los combatientes enemigos no pueden ser penalmente procesados por el mero acto de combatir, aunque sí pueden serlo por crímenes de guerra. Los Estados Unidos son parte signataria del tratado y se encuentran limitados en su accionar por el mismo cuando la otra parte beligerante es también signataria.

En el otoño de 2001, poco después de los ataques del 11 de Septiembre, los Estados Unidos lanzaron una guerra en contra de Afganistán. Por esa época, los talibanes, esencialmente una organización política de fanáticos religiosos, controlaban el gobierno afgano y utilizaron su poder para apoyar y proteger a Al Qaeda. Los Estados Unitos invadieron Afganistán cuando el gobierno talibán rehusó entregar a Osama Bin Laden. Los combatientes talibanes entonces detenidos bajo custodia eran protegidos por la Tercera Convención de Ginebra simplemente en virtud de la calidad de partes signatarias de ambos Afganistán y los Estados Unidos, ya que la

circunstancia de que los Estados Unidos habían negado reconocimiento diplomático al gobierno afgano controlado por los talibanes no afectaba a la aplicabilidad de la Convención.

Sin embargo, desde los primeros momentos de la guerra, el presidente Bush declaró que todos aquellos que combatiesen del lado de los talibanes eran "combatientes enemigos ilegales", queriendo decir que los combatientes talibanes no tenían derecho a ninguna de las protecciones de la Tercera Convención. Denegada la protección del tratado, según Bush los combatientes talibanes podían ser enjuiciados por combatir o, alternativamente, ser detenidos por períodos indefinidos de tiempo, incluso de por vida. Todavía más, bajo esta doctrina no había obligación alguna de repatriarlos al finalizar la guerra. El presidente Bush no reconoció de ninguna manera al principio de libertad como un límite al ejercicio de su poder.

A finales de 2001, el joven ciudadano estadounidense John Walker Lindh –quien negó toda conexión con Al Qaeda, aunque admitió haber combatido para los talibanes– fue capturado por las fuerzas armadas de los Estados Unidos en Afganistán. Poco después, fue procesado ante la Corte Federal de Distrito de Virginia por formar parte de una conspiración para asesinar soldados estadounidenses. Este procesamiento contravino la Tercera Convención de Ginebra, ya que Lindh fue sujeto a proceso simplemente en razón de combatir, pero la Corte de Distrito denegó este planteo de inadmisibilidad, convalidando así la doctrina enarbolada por la gestión de Bush sobre el tratamiento de todos los combatientes talibán como "combatientes enemigos desleales". Luego de denegado su objeción de inadmisibilidad, Lindh se declaró culpable de uno de los cargos y fue sentenciado a 20 años de prisión en una cárcel de máxima seguridad en Arizona. Su acuerdo con el fiscal establecía que si por cualquier razón la sentencia hubiere de ser anulada, Lindh sería nuevamente

considerado combatiente enemigo ilegal y por tanto podría ser encarcelado sin juicio por un período indefinido de tiempo, inclusive hasta de por vida.

La Tercera Convención establece cuatro condiciones que deben ser satisfechas por una milicia irregular para que su protección le resulte aplicable. Los combatientes deben: (1) llevar uniformes o alguna designación; (2) llevar sus armas a la vista; (3) estar sujetos a una estructura de comando; y (4) no cometer crímenes de guerra. La Corte de Distrito de Virginia se tomó algunas libertades con el texto de la Convención cuando utilizó estos criterios para determinar si al Ejercito afgano, no a una milicia irregular, le correspondían las protecciones del tratado. Por sus propios términos, la Convención se aplica a los "miembros de las fuerzas armadas de las Partes en conflicto". La Corte de Distrito puede también ser criticada por la forma en que aplicó algunos de estos criterios. Por ejemplo, en oportunidad de determinar si los combatientes habían cometido crímenes de guerra, la Corte examinó las prácticas que habían sido utilizadas por los talibanes para acceder al poder en lugar de la forma en que habían combatido en la guerra contra los Estado Unidos. Para agravar el problema, la Corte de Distrito basó sus aseveraciones en libros (uno de los cuales fue publicado con anterioridad a 2001), no en pruebas aportadas al expediente.

Obama ha sido cuidadoso en evitar la utilización de la nomenclatura de combatiente enemigo ilegal, pero con respecto a los talibanes parece estar aplicando la misma política que Bush. El día 21 de Mayo de 2009, el presidente anunció su estrategia para lidiar con los prisioneros todavía cautivos en Guantánamo y, para nombrar un ejemplo, mencionó entre aquellos prisioneros que continuarían detenidos indefinidamente sin juicio a alguien que "había comandado tropas de talibanes en combate". Mencionó que este prisionero era retenido por los "crímenes que ha cometido", pero nunca especificó cuáles eran estos crímenes. Si los prisioneros

talibanes detenidos en Guantánamo hubieren violado las leyes de la guerra –matando civiles, por ejemplo– entonces deberían ser enjuiciados por dicho crimen. Sin embargo, si su único crimen fue combatir en contra de soldados estadounidenses, como fue el caso de John Walker Lindh y probablemente del individuo sin nombre que comandó tropas de talibanes en batalla, entonces bajo los términos de la Convención de Ginebra deberían ser entregados al gobierno afgano, quien tendría la responsabilidad de decidir su suerte.

La obligación de repatriación surge por el hecho de que ya no estamos en guerra con Afganistán. Esta guerra terminó por lo menos en 2004, cuando los talibanes fueron derrotados, una nueva constitución fue adoptada para el país, se realizaron elecciones y asumió un nuevo gobierno. De hecho, una segunda ronda de elecciones nacionales tuvo lugar en Agosto de 2009. Los Estados Unidos y un numero limitado de fuerzas de la OTAN siguen operando en Afganistán, pero bajo las órdenes del gobierno afgano, para ayudar en la reconstrucción de la nación, la represión del resurgimiento talibán y la persecución de Osama Bin Laden y Al Qaeda.

El presente levantamiento talibán puede tentar a los abogados de Obama a recaracterizar la operación militar en Afganistán que comenzó en el otoño de 2001 como una guerra no en contra de Afganistán, sino más bien en contra de los talibanes. Dicha reformulación sería desafortunada ya que pospondría indefinidamente la obligación de repatriación, suspendiéndola hasta que toda insurgencia sea contenida, y por tanto contrariaría los propósitos humanitarios que subyacen a la Convención de Ginebra. En cualquier caso, una reformulación como la mencionada no tendría efectos respecto de los prisioneros talibanes sujetos a las políticas de la gestión de Obama, ya que no han participado del levantamiento por haber estado encarcelados en Guantánamo durante casi una década. Se los acusa de combatir en contra de las

fuerzas armadas estadounidenses cuando invadimos Afganistán en el otoño de 2001 y, de acuerdo con Obama, se los mantiene detenidos por los "crímenes que ha[n] cometido".

Al Qaeda y el principio de libertad

Al Qaeda no podría reclamar viablemente la protección de la Tercera Convención de Ginebra. Todos sus miembros son combatientes enemigos ilegales, o con mayor propiedad, no-privilegiados. Esta es la calificación que, según se recordará, les fue aplicada a los talibanes por el presidente Bush (y por el presidente Obama, implícitamente). Pero, al tiempo que el argumento de Bush para encasillar a los talibanes fuera del alcance de la Convención estribaba en una forzada interpretación de una provisión del tratado referida a las milicias irregulares, hay razones mucho más claras para llegar a las mismas conclusiones con respecto a Al Qaeda. Como razón principal, el tratado sólo obliga a los Estados Unidos cuando su co-beligerante es una parte signataria del mismo y Al Qaeda no lo es, ni podría llegar a serlo. Se trata de una organización terrorista internacional ampliamente distribuida que opera en secreto y no tiene (aún) pretensiones sobre ningún territorio nacional. La Convención establece que una parte signataria puede verse obligada a respetarla en un conflicto con una parte no signataria, pero sólo si esta última se conduce de acuerdo con las provisiones de la misma, una condición que Al Qaeda claramente no satisface.

A pesar de que las acciones del Poder Ejecutivo en contra de Al Qaeda no se encuentran constreñidas por el tratado (y tal vez tampoco por el derecho humanitario de vertiente consuetudinaria), sí se encuentran sujetas a la Constitución y en particular al principio de libertad –a no ser que, por supuesto, dichas acciones encuadren en la excepción relativa a la guerra–. La gestión de Bush asumió la posición de que Al Qaeda fue responsable de los ataques del 11 de Septiembre y por dicha razón

comenzó una guerra en contra de la organización. Desde que asumió el cargo, Obama ha sido meticuloso con respecto a evitar el uso de la archiconocida consigna de Bush "Guerra contra el Terrorismo", pero ha declarado repetidas veces que "Estamos en guerra en contra de Al Qaeda".

Aunque la lucha contra Al Qaeda pueda ser caracterizada como una guerra y de esa manera permitir a los Estado Unidos eliminar o capturar a los miembros de la organización, no se trata de una guerra ordinaria, y en consecuencia las excepciones al principio de libertad deben ser ajustadas. En su lucha contra Al Qaeda, la gestión de Bush estaba preparada para tratar al mundo entero como un campo de batalla e insistía que las prerrogativas de Estados Unidos como parte beligerante le permitían capturar y tal vez también eliminar a los miembros de la organización en cualquier lugar en el que se encontrasen: el aeropuerto O'Hare, las calles de Milán, conduciendo en una ruta de Yemen o en una universidad en Peoria, en el estado de Illinois. Sin embargo, el reconocimiento de tamaño poder perturbaría o haría peligrar el carácter de la vida civilizada tal como la conocemos y derrotaría los mismísimos valores subyacentes al principio de libertad.

Para protegernos contra tales peligros se hace necesario calibrar el concepto de "campo de batalla" y distinguir entre teatros activos de conflicto armado (los llamados campos de batalla calientes) y otros lugares donde sospechados terroristas podrían encontrarse. Sospechosos que no residen dentro de un teatro de guerra pueden claramente ser aprehendidos fuera de él, pero sólo a través de los procedimientos ordinarios del derecho y no mediante las operaciones que típicamente despliegan los militares en el campo de batalla. Dichos sospechosos no pueden ser eliminados ni tampoco ser capturados o secuestrados por fuerzas militares y ser conducidos a algún centro militar o secreto de detención.

Análogas restricciones deben aplicarse sobre la acción de la autoridad estadounidense en relación al encarcelamiento de individuos acusados de tener conexiones con Al Qaeda, aún cuando fueran capturados en el campo de batalla y se alegase que participaron del conflicto armado. En este caso, las restricciones deben ser temporales en su naturaleza y reflejar el carácter casi interminable de la guerra contra Al Qaeda. Gran parte de nuestra acción militar se orienta hacia la captura de Osama Bin Laden, pero aún si esa acción es exitosa la guerra no terminará por ello. Al Qaeda tiene unidades terroristas en todo el mundo, la mayoría de las cuales son capaces de actuar sin Bin Laden. Por ello, así como es inconcebible tratar como campo de batalla a cada lugar de la tierra donde los miembros de Al Qaeda puedan encontrarse, sería inconcebible permitir al gobierno mantener detenidas a personas de quienes se sospeche su membresía hasta tanto la guerra entre los Estados unidos y Al Qaeda llegue a su fin –un tiempo que no podemos prever–. Permitir que personas acusadas de pertenecer a Al Qaeda sean encarceladas por la duración de las hostilidades constituiría una expansión tan grande de la excepción al principio de libertad que alcanzaría a socavar el propio principio y los valores a los que el mismo sirve.

El principio de libertad no prohíbe que el gobierno de los Estado Unidos capture y detenga a sospechosos de Al Qaeda por breves períodos; tal política podría justificarse en las necesidades del conflicto armado. Lo que el principio efectivamente prohíbe, sin embargo, son las detenciones por períodos prolongados sin enjuiciamiento, ya que tales medidas no son requeridas por las exigencias de la guerra. Algunos márgenes de maniobra fueron permitidos a la gestión de Bush, por supuesto, cuando comenzó su guerra contra Al Qaeda y capturó personas que estimaba miembros de la organización terrorista, pero pronto quedó claro que dicha

gestión estaba dispuesta a encarcelar a los sospechosos lejos de un teatro activo de conflicto armado y a hacerlo por un período de tiempo prolongado, tal vez por siempre, sin nunca enjuiciarlos. Algunos de estos prisioneros fueron alojados en prisiones navales en Carolina del Sur y Virginia. En su mayor parte, sin embargo, fueron encarcelados (por razones que todavía permanecen poco claras) en la Estación Naval de Guantánamo, en Cuba.

La prisión de Guantánamo fue abierta en Enero de 2002 y por los siguientes siete años casi 800 reclusos fueron alojados en su recinto en un momento u otro. Algunos de estos prisioneros fueron acusados de combatir para los talibanes, aunque la mayoría fue acusada de tener conexiones con Al Qaeda. Durante este período, algunos fueron transferidos a otras prisiones y otros fueron liberados debido a presiones diplomáticas o decisiones por parte de tribunales militares establecidos por el Departamento de Defensa en Julio de 2004 (como parte de una estrategia de privar a los presos de Guantánamo del recurso a cortes federales para recuperar su libertad por medio de un reclamo de *habeas corpus*). Cuando Obama asumió la Presidencia en Enero de 2009 Guantánamo tenía 240 prisioneros, algunos de los cuales habían permanecido allí por siete años.

Seguidamente a su asunción, el presidente Obama firmó una orden requiriendo que la prisión de Guantánamo fuese cerrada dentro del plazo de un año, aunque el destino de los prisioneros albergados allí no fue aclarado. En función de ello, el 21 de Mayo de 2009 fue anunciado un plan integrado por tres medidas para encarar el asunto: liberar a aquellos cuyos pedidos de habeas corpus habían sido concedidos; enjuiciar a otros ante comisiones militares o cortes civiles; y continuar la detención sin juicio de los restantes. Meses después, la Casa Blanca anunció que eran 50 los prisioneros incluidos en esta tercera categoría y que se había arreglado su traslado a

una prisión en Thomsen, en el estado de Illinois. Es claro que en algunas oportunidades resulta difícil determinar cuándo una detención es lo suficientemente breve como para ser justificada por las necesidades de la guerra y por ende encontrarse permitida como excepción al principio de libertad; pero este no es el caso.

Debe reconocerse en favor de Obama que, a diferencia de lo que ocurría con Bush y sus defensores, parecería estar utilizando el recurso del encarcelamiento sin juicio sólo de mala gana. Cuando su política fue anunciada en Mayo de 2009, Obama se refirió al problema de prolongar indefinidamente encarcelamientos "uno de los temas más duros que enfrentaremos". Sin embargo, en vez de honrar el principio de libertad, Obama continuó la política de Bush y declaró que algunos de los prisioneros de Guantánamo "no pueden ser procesados criminalmente", sin explicar por qué los juicios penales no serían una alternativa. Ciertamente, la razón no puede ser que el derecho estadounidense resulte incapaz de lidiar con agentes de Al Qaeda o con el terrorismo en general: Bush enjuició y condenó a un número de terroristas de Al Qaeda durante su gestión y Obama está listo para hacer lo mismo, incluyendo a la supuesto cerebro detrás de los ataques del 11 de Septiembre, Khalil Sheikh Mohammed.

Muchos han especulado que la renuencia de Obama a llevar a juicio a algunos de los prisioneros deriva de su preocupación acerca de que las pruebas en contra de aquellos fueron obtenidas por medio de tortura y por ende se encontrarían viciadas. Desde hace tiempo, este tipo de pruebas es considerada inadmisible ante los tribunales federales bajo lo que se conoce como la "regla de exclusión": la prohibición de utilizar pruebas que hayan sido obtenidas en violación de la Constitución o de legislación federal. Pero si ésta fue la razón, Obama ha bifurcado la regla de exclusión en sus efectos, creando un régimen en el que las pruebas obtenidas mediante tortura

no pueden ser utilizadas en juicio pero sí pueden servir de base para la encarcelación de un sospechoso, incluso por el resto de su vida.

Una regla de exclusión así bifurcada crearía toda clase de malos incentivos. Los interrogadores del gobierno sabrían que una confesión obtenida mediante tortura podría servir como base para un encarcelamiento prolongado, a pesar de que apenas asumió Obama emitió una orden prohibiendo las torturas. Asimismo, esta regla agravaría los males sufridos por los prisioneros de Guantánamo que fueron torturados y actualmente se encuentran detenidos indefinidamente sin juicio: primero fueron sometidos a dolor extremo, y ahora los frutos de ese abuso los mantendrán en prisión sin un límite temporal en vista. La Constitución no debería permitir que ninguna privación de la libertad sea resuelta con fundamento en pruebas obtenidas mediante tortura, sin importar si dicha privación resulta de un juicio o de una decisión presidencial.

Alternativamente, la preocupación detrás de las decisiones de Obama (y de Bush, anteriormente) por evitar los procedimientos judiciales puede no haber sido el uso de pruebas viciadas sino más bien el uso de pruebas secretas durante la sustanciación del juicio. Un ejemplo de tales pruebas podría ser la identidad de agentes infiltrados en el enemigo. El gobierno tiene derecho a mantener cierta cantidad de secretos, por supuesto, pero ello no debe justificar el encarcelamiento sin juicio, y de hecho nunca lo ha hecho. En un buen número de procesamientos penales relativos a la seguridad nacional, los acusados han requerido información que el gobierno clasificaba como de máximo secreto. Los tribunales han sido más que capaces de dar respuesta a estos asuntos, típicamente examinando las pruebas en privado (sin el acusado, ni su abogado) y evaluando su relevancia para el caso. Si el juez determina que la evidencia es importante, el gobierno puede optar entre

permitirle acceso al acusado, ofrecer otras pruebas en su reemplazo, o abandonar el caso; la solución nunca ha sido la suspensión del juicio ni la detención del acusado por tiempo indefinido.

Tampoco puede justificarse la política de encarcelamiento sin juicio en la prevención de un daño extraordinario, como lo sería la detonación de una bomba radiactiva. José Padilla, un miembro de Al Qaeda que había sido detenido en 2002 en el aeropuerto O'Hare de Chicago al desembarcar de un avión proveniente de Pakistán, fue precisamente acusado de dicho crimen. No fue "acusado" en el sentido técnico de la expresión, sino que se hizo referencia a él en tales términos en los partes de prensa del Departamento de Justicia. Luego de siete años de prisión, el gobierno finalmente lo llevó a juicio, pero por un crimen completamente diferente. Ningún otro prisionero perteneciente a Al Qaeda –ni siquiera aquellos en Guantánamo– fue acusado de un crimen tan extraordinario, pero aún si alguno lo fuera, seguiría pesando sobre el gobierno la carga de acusarlo formalmente de tal crimen en un proceso penal, aún si ello acarrease un riesgo de absolución.

Al defender su decisión de someter a Khalid Sheikh Mohammed a juicio ante un tribunal civil en la Ciudad de Nueva York, Eric Holder, el jefe de los fiscales federales en la gestión Obama, buscó minimizar el riesgo de una absolución y al hacerlo produjo una ofensa todavía más ultrajante al principio de libertad. Al declarar ante un comité del Senado, Holder dijo que aún en el caso en que Mohammed fuese absuelto en juicio podría ser encarcelado indefinidamente, hasta de por vida, como combatiente enemigo. Tal política dejaría sin propósito al procedimiento judicial y derrotaría los valores que el principio de libertad defiende. Las excepciones al principio deben ser estrechamente construidas para proteger los valores resguardados por el mismo y, a todo evento, no pueden ser revisadas en cada caso particular para

reflejar la estimación presidencial sobre la amenaza que se crearía en caso que el sospechoso resultase absuelto, ni mucho menos permitir al presidente que encarcele al acusado luego de que haya sido absuelto.

Muchos han criticado la política del presidente Bush durante su "Guerra contra el Terrorismo" por tratarse de un ejercicio de excesivo unilateralismo. Se le ha acusado de actuar por su cuenta, sin promover la participación o concurrencia de los demás poderes del Estado. Completamente conciente de esta línea de críticas, Obama declaró en su discursó del 21 de Mayo que "en nuestro sistema constitucional, el encarcelamiento prolongado no debe ser decidido por un solo hombre". También prometió en dicho discurso que desarrollaría un sistema que incluyera "supervisión judicial y legislativa" de su decisión de encarcelar a alguien como combatiente enemigo. Sin embargo, Obama ha abandonado esta empresa desde entonces. El 24 de Septiembre de 2009 anunció que no convocaría al Congreso para el establecimiento del prometido sistema de supervisión, y pareció renuente a enfrentar las fuerzas políticas parlamentarias que se habían opuesto a su decisión de cerrar Guantánamo. Tal vez, como en oportunidad de diseñar la política de encarcelamiento sin juicio en si misma, Obama realizó un juicio de conveniencia más que uno de principio.

Otros que han defendido el encarcelamiento sin juicio, como por ejemplo David Cole, han propuesto un sistema de supervisión administrado no por el Congreso sino por el poder judicial. Tal sistema de control evitaría el unilateralismo de Bush y hasta tal vez satisfaría el principio constitucional de la separación de poderes. Sin embargo, no satisfaría los requerimientos del principio de libertad, que es completamente independiente como principio y no se contenta con una simple supervisión por parte del poder judicial, sino que requiere de un juicio. Los procedimientos que rigen el juicio tienen el propósito de proteger al inocente

mediante la imposición de la carga de la prueba en el gobierno y el control de la producción y admisión de los elementos de prueba. Estos procedimientos podrían ser replicados en un sistema de supervisión, pero en la práctica es muy probable que terminen perdiendo rigurosidad, de otra forma no habría motivos para instaurar dicho sistema y eludir un juicio. Todavía más, las asignaciones de poder implícitas en un sistema de supervisión resultan, como cuestión teórica, necesariamente diferentes que en el juicio. Para comenzar, el jurado deberá ser suplantado y, en un juicio sin jurado, la responsabilidad del poder judicial se vería diluida. En un juicio, la tarea del tribunal no pasa por decidir –como ocurriría en un sistema de supervisión– si el gobierno tiene buenas razones para creer que el sospechoso ha cometido un crimen, sino que debe pronunciarse sobre la culpabilidad del imputado respecto de la comisión del crimen del que se le acusa. En un juicio, la responsabilidad de determinar la culpa y por ende de imponer una pena no se encuentra compartida con el poder ejecutivo, sino que descansa enteramente en los hombros del poder judicial, como lo requiere el debido proceso legal.

La magnitud de la política de Obama

Al analizar la política de encarcelamiento sin juicio he tratado la posición de Obama como si fuese una continuación de la de Bush. Pueden señalarse, sin embargo, dos diferencias entre las posiciones de ambos a partir de las circunstancias en las que Obama anunció su política, aunque si estas diferencias resultan significativas es algo que todavía queda por verse.

Una diferencia es el número de personas afectadas por las medidas. Obama anunció su política en el contexto de decidir el destino de algunos de los prisioneros detenidos en Guantánamo y se nos ha dicho que este grupo constaría de cincuenta personas. Hay datos que sugieren que también se aplicará esta política a algunos de

los aproximadamente 600 prisioneros recluidos en la base Bagram de la Fuerza Aérea en Afganistán. Bush creó una prisión en la base y seguidamente la utilizó para detener personas sospechadas de pertenecer a Al Qaeda que fueron capturados en distintos lugares del mundo, no sólo en Afganistán. En Enero de 2009, poco después de la asunción de Obama, sus abogados anunciaron en una corte federal de Washington que estaban preparados para continuar y defender la política de Bush respecto de los prisioneros de Bagram. Ergo, algún número de los prisioneros de Bagram debería ser agregado a los de Guantánamo para estimar la magnitud de las medidas adoptadas. Sin embargo, debemos reconocer que el número de personas a quienes aplican las medidas es limitado, ya que no tiene el carácter abierto de las declaraciones de Bush en cuanto a que todos los soldados de Al Qaeda y los talibanes serían tratados como combatientes enemigos ilegales, sin reparar en el lugar de su captura o encarcelamiento.

La calidad esencialmente residual de la política de Obama se ve destacada por su tratamiento de un ciudadano nigeriano –Umar Farouk Abdulmutallab– acusado de intentar detonar una bomba en un vuelo de KLM cuando estaba por aterrizar en Detroit en la Navidad de 2009. Abdulmutallab fue acusado de ser un combatiente de Al Qaeda, entrenado por la organización en Yemen, pero fue inmediatamente sujeto a un proceso criminal en vez de ser tratado como un combatiente enemigo.

Esto me parece un buen giro en esta historia, pero todavía persisten razones para objetar la política de Obama. La violación del principio de libertad y el estado de derecho no depende del número de personas afectadas. Todavía más, la política del presidente Obama, aún siendo implementada a regañadientes y confinada al un número limitado de personas encarceladas por la gestión precedente, definirá lo que sea permitido al gobierno en los años venideros. Le brindará una medida de

legitimidad al accionar de Bush y tendrá el inevitable efecto de normalizar aquello que debiera ser visto como una violación de la Constitución.

Otra circunstancia que limita el radio de la política de Obama es el hecho de que todos los prisioneros de Guantánamo y, por supuesto, Bagram son extranjeros; en contraste, el presidente Bush estaba preparado para tratar a todos los soldados de Al Qaeda y los talibanes, incluyendo a ciudadanos estadounidenses, como combatientes enemigos ilegales que podrían ser encarcelados indefinidamente sin juicio. Esto fue evidente en los casos de John Walker Lindh y José Padilla. También fue evidente en el caso de Ali Saleh Kahlah Al-Marri, un ciudadano qatarí a quien le había sido permitido el ingreso a los Estados Unidos con propósito de realizar estudios. Al-Marri fue tomado en custodia cuando se encontraba inscripto como estudiante en la Universidad de Butler en Peoria, Illinois, y sobre la base de alegados vínculos con Al Qaeda fue detenido como combatiente enemigo ilegal en una prisión naval en Carolina del Sur por seis años. Como en el caso de José Padilla, el gobierno cambió su estrategia cuando se encontraba pendiente de decisión la admisión de un recurso de apelación ante la Corte Suprema, con el obvio propósito de evitar el examen de su política de detención por parte del alto tribunal, acusando a Al-Marri de un crimen específico del que aquél eventualmente se declaró culpable.

El encarcelamiento de cualquier ciudadano estadounidense hace aplicable la *Nondetention Act* de 1971, que ordena que ningún ciudadano puede ser detenido sin autorización del Congreso. Esta ley fue sancionada como un repudio tardío del programa implementado durante la Segunda Guerra Mundial para reubicar a todas las personas de ascendencia japonesa residentes en la costa oeste (ciudadanos estadounidenses incluidos), y puede ser vista como una versión disminuida del principio de libertad. “Disminuida” en tanto sólo requiere la concesión de una

autorización por parte del Congreso, mas no un juicio, y en tanto busca proteger la autoridad del Congreso más que la libertad personal.

La fuerza de dicha legislación fue reducida en 2004 mediante la decisión adoptada en el caso de Yasser Hamdi, un ciudadano estadounidense capturado en Afganistán y acusado de combatir para los talibanes (quien rechazó los cargos, insistiendo en que se encontraba allí realizando trabajo asistencial). En una sentencia redactada por Sandra Day O'Connor, cuatro jueces resolvieron que la autorización parlamentaria requerida por la Ley de 1971 podía ser encontrada en la ley sancionada inmediatamente después del 11 de Septiembre autorizando el uso de la fuerza en respuesta al ataque terrorista, la cual funcionó como declaración de guerra contra Afganistán. Como fundamento alternativo de la decisión, O'Connor y sus colegas también resolvieron que la Ley de 1971 no protege a ciudadanos estadounidenses capturados en un teatro de guerra.

En rigor de verdad, la protección primaria de la libertad personal de los ciudadanos estadounidenses es el principio de libertad, no la *Nondetention Act*, y este principio no se encuentra confinado a la protección de ciudadanos estadounidenses: aplica tanto a ciudadanos cuanto a extranjeros. La principal fuente textual del principio es la cláusula del debido proceso, la cual por sus propios términos protege la libertad de "cualquier persona" y debe ser vista como limitando la autoridad de funcionarios de los Estados Unidos dondequiera que sea que accionen y en contra de quienquiera sea que lo hagan. La cláusula del debido proceso y tal vez las de derechos y garantías en general (*Bill of Rights*) no deben ser leídas como un documento testamentario que distribuye propiedades o beneficios (derechos individuales) a clases privilegiadas de personas (ciudadanos estadounidenses), sino como la promulgación de normas generales que definen la autoridad de los funcionarios gubernamentales.

Las personas de otras nacionalidades pueden no ser parte de la comunidad política ("Nosotros el Pueblo") que provee a la Constitución de legitimidad democrática, pero los miembros de la comunidad política pueden definir los estándares de conducta que esperan de sus oficiales dondequiera que sea que accionen y en contra de quienquiera sea que lo hagan. De acuerdo con ello, aún si la política de Obama sobre el encarcelamiento sin juicio estuviese –y sólo el tiempo dirá si lo está– confinada a personas que no sean ciudadanos estadounidenses o cuyo ingreso a los estados Unidos no haya sido permitido legalmente, como es el caso de los extranjeros todavía encarcelados en Guantánamo o Bagram, también violaría la Constitución y sería una ruptura del estado de derecho tanto como lo fue la de Bush.

Desafortunadamente, la ley referida a la aplicabilidad de los derechos y garantías constitucionales a no-ciudadanos no es tan clara como debería, especialmente en la era posterior a la Corte Warren. En 1990, el presidente de la Corte Suprema William Rehnquist escribió una sentencia en el bien conocido caso *United States v. Vedugo-Uquidez* limitando el alcance de los derechos y garantías. Escribió en el contexto de otra guerra –la llamada guerra contra las drogas– y declaró que la Cuarta Enmienda y su protección en contra de allanamientos y secuestros de bienes irrazonables no constreñía en modo alguno a los agentes de los Estados Unidos implicados en el allanamiento de la residencia mexicana de un ciudadano mexicano (quien había sido llevado forzosamente a los Estados Unidos para ser juzgado). Rehnquist llamó al voto de su autoría "la opinión de la Corte", sin embargo, hay razones para dudar de tal caracterización. El quinto voto necesario provino del juez Anthony Kennedy, por entonces un relativamente nuevo miembro del tribunal, quien dijo que compartía lo expresado por el presidente de la Corte, pero en realidad adoptó una concepción mucho más universal de la Constitución y los derechos y garantías.

De acuerdo con Kennedy, aunque la Cuarta Enmienda no aplicaba en el extranjero de la misma manera en que aplicaba a residencias en los Estados Unidos, simplemente imponía una obligación en cabeza de los agentes estadounidenses dondequiera que sea que actúen: siempre deben proceder de manera compatible con las máximas de la justicia más fundamental. Al final, Kennedy juzgó al allanamiento razonable en las circunstancias del caso y sobre la base de dicho criterio se negó –al igual que Rehnquist– a desechar los resultados del mismo.

Kennedy expuso esta misma visión universalista de la Constitución en 2004, en el primero de los casos relativos a los prisioneros de Guantánamo que llegara a la Corte. La cuestión en ese caso –*Rasul v. Bush*– era si el *hábeas corpus* federal era una vía disponible para los prisioneros en Guantánamo. El juez Stevens, escribiendo por la mayoría, se esforzó por evitar cualquier pronunciamiento constitucional y trató el caso como si fuese una cuestión de pura interpretación de la ley. Resolvió que los prisioneros podían disponer del recurso, en función de los términos de la ley federal vigente. Aquí nuevamente, el juez Kennedy escribió un voto separado en el que expuso su entendimiento más flexible pero aún así global sobre alcance de la Constitución. Fue conciente de la necesidad del poder judicial de dar respuesta a las exigencias del conflicto armado, pero vio esa necesidad muy atenuada en el caso de los prisioneros de Guantánamo, tan distantes en tiempo y espacio de un teatro de conflicto armado. Como escribió entonces, casi seis años atrás: “Tal vez cuando los detenidos son aprehendidos en una zona de hostilidades, su detención sin procedimientos o juicio se encontraría justificada por necesidad militar durante unas semanas; pero en cuanto el período de encarcelamiento se prolonga de meses a años, el caso de una detención continuada para satisfacer exigencias militares se hace más débil.”

En la *Detainee Treatment Act* de 2005, el Congreso respondió al voto del juez Stevens en el caso *Rasul* –después de todo, se trataba de la opinión de la Corte– y modificó la ley federal para negar a los prisioneros de Guantánamo el acceso al *hábeas corpus* federal. En una sentencia de 2006 relativa al uso de comisiones militares para juzgar a algunos de los prisioneros de Guantánamo, la Corte Suprema mantuvo que la limitación en el acceso al *hábeas* impuesto por la ley de 2005 no resultaba aplicable a los casos que se encontraban pendientes al momento de su aprobación legislativa. Esta "deficiencia" de la *Detainee Treatment Act* de 2005 fue prontamente remediada por la *Militar Comissions Act* de 2006. En el caso *Boumediene v. Bush*, la Corte Suprema resolvió la inconstitucionalidad de la renovación y extensión de la veda al acceso al *hábeas corpus* para los prisioneros de Guantánamo que había sido aprobada por esta ley de 2006.

No sorprende que el voto mayoritario en *Boumediene* fue escrito por el propio juez Kennedy reflejando las opiniones expresadas previamente en sus concurrencias en *Rasul* y anteriormente *Verdugo-Urquidez*. En *Boumediene*, se sostuvo que la *Militar Comissions Act* de 2006 constituye una suspensión inconstitucional del derecho al *hábeas corpus*. Al decidir el caso de este modo, se dejó implícito que los prisioneros de Guantánamo poseen algunos derechos constitucionales substantivos, ya que –como razonara la corte inferior en el caso– sin tales derechos no tendría sentido resolver que la vía del *hábeas* se encuentra disponible. Sin bien Kennedy no especificó cuáles serían estos derechos, presumiblemente se incluye a los derechos fundamentales, como el derecho a la libertad personal. El principio de libertad le otorga contenido específico a este derecho y ha representado por mucho tiempo –al menos hasta que Bush lanzara su Guerra contra el Terrorismo y Obama la continuase a su manera– uno de los logros más importantes y enorgullecedores de nuestra nación.

Palabras: 6529.