



¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros en Guantánamo¹

George P. Fletcher

Profesor de Derecho penal e Introducción al Derecho Facultad de Derecho Universidad Columbia, Nueva York

SUMARIO: I. Introducción. II. Las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos. III. La pasión de Scalia. IV. La ley anti-detención. V. El ámbito de la ley de habeas corpus.

I. Introducción

Durante los sesenta años transcurridos desde los Juicios de Nuremberg, en el Derecho internacional se ha ido operando una importante reorientación conceptual desde el reconocimiento de los derechos del ciudadano al de los derechos de la persona. La orientación tradicional del Derecho internacional se dirigía a los Estados y a sus deberes para con los demás Estados, incluyendo sus nacionales o ciudadanos. De ello se deducía que los Estados no infringían el Derecho internacional cuando cometían algún delito contra sus ciudadanos. Así, por ejemplo, Alemania habría infringido sus deberes respecto a otro Estado con los asesinatos masivos de ciudadanos polacos, pero no con el asesinato de sus propios ciudadanos judíos. Por eso, en los procesos de Nuremberg tanto el Fiscal como los Tribunales, para poder condenar a la elite militar alemana, tuvieron que redefinir este hecho antijurídico y convertirlo en un crimen contra la humanidad, es decir, en un crimen en el que las víctimas individuales tenían que ser consideradas como seres humanos, y no como ciudadanos.

Este proceso de transformación es paralelo al desarrollo operado en el Derecho americano tras la Guerra Civil que hubo en los años 60 del siglo XIX. Antes de esta Guerra, cada uno de los Estados miembros de la Federación estaba obligado por imperativo constitucional a tratar a los ciudadanos de los Estados hermanos de la misma manera en que trataba a los suyos, tal como preveía el art. IV, sección 2, cláusula 1 de la Constitución americana:

«Los ciudadanos de cada Estado son titulares de los privilegios e inmunidades que ostentan los ciudadanos de los demás Estados».

Sin embargo, esta cláusula encontró escasa aplicación práctica. En principio, la misma quería decir que un Estado –por ejemplo, Alabama–, no podía tratar a los ciudadanos de otro Estado –por ejemplo, Nueva York– peor que a sus propios ciudadanos. Pero Alabama –igual que otros Estados–, podía rebajar a sus propios residentes a la categoría de esclavos, como simples objetos materiales, privándolos de los derechos más elementales del ciudadano. Como se sabe, once Estados de la Confederación y otros cuatro de la Unión trataban a algunos de sus ciudadanos como esclavos y simples objetos materiales. Esta tolerancia de la discriminación practicada en algunos Estados terminó con la 14ª Enmienda introducida en 1868, según la cual «ningún Estado podrá denegar a ninguna persona bajo su jurisdicción la misma protección ante la ley». A partir de ahí, los Estados no podían ya distinguir entre libres y esclavos. Del mismo modo, la cláusula, introducida paralelamente a la 14ª Enmienda, del «debido proceso», garantiza los derechos mínimos a la «vida, libertad y propiedad» a todas las personas, asegurando que los Estados no puedan pretender establecer diferencias en su población.

La palabra clave en ambas cláusulas es «persona». Toda persona sometida a la jurisdicción de un Estado se convierte en portadora de derechos.

Se hace difícil no constatar el paralelismo que hay entre esta evolución y el nacimiento del concepto de

¹ Traducción de Antonio Muñoz Aunión, Doctor en derecho, Profesor de Derecho internacional. Este artículo ha sido publicado en su versión originaria en inglés en *Journal of International Criminal Law* 2 (2004), 953-966, bajo el título «Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War. Hamdi, Padilla and the detainees in Guantánamo Bay». Hay también traducción francesa publicada en la *Revue de les droits de l'homme*, 2004.

Crímenes contra la Humanidad, e incluso con los movimientos pro derechos humanos, en general. La idea central tanto en el Derecho internacional, como en el Constitucional doméstico, es ahora la persona, el ser humano, independientemente de su pertenencia a una comunidad política. El estatus jurídico no se determina ya por ser ciudadano de uno u otro Estado.

O por lo menos, eso es lo que nos gustaría que fuera verdad.

Pero existe todavía una tradición contraria, fuertemente enraizada en el Derecho de guerra, que utiliza los conceptos de nacionalidad y ciudadanía para distinguir entre amigo y enemigo en guerra. En la concepción romántica del siglo XIX, las naciones se enfrentaban con otras naciones. El individuo, tanto civil, como en uniforme, se sumergía en el todo orgánico nacional. Así, por ejemplo, decía Francis Liber en el art. 20 de su famosa General Order n° 100 (24 abril 1863):

«Guerra pública es un estado de hostilidad armada entre naciones soberanas o gobiernos... Los hombres que vivan en Estados o Naciones tienen que soportar, gozar, sufrir, avanzar o retroceder juntos, tanto en la paz, como en la guerra».

En otras palabras, toda la nación goza la paz y sufre la guerra. Para Liber, esta forma de ver a los individuos y las naciones era axiomática. En la actualidad, estamos ciertamente inclinados a asignar a lo individuos más derechos y deberes de los que les corresponden como simples miembros de un ente nacional, pero la tensión entre ambas perspectivas continúa.

II. Las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Esta tensión se puede ver con la mayor claridad en la forma en que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América se ha ocupado de los controvertidos casos vinculados a la guerra contra el terrorismo, desencadenada a partir del 11 septiembre del 2001 y la subsiguiente Guerra de Afganistán. En el curso de los combates habidos en el curso de esta guerra entre finales del 2001 y el 2002, los Estados Unidos capturaron a varios cientos de hombres y los transportaron a la Base Militar norteamericana de Guantánamo, Cuba. Los Estados Unidos se negaron a considerar estos prisioneros como presos de guerra conforme a la Convención de Ginebra, y el Gobierno norteamericano justificó esta decisión con el argumento de que estos hombres eran «combatientes enemigos» capturados en el curso de hostilidades armadas. Los detenidos carecían,

por tanto, de recursos jurídicos para rebatir los hechos que habían llevado a su detención «ante un Tribunal competente», tal como requiere el art. 5 de la Convención de Ginebra, y, por tanto, no podían plantear ante un Tribunal federal un recurso de *habeas corpus*.

Estos detenidos en la base de Guantánamo se pueden clasificar en por lo menos cuatro categorías: un grupo está constituido por ciudadanos afganos. Un segundo grupo, por ciudadanos kuwaitíes y ciudadanos de otros países que se encontraban en Afganistán en el momento de los combates. Un tercer grupo consta de ciudadanos australianos y ciudadanos de otros países aliados del ejército norteamericano. Y un cuarto grupo –ciertamente pequeño– estaba compuesto por ciudadanos norteamericanos.

A través de sus representantes legales, dos australianos y doce kuwaitíes iniciaron un proceso ante el Tribunal Federal del Distrito de Columbia, alegando que en el momento en que fueron detenidos en Afganistán no eran realmente combatientes. El padre de uno de los australianos detenido, David Hick, alegaba que su hijo, cuando fue detenido por la Alianza Norte y posteriormente entregado a los americanos, prestaba servicios de auxilio social. Los distintas alegaciones jurídicas presentadas fueron agrupadas y tratadas por el Tribunal como una petición de *habeas corpus*. Los solicitantes interponían sus recursos contra George W. Bush, al que en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas militares consideraban responsable de su detención ilegal continuada. El Tribunal del Distrito rechazó la petición, pero el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito la aceptó. Finalmente el caso llegó a la Corte Suprema en la primavera del 2004.

El 28 de junio del 2004, la Corte Suprema anunció que en este caso, *Rasul v. Bush*² había decidido por 6 votos a favor y 3 en contra, confirmar la sentencia del Tribunal de Apelaciones y ordenar en consecuencia al Tribunal del Distrito tramitar el recurso de *habeas corpus*. Dado que ninguno de los 14 recurrentes eran ciudadanos americanos, esta decisión se tuvo que basar obviamente en el derecho que como personas les asistía a recurrir su detención con un recurso de tanta raigambre en el Common Law como el *habeas corpus*.

Más adelante, en otro caso, se descubrió que uno de los detenidos en Guantánamo era un ciudadano americano llamado Yaser Hamdi³. A los dos meses de su detención en Guantánamo, el Gobierno supo, en efecto, probablemente a través de su interrogatorio, que este hombre había nacido en Louisiana y que nunca había renunciado a su estatus de ciudadano nortea-

2 *Rasul v. Bush*, 124 S.Ct.2686 (28 junio 2004).

3 *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S.Ct.2633 (28 junio 2004).



americano que tenía por el hecho de su nacimiento en Norteamérica. Su ciudadanía era, por supuesto, puramente formal –se había criado en Arabia saudita y probablemente ni siquiera tenía la menor noción de dónde estaban los Estados Unidos, ni del idioma inglés–; pero sólo por el hecho de su nacimiento en Norteamérica, el Gobierno decidió transferir a Hamdi a una prisión militar en Norfolk, Virginia, y luego a un centro de la Marina (Navy) en Carolina del Sur. Al parecer, los responsables de esta decisión consideraron que el confinamiento en Guantánamo sólo era apropiado para extranjeros, no para ciudadanos. Pero tampoco esto está claro –sobre todo, si se tiene en cuenta lo que ocurrió después–.

Efectivamente, tras el traslado de Hamdi a suelo norteamericano, el Departamento de Defensa lo siguió tratando como si estuviera en Guantánamo, negándole el derecho a ser asistido por un abogado defensor y a presentar un recurso de *habeas corpus*. Su caso llegó a la Corte Suprema al mismo tiempo que el de los detenidos en Guantánamo. La posición del Gobierno fue en ambos casos la misma, manteniendo que el Poder ejecutivo tenía autoridad para determinar de forma unilateral y vinculante que ciertos individuos eran enemigos combatientes y quedaban, por tanto, sujetos a detención hasta el fin de las hostilidades.

En opinión de los observadores jurídicos, el caso *Hamdi* estaba estrechamente vinculado con el de otro ciudadano, José Padilla, que inicialmente había sido arrestado en abril del 2002 en el Aeropuerto O'Hara de Chicago como testigo material del atentado del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York⁴, pero luego, tras un breve período de detención en Nueva York, fue calificado como «enemigo comba-

tiante» y confinado en el mismo centro de la Marina (Navy) en el que había sido ya recluido Hamdi, en Charleston, Carolina del Sur. El Poder ejecutivo acusaba a Padilla de conspirar con agentes de Al Qaeda para fabricar una bomba radioactiva «sucia» con ánimo de utilizarla como arma terrorista. Aunque Padilla nunca estuvo en zona de combate, el Gobierno lo trató exactamente igual que a Hamdi y que a los demás detenidos en Guantánamo, que no eran ciudadanos norteamericanos. Tanto Hamdi, como Padilla, interpusieron sus correspondientes recursos de *habeas corpus* indicando como demandado a Donald Rumsfeld. Hamdi lo presentó ante el Tribunal del Distrito de Virginia, donde en aquel momento estaba confinado; y Padilla lo hizo ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Ambos casos llegaron a las puertas de la Corte Suprema al mismo tiempo.

El 28 de junio del 2004 la Corte Suprema anunció las decisiones que había adoptado tanto en los casos de Hamdi y Padilla, como en el de los detenidos en Guantánamo. La decisión en el caso *Hamdi* fue dramática. Por 8 a 1, la Corte afirmó una vinculación esencial entre ciudadanía y el derecho a una audiencia judicial para determinar la licitud del confinamiento. En el caso *Padilla*, la decisión fue menos contundente. Por razones técnicas que expondré en nota, la Corte decidió por 5 a 4 que no podía entrar a juzgar las razones que justificaban su confinamiento porque no habían cumplido determinados requisitos procedimentales que debían ser subsanados, devolviendo para ello el caso al tribunal inferior⁵.

A modo de resumen de las distintas decisiones y de las votaciones, puede ser útil el siguiente esquema de las mismas:

Caso	Principio en que se apoyan la decisión mayoritaria	Jueces a favor de la mayoría (ponentes en negritas)
<i>Rasul</i>	El <i>habeas corpus</i> se aplica extraterritorialmente	Stevens , O'Connor, Souter Breyer, Ginsburg, Kennedy ⁶
<i>Hamdi</i>	La ley antidetención concede derechos al ciudadano contra el poder ejecutivo	O'Connor , Rehnquist, Kennedy, Breyer; Souter , Ginsburg, Scalia , Stevens ⁷
<i>Padilla</i>	Solicitud incorrectamente planteada	Rehnquist , O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas ⁸

4 Rumsfeld v. Padilla, 124 S.Ct.2711 (28 junio 2004)

5 Padilla presentó su demanda ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York contra Donal Rumsfeld y el Comandante Melanie Marr, que dirigía el centro en el que estaba internado en Carolina del Sur. El Tribunal de Apelaciones consideró que la mención de Rumsfeld como demandado era correcta (Padilla v. Rumsfeld, 352 F.3d 695, 2º Circuito 2003). La Corte Suprema fue, sin embargo, de otra opinión, considerando que sólo debía haber demandado a la Comandante Melanie Marr, en Carolina del Sur. Por razones que desconozco, la Corte Suprema no se refirió a la cuestión de si Hamdi había o demandado correctamente en su solicitud de *habeas corpus* a Rumsfeld como responsable y custodio.

6 El Juez Scalia formuló voto particular, al que se adhirieron los Jueces Rehnquist y Thomas.

7 El único discrepante fue el Juez Thomas.

8 El Juez Stevens formuló voto particular, al que se adhirieron los Jueces Souter, Ginsburg y Breyer.

Ante esta quiebra es difícil formular hipótesis generalizadoras sobre las razones que han llevado a los jueces a formular opiniones diferentes. No se trata simplemente de un caso de libertades civiles contra seguridad nacional, por más que algunos jueces votaran de forma coherente a favor de los ciudadanos y en contra del Gobierno. Esto último sucedió en los jueces que votaron a favor de la mayoría en los casos *Rasul* y *Hamdi*, y en los que formularon voto particular en el caso *Padilla*. La razón que alegaron los disidentes en este último caso era que estaban dispuestos a dejar a un lado las potenciales irregularidades procesales con tal de conseguir una decisión paralela a la del caso *Hamdi*. Este es el grupo liberal formado por los Jueces Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer.

El único Juez que votó siempre de un modo coherente a favor del Gobierno fue el Juez Thomas; pero, al parecer, sus puntos de vista tuvieron escaso peso en los de los otros jueces conservadores que votaron a favor del Gobierno.

Lo que realmente sorprende son los votos «cambiantes». Por un lado, está el grupo de los que votaron siempre a favor de la mayoría, los Jueces O'Connor y Kennedy. Uno de estos votos cambiantes crítico fue el del Juez Scalia, que redactó una impactante ponencia en el caso *Hamdi*, pero que votó con la mayoría en el caso *Padilla* y formuló voto particular contrario en el caso de los detenidos en Guantánamo, conocido como caso *Rasul*. Sus puntos de vista, más que los de ningún otro, son los que determinaron ese dramático 8 a 1 en el caso *Hamdi*, y que la mayoría fuera de 6 a 3 en el caso *Rasul*. Precisamente las diferencias entre estos casos constituyen el objeto central de nuestro trabajo, que trata de la relación entre los derechos de los ciudadanos y los derechos de la persona.

III. La pasión de Scalia

El argumento del Juez Scalia, al que se adhiere el Juez Stevens, merece detenida atención porque afecta a la cuestión central de si los ciudadanos merecen mayor protección que los extranjeros confinados en Guantánamo. Scalia necesita este argumento para justificar su diferente posición en los casos *Hamdi* y *Rasul*. En el caso *Hamdi*, Scalia, junto con el Juez Stevens, votó a favor de admitir la demanda de Hamdi; pero luego, en el caso *Rasul*, los dos votaron de forma diferente. En ese último caso, en el que se planteaba el tema de

los derechos de los extranjeros confinados en Guantánamo, Stevens formuló la opinión de la Corte, y Scalia un voto particular contrario.

El Juez Scalia expresa su enérgico compromiso con los derechos de los ciudadanos, no ya en base a sus propios principios filosóficos, sino porque, como él mismo dice, así lo exige el texto constitucional. Se puede suponer, por tanto, que esto es consecuencia de su concepción de una estricta construcción del texto constitucional.

En el caso *Hamdi*, sin embargo, comienza asumiendo que la denegación del control judicial sobre órdenes de detención constituye de facto la suspensión del *habeas corpus*⁹. Y dice que esta suspensión de facto no es admisible, porque conforme al claro tenor literal de la Constitución, sólo el Congreso puede suspender este derecho y ello sólo «en caso de rebelión o invasión, (cuando) así lo pueda exigir la seguridad pública»¹⁰. Scalia parece dispuesto a admitir que las circunstancias del 11 de septiembre pueden considerarse como una «invasión» de los Estados Unidos, pero no cabe duda de que el Congreso no lo ha considerado así, y, en su opinión, la suspensión sería, por tanto, inconstitucional.

Su conclusión al considerar que el *habeas corpus* había sido suspendido incorrectamente, lleva a Scalia a admitir el recurso de Hamdi y a decir que éste había sido tratado injustamente. Sin embargo, no admite el recurso similar de los detenidos en Guantánamo, con lo que está asumiendo que es la ciudadanía de Hamdi lo que le lleva a hacer esta diferenciación. Y así lo dice expresamente en su voto particular discrepante en el caso *Rasul*, que es el caso de los detenidos de Guantánamo, al considerar que no puede admitirse su recurso y su petición de *habeas corpus* por no ser ciudadanos estadounidenses.

Però esta manera de distinguir entre ciudadanos y enemigos es problemática. En ningún texto, ni en la tradición histórica, aparece la menor base para limitar el *habeas corpus* sólo a los ciudadanos. En su voto de 8.600 palabras en el caso *Hamdi*, Scalia no cita explícitamente ninguna autoridad, ni ofrece ningún argumento convincente a favor de una lectura de la Constitución en la estricta forma autosuficiente en que él la hace.

Scalia desarrolla dos líneas de argumentación en referencia a la relevancia de la ciudadanía. En primer lugar, destaca esta relevancia en relación con el delito de traición. Aunque ciertamente la Constitución no menciona el requisito de la na-

⁹ Interpreto la situación de la misma manera. Véase Fletcher, «Black Hole in Guantánamo Bay», 2 *Journal of International Criminal Justice* (2003), 121.

¹⁰ Constitución USA, art. 1, sección 9, cláusula 2.

cionalidad o ciudadanía, en este aspecto Scalia tiene razón desde el punto de vista histórico¹¹. Conforme a la Ley federal¹² y a la práctica extendida en muchos países, la acusación en caso de delito de traición sólo puede dirigirse contra nacionales, ciudadanos o personas equivalentes que se identifican con el enemigo. En la versión americana de la definición de este delito en el antiguo derecho inglés, este proceso de identificación requiere: o la declaración de guerra contra los Estados Unidos o la adhesión al enemigo brindándole ayuda y confort¹³.

Esto es verdad, pero como diría el hombre de la calle: «bueno, ¿y qué?». En mi opinión, no hay ninguna relación entre los requisitos del delito de traición y las condiciones que exige la Constitución tanto para suspender el debido proceso, como para suspender el derecho a plantear un *habeas corpus*. Pero Scalia es de otra opinión. Citando a Blackstone en relación con el valor de la libertad en la tradición del Common Law y el papel que desempeña el *habeas corpus* como defensa frente al poder ejecutivo, continúa diciendo:

«Las dos ideas centrales en el entendimiento de Blackstone –el debido proceso como derecho asegurado, y el *habeas corpus* como el instrumento por el que el debido proceso puede reclamar a un ciudadano detenido ilegalmente– encuentran expresión en las cláusulas que hay en la Constitución sobre el debido proceso y su suspensión»¹⁴.

Blackstone no dice que los beneficios de la libertad deban ser limitados a los ciudadanos¹⁵. La cláusula del debido proceso se refiere más explícitamente a las personas que a los ciudadanos y nada sugiere tampoco en la cláusula de suspensión del *habeas corpus* que este importante derecho debe referirse sólo a los ciudadanos. El argumento de Scalia tiene de hecho poco apoyo en el tenor literal constitucional.

Tampoco es más convincente el otro argumento que ya ha sido utilizado y rechazado por la Corte Suprema. Así, por ejemplo, en el caso *Quirin* (en el que se juzgaba a dos saboteadores durante la Segunda Guerra Mundial, NT), por lo menos uno

o quizás los dos agentes saboteadores de origen alemán eran ciudadanos americanos. Y la Corte decidió que tenían que ser juzgados ante un Tribunal federal por el delito de traición¹⁶, afirmando además también que uno de los saboteadores, Haupt, debía ser acusado, independientemente de su ciudadanía, junto con los otros dos saboteadores alemanes¹⁷.

Scalia intenta evitar el escollo que para su tesis representa este precedente manifestado en el caso *Quirin*, argumentando que en este caso no se discutía el estatus de enemigo. Pero la Juez O'Connor, en su ponencia expresando la opinión de la mayoría de la Corte, se plantea cómo puede intentarse utilizar el caso *Quirin* –que se refería a la competencia de los tribunales militares– como base para eliminar el derecho a ser oído por un tribunal¹⁸.

El segundo argumento de Scalia se apoya también en el empleo de la palabra «ciudadano» en ciertos textos históricos y opiniones doctrinales escritas en el siglo XIX. Uno de estos textos más famosos es el caso *Ex parte Milligan*, un caso decidido en plena Guerra Civil y que todavía se utiliza como precedente importante en relación con los límites de la autoridad militar para juzgar a sospechosos ante comisiones militares. La Corte Suprema decidió que cuando «los Tribunales están abiertos y puede llevarse a cabo un juicio sin obstáculos»¹⁹, el Gobierno debe reconocer el derecho de todo sospechoso a ser juzgado en un proceso criminal ante un jurado. Scalia está de acuerdo con esta decisión, pero erróneamente la interpreta como un derecho del ciudadano, y no como un derecho de cualquier otra persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Tribunal americano. Y para ello cita sólo una línea de la amplia fundamentación de este caso en la que se argumenta que el «derecho de guerra no puede aplicarse nunca a *ciudadanos* (bastardilla añadida) en los Estados en los que se mantiene la autoridad del gobierno y donde los Tribunales están abiertos y puede llevarse a cabo un proceso sin obstáculos»²⁰.

Ciertamente, en esta cita se destaca el término «ciudadano», pero de esto no se deduce que la

11 He escrito con extensión sobre este punto, véase Fletcher, «Ambivalenz about treason», 82 North Carolina Law Review (2004), 1611.

12 18 USC § 2381 (los acusados «deben tener vinculación con los Estados Unidos»).

13 Constitución USA, Art. III, sección 3, cláusula 1.

14 Caso Hamdi citado supra en nota 2, p. 60 de la paginación legis.

15 Las citas que hace Scalia de Blackstone se encuentran en la obra de éste, Commentaries on the Laws of England (1765), 132-133.

16 United States v. Haup, 136 F.2d 661 (7th Cir. 1943).

17 Ex parte Quirin, 317 United States Supreme Court reports (US) 1, 38 (1942).

18 Caso Hamdi, citado supra nota 2, 29-30 de la paginación legis.

19 Ex parte Milligan, 71 US 2, 121 (1866).

20 Ibid. 211.

Corte Suprema en el caso *Milligan* se refiera a los derechos del ciudadano como algo opuesto a los derechos de la persona. Lo que en este caso le interesaba a la Corte era saber si *Milligan* era ciudadano de un Estado del Norte o de un Estado de la Confederación, pero no si era ciudadano o extranjero.

Además el caso *Milligan* trataba del derecho a un juicio con jurado. Pero nadie –cualquiera que sea su opinión– ha sugerido nunca que la Sexta Enmienda sólo sea aplicable a los ciudadanos y no a los extranjeros que se enfrenten a un proceso criminal. En el contexto del caso, no había ninguna razón para que la Corte tuviera que ocuparse de la distinción entre ciudadano y persona.

Las pruebas para una correcta interpretación del caso *Milligan* se encuentran en otro pasaje en el que la Corte explica la finalidad de los tribunales militares y justifica por qué el personal militar debe ser excluido del derecho a un juicio con jurado. Estas personas están sometidas a una jurisdicción especial, y la Corte continúa diciendo: «Todas las demás *personas* (bastardilla añadida), ciudadanos de Estados en los que los Tribunales están abiertos, gozan del inestimable privilegio de ser juzgados por un jurado, si son acusados de un delito»²¹.

En las escasas citas que Scalia ofrece, no hay forma de saber si el término «ciudadanos» se utiliza sinónimamente con el de individuos, o si quiere decir que hay que distinguir a la gente en base a su afiliación política. Con todas estas citas el lector debe situarse en el contexto para poder determinar si la referencia es esencial o accidental. Si tomamos la famosa frase «Todos los hombres han sido creados iguales», ¿habría que plantearse si Jefferson al formularla se refería a los hombres por oposición a las mujeres? La mejor forma de leerla es entendiendo que lo que tenía en mente era un ideal, y que, por tanto, se refería tanto a hombres como a mujeres, a blancos como a negros. Esa era la lectura que probablemente le dio también Lincoln cuando repetía esta frase más tarde en su Mensaje de Gettysburg «Four and seven years»²². Y de modo similar se usa la palabra «ciudadano» tanto en argumentaciones jurídicas antiguas, como incluso en las más recientes. La palabra se usa muchas veces simplemente para re-

ferirse a los individuos considerados como parte de una comunidad.

Desde luego, hay que admitir que existen discusiones en el ámbito constitucional sobre el tema de la ciudadanía cuando se trata del derecho al voto, o de la deportación; pero la aplicación de esta distinción en el ámbito del Derecho penal es completamente novedosa²³. El Gobierno sostenía que Hamdi no estaba sujeto a un procedimiento criminal y que, por tanto, podía mantenerlo confinado indefinidamente sin someterlo a juicio. Es obvio que si esa forma de detención preventiva fuese admisible, no habría ninguna necesidad de procesos criminales: toda persona sospechosa de ser peligrosa podría ser detenida a voluntad del Gobierno. Scalia en el fondo ataca este argumento gubernamental destacando los limitados casos en los que esa detención preventiva es admisible –«internamiento civil de enfermos mentales y, por ejemplo, detención en cuarentena de los que padezcan enfermedades infecciosas»²⁴–. La lucha contra el terrorismo y el crimen violento no constituyen, en su opinión, una excepción adicional.

En la argumentación del Juez Scalia hay, pues, mucho en favor de las libertades constitucionales. Pero también hay tonos reaccionarios, al enfatizar la ciudadanía como variable relevante, pues con ello debilita la tendencia general que existe en el pensamiento jurídico moderno de alejarse del concepto de ciudadanía para hacer recaer en el concepto de persona la verdadera condición para ser titular de derechos. La tendencia contemporánea es tratar a los seres humanos, individualmente considerados, como portadores de derechos y como responsables criminalmente ante la Corte Penal Internacional.

Con esta idea, volvamos ahora a los argumentos que exponen los otros Jueces en relación con los derechos de los detenidos en Guantánamo, y con los de Hamdi y Padilla.

IV. La ley anti-detención

Con excepción de las opiniones los Jueces Scalia y Stevens en el caso *Hamdi*, el resto minimizó los argumentos constitucionales y acudió, en su lugar, a las implicaciones de dos leyes federales –la denominada ley anti-detención y la ley de *habeas corpus*–. El hecho de que para el análisis de

21 *Ibid.*, 213.

22 Véase Fletcher, *Our Secret Constitution: How Lincoln redefined American Democracy* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2001). (Este mensaje comenzaba con las palabras «Four score and seven years ago» y citaba la frase de Jefferson: «all men are created equal», véase el texto completo del Mensaje en las págs. 33 y 34 de la obra de Fletcher citada en esta nota, N. del T.).

23 El ámbito de la Justicia criminal se define por la imposición de un castigo, argumenta el Gobierno en los casos Hamdi y Padilla.

24 Caso Hamdi, supra nota 2, 61.

estos casos se acuda principalmente a la interpretación de la legislación federal es un ejemplo de lo que la doctrina constitucionalista denomina «minimalismo» o «pensamiento en pequeño»: enfrentarse a las cuestiones principales buscando su solución con argumentos estrictamente técnicos.

La Ley anti-detención dice en su artículo 18 US § 4001, a): «Ningún ciudadano será privado de libertad o, de otra forma, detenido por los Estados Unidos si no es de conformidad con un Acto del Congreso» [NT: *Como más adelante observa el propio Fletcher, la expresión Act (acto o Acta) no equivale exactamente a la de Ley, ni tampoco a la de «resolución», aunque en todo caso se trata de una decisión emanada del Poder legislativo o Congreso*].

Es decir, el poder ejecutivo, por sí mismo, sin autorización del Congreso, no puede privar a un ciudadano de su libertad.

El Congreso adoptó esta Ley en 1971 como reacción a la legislación que se había producido por el «miedo al comunismo» en la década de los 50. Para responder a esta presunta amenaza comunista, el Congreso aprobó el Acta de Detención Ejecutiva de 1950 que «preveía procedimientos para la detención por el poder ejecutivo durante periodos de emergencia, de individuos a los que se consideraba posible que intervinieran en actos de espionaje o sabotaje»²⁵. Según la lectura de la historia legislativa realizada por la Corte Suprema, el Congreso derogó posteriormente esta Ley por la preocupación de que pudiera volverse a la situación que llevó en la Segunda Guerra Mundial a crear campos de internamiento para recluir en ellos a ciudadanos americanos de origen japonés. Para su eterno pesar y vergüenza, la Corte Suprema aprobó en aquel momento la orden militar de realojar ciudadanos americanos de ascendencia japonesa de la Costa Oeste en campos de detención en Utah²⁶ y en otros Estados alejados de la Costa. Si estos internados hubieran sido «enemigos extranjeros» deberían haber quedado sujetos a detención y deportación²⁷. Pero eran ciudadanos, algunos de ellos americanos de tercera generación, y a pesar de ello fueron confinados.

La sensibilidad despertada en este lapso de tiempo en materia de libertades civiles es lo que explica, a mi entender, el énfasis que pone la Sección 4001 (a) de la Ley Anti-detención en los derechos de los «ciudadanos» en oposición a los de las

personas. El principal error del internamiento de americanos de origen japonés fue precisamente el hecho de que las víctimas eran ciudadanos. Por tanto, la Sección 4001(a) estaba llamada a desempeñar un papel importante en el caso *Hamdi*, en el que también otro ciudadano americano era amenazado por una decisión del Ejecutivo en la que se le privaba de libertad.

No obstante, me parece fuera de lugar la lectura literal que se hace de la palabra «ciudadano» empleada en la Sección 4001 (a). La libertad de los que no son ciudadanos es igual de valiosa que la libertad de los ciudadanos. Si bien es cierto que debido a la tradicional influencia de las leyes de guerra, los enemigos extranjeros eran tratados como si no tuvieran derechos algunos, en realidad, ninguno de los demandantes afectados por la decisión de 28 de junio era un enemigo extranjero. Los afganos podían ser incluidos en esta desfavorable categoría, pero los demandantes a que se refieren las decisiones de la Corte Suprema de 28 de junio eran todos americanos, kuwaitíes, o australianos. Por tanto, si no se encontraban en la categoría de enemigos extranjeros, tenían que ser tratados como «personas» y ser respetados plenamente según los principios de las cláusulas del Proceso Debido y de la Igualdad de Protección introducidos por la Decimocuarta Enmienda.

Evidentemente, el Gobierno federal tiene una mayor autoridad en la exclusión y deportación de extranjeros que la que tiene sobre la libertad de los ciudadanos²⁸. No obstante, en el ámbito de la justicia penal y de la detención sobre la base de la predicción de un comportamiento peligroso, no parece que existan diferencias entre ciudadanos y extranjeros. Nadie ha sugerido, por ejemplo, que tenga que existir una regla para valorar la libertad bajo fianza de residentes ciudadanos y otra para los residentes extranjeros. Un régimen discriminatorio de esta naturaleza sería anulado como una violación de la cláusula de Igualdad de Protección.

Resulta, por tanto, desafortunado que la Sección 4001(a) se refiera únicamente a los ciudadanos. Y todavía más aún desafortunado es que la mayoría de los Jueces en el caso *Hamdi* se basaran en una aparentemente interpretación estricta de esta Ley para justificar la admisión del *habeas corpus* para Hamdi, mientras que parecían ignorar la misma disposición al discutir sobre los de-

²⁵ Hamdi, supra nota 2, 18.

²⁶ *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1914)

²⁷ Véase infra caso *Johnson v. Eisentrager*, 339 US 763 (1946)

²⁸ *Fong Yue Ting v. United States*, 149 US 698 (1893) (manteniendo en vigor la Ley de Exclusión China); *Zadydas v. Davis*, 533 US 678 (2001) (detención previa a la deportación permisible por un período razonable de tiempo).

rechos de los detenidos en Guantánamo. No obstante, como veremos posteriormente, el Tribunal puede, de hecho, haber alcanzado una conclusión análoga a una interpretación ad extenso de la Sección 4001(a) para cubrir a todas las personas bajo el poder y control efectivo del poder ejecutivo del Gobierno.

Una lectura superficial de la Sección 4001(a) sugiere que el caso *Hamdi* debiera ser un caso fácil. No existe, en apariencia, autorización alguna para su detención y por tanto debía ser puesto en libertad. Sorprendentemente, sin embargo, el Tribunal de Apelación consideró que en la decisión adoptada por el Congreso de los Estados Unidos el 18 de septiembre de 2001 como respuesta a los ataques del World Trade Center y del Pentágono había un «Acto del Congreso». Efectivamente, el Congreso autorizó en aquel momento al Presidente para que «utilizara toda la fuerza necesaria y apropiada frente a aquellas naciones, organizaciones o personas que él considere que planeen, aprueben, cometan, o ayuden ataques terroristas...»²⁹. Pero en esta Autorización para el Empleo de la Fuerza Militar (AUMF: Authorization for the Use of Military Force) no hay ninguna referencia a la detención de presuntos terroristas. No obstante, el Tribunal de Apelación consideró que el nexo existente entre esta AUMF y las detenciones era lo suficientemente fuerte para satisfacer el requisito de que la detención fuera «según un Acto del Congreso». El Juez O'Connor y otros tres Jueces de la Corte Suprema se mostraron también a favor de esta tesis.

Sin embargo, la opinión del Juez O'Connor se diferenciaba de la del Tribunal de Apelación al insistir en que la cláusula del proceso exigía una previa audiencia para determinar si el sospechoso detenido era en realidad un combatiente enemigo. En mi opinión, la manera en la que la mayoría formuló la cuestión fue desafortunada. Cuando se planteó la cuestión de qué debía entenderse por proceso debido en estas circunstancias, la mayoría (de los Jueces) se apoyó en un test de ponderación – una manera de pensar que puede ser apropiada para determinar el procedimiento adecuado para revocar prestaciones de la Seguridad social, pero difícilmente adecuado para determinar la privación de la libertad individual durante varios años³⁰.

Otros dos Jueces, Souter y Ginsburg, en cambio, concluyeron que el AUMF no cumplía el requisito de ser un Acto del Congreso según dispone la Sección 4001 (a). Con estas dos opiniones, la mayoría formada por los otros cuatro, y la opinión de Sca-

lia/Stevens ya examinada, un total de ocho votos se combinaron para forzar la intervención judicial en beneficio de Hamdi.

La cuestión de si la detención de Hamdi se realizó «de conformidad con un Acto del Congreso» invita a un sesudo análisis jurisprudencial. No existe bibliografía relevante sobre el significado de «Acto» en oposición a «resolución» o «ley» emanada del Congreso. Y tampoco tenemos información suficiente sobre el nexo lógico que sugiere la palabra «en relación con» en oposición a otras expresiones como «de conformidad con» o «con origen en». De momento, el argumento coincidente de los Jueces Souter y Ginsburg puede ser la mejor respuesta: la Ley Anti-Detención debe ser interpretada de forma «estricta» en orden a generar la máxima protección para la libertad individual.

V. El ámbito de la ley de *habeas corpus*

Si el caso *Hamdi* hubiera sido resuelto fácilmente sobre la base de los derechos de los ciudadanos, entonces la suerte de los detenidos en Guantánamo hubiera sido mucho más controvertida, incluso en relación con la estructura básica de la decisión. Si analizamos las distintas autoridades que incidían en los derechos de los detenidos, se las puede clasificar así:

- (i) Por un lado, conforme a la doctrina formulada en el caso *Eisentrager*, el centro de gravedad recae en la autoridad del Poder ejecutivo.
- (ii) Por otro lado, también recae el centro de gravedad en la autoridad del Poder ejecutivo por el hecho de que el confinamiento se realiza fuera del territorio de Estados Unidos.
- (iii) Una aura positiva derivada de la decisión en el caso *Hamdi*.

En las decisiones de los Tribunales inferiores, el Gobierno se apoyó principalmente en los dos primeros factores. El caso *Eisentrager* se interpretaba como un precedente de gran relieve, que igual que la pretendida soberanía de Cuba sobre la base de Guantánamo se consideraba algo dispositivo. Pero estos dos factores gravitacionales no tuvieron ningún peso en las opiniones de la mayoría de la Corte Suprema.

El caso *Eisentrager* fue una decisión que se adoptó bajo los principios clásicos del Derecho de guerra que distingue, de forma categórica, entre

²⁹ Authorisation for the Use of Military Force, 18 septiembre 2001, PL. 107-40, 115 Stat. 224.

³⁰ El caso citado por el Juez O'Connor en su opinión fue *Mathews v. Eldrige*, 424 US 319 (1976).

Estados aliados, enemigos, y neutrales. Los ciudadanos de una nación enemiga son extranjeros enemigos y son tratados como portadores de mínimos derechos. A este respecto, en el caso *Eisentrager* se citaba la opinión de Blackstone: «En el Common Law, los extranjeros enemigos carecen de derechos, de privilegios, a menos que el Soberano les conceda un favor especial, durante la guerra»³¹. La situación no era mucho mejor en los precedentes judiciales del siglo XIX donde se asumía que el «residente enemigo extranjero está constitucionalmente sujeto a un arresto sumario, internamiento y deportación en los casos en que exista una «guerra declarada»³².

Sobre la base de estos antecedentes, la Corte Suprema consideró en el caso *Eisentrager* que los enemigos extranjeros, sujetos de nacionalidad alemana confinados en el extranjero, no tenían derecho a un proceso en los Tribunales americanos. Existían otras variables en los hechos que motivaron este caso *Eisentrager*: los acusados habían cometido los delitos en China, fueron juzgados y condenados por un Tribunal militar americano y se encontraban cumpliendo sus sentencias en una prisión americana en Alemania. A mi entender, estos factores eran mucho menos convincentes que la idea principal de que los ciudadanos de naciones que estén en guerra declarada con los Estados Unidos no tienen acceso a los Tribunales americanos para impugnar la validez de sus confinamientos. La opinión en el caso *Eisentrager* se basaba en varias decisiones realizadas en la época de la Guerra de 1812 que apuntaba en la dirección del principio de que los extranjeros enemigos no residentes carecían de acceso a los Tribunales americanos, fuera cual fuera el asunto en cuestión.

Así es como interpreto yo también el caso *Eisentrager*. No estoy seguro de que ningún Tribunal en el siglo XXI lo haya hecho de la misma forma. En una de las decisiones recurridas y resueltas al mismo tiempo que el caso *Rasul*, el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia parece acoger el argumento de negarse a considerar a los demandantes como a los del caso *Eisentrager*, es decir, como a enemigos extranjeros; pero dice a continuación:

«No obstante, los detenidos en Guantánamo tienen mucho en común con los prisioneros alemanes en el caso *Eisentrager*, también son extranjeros, también fueron capturados durante

operaciones militares, se encontraban en un país extranjero cuando fueron capturados, ahora se encuentran en el extranjero custodiados por las fuerzas militares americanas y nunca han estado en los Estados Unidos. Por estas razones entendemos que según el caso *Eisentrager* estos factores impiden a los detenidos acudir al procedimiento de *habeas corpus* en los Tribunales de los Estados Unidos»³³.

En estos dos años de controversia sobre el mandamiento del *habeas corpus* en la Bahía de Guantánamo, el Gobierno se basó en el aforismo latino del *non sequitur*, olvidando a su conveniencia los antecedentes históricos del Derecho de guerra –antecedente que sitúa el énfasis en el estatus de ser ciudadano de un país que se encuentre en situación de guerra declarada con otro–. Ese Gobierno trató de reinterpretar el caso *Eisentrager* sobre la base de ciertos hechos comunes con los no ciudadanos en Guantánamo, a pesar de que los demandantes kuwaitíes y australianos no eran claramente enemigos extranjeros.

Un segundo momento para la aplicación del *non sequitur* que influenció el razonamiento de varios observadores de este asunto, fue la cuestión de la soberanía sobre la Bahía de Guantánamo. La idea parecía ser la de que si Cuba conservaba la soberanía formal sobre la base militar, de ello se infería que el mandamiento de *habeas corpus* no podía servir como un control frente a la utilización de las facultades extraterritoriales realizadas por América. Este argumento se basaba, en parte, en otra errónea interpretación del caso *Eisentrager* entendiéndose que «el Tribunal carecía de jurisdicción para emitir mandamientos de *habeas corpus* respecto de extranjeros detenidos fuera de la Soberanía territorial de los Estados Unidos»³⁴.

Ninguno de los que sostienen esta posición ha explicado jamás por qué la soberanía era un factor relevante que limitase el alcance extraterritorial de las leyes federales o de la Constitución de los Estados Unidos. En la opinión discrepante del Juez Scalia en el caso *Rasul*, su principal preocupación era lo inapropiado de extender «la ley del *habeas corpus*, por primera vez, a extranjeros que se encontraban más allá de la soberanía territorial de los Estados Unidos y fuera de la jurisdicción territorial de sus Tribunales»³⁵. Ninguno de estos tres autodenominados jueces conservadores del Tribunal (Scalia, Rehnquist y Thomas) parece

31 Blackstone, supra nota 14, 372 y 373, citado en el caso *Eisentrager*, supra nota 26, 775.

32 *Eisentrager*, supra nota 26, 775 (citando casos de la Guerra de 1812).

33 *Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134, 1140 (2003) (rechazando el *habeas corpus*).

34 *Ib.*, 1137; *Rasul*, 215 F. Supp. 72-72

35 *Rasul*, supra nota 1, 54 (conforme a la paginación legis).

percatare de que si las fuerzas militares norteamericanas podían actuar legalmente en la Bahía de Guantánamo, entonces también podría considerarse apropiado que se adoptasen limitaciones federales a la forma de llevar a cabo el poder militar.

Para mi regocijo, en los razonamientos de Scalia, hay algo de parcialidad en la idea de hacer responsables ante los estándares del debido proceso al estamento militar:

«Hoy, el Tribunal coloca al Ejecutivo en una situación comprometida, sometiendo la Bahía de Guantánamo al control de los Tribunales federales incluso cuando nunca antes se ha considerado que estuviera bajo su jurisdicción –y por tanto convirtiéndolo en un lugar absolutamente inapropiado para haber albergado a detenidos extranjeros en tiempo de guerra³⁶».

Lo realmente destacable de la opinión del Juez Stevens, con la que formula el parecer de la mayoría en el caso *Rasul*, es que rechaza estos dos posicionamientos ilógicos, esto es, que el caso *Eisentrager* es un precedente adecuado con independencia de si los detenidos son extranjeros enemigos, y que la soberanía debe ser el factor decisivo para decidir si el procedimiento de *habeas corpus* limita el poder militar en el exterior. Stevens destaca que el caso *Eisentrager* difiere radicalmente de la situación en Guantánamo y que por tanto tiene poca relevancia para una resolución adecuada del asunto³⁷, y deja a un lado el problema del estatus americano sobre la soberanía en la Bahía de Guantánamo, si bien menciona de paso que la base de Guantánamo se encuentra bajo «la jurisdicción y control exclusivo» de los Estados Unidos³⁸.

En su lugar, Stevens adopta un rumbo totalmente novedoso en relación con el problema de los detenidos en Guantánamo. El problema no es un asunto, en absoluto, de Derecho Constitucional, sino, insiste, del método apropiado para interpretar la disposición legal del *habeas corpus*, 28 USC § 2441. Asimismo, desorienta a la opinión divergente diseñando una interpretación novedosa del caso *Eisentrager* más legalista que constitucionalista. (En realidad, las disposiciones utilizadas en este caso sobre la exclusión de los extranjeros enemigos

de los Tribunales se basa no en el Derecho Constitucional, sino en las leyes de la Guerra). Pasando, a concluir, que la interpretación del *habeas corpus* ha evolucionado desde la decisión en 1950 del caso *Eisentrager*, y que esta nueva aproximación enfatiza, no la localización del demandante detenido, si no la del custodio. La creación de este argumento requiere bastante trabajo imaginativo en la búsqueda de los precedentes, pero no podemos detenernos más sobre estos puntos. El Juez Scalia dedica un tiempo sustancial en la formulación de su voto particular, poniendo en tela de juicio la lectura de anteriores casos, pero implícitamente adopta la aproximación de enfatizar la interpretación teleológica de la legislación cuando vota con la mayoría en el caso *Padilla*, en el que se exige al recurrente que vuelva a plantear su recurso conforme con la interpretación prevalente del § 2214, que requiere que el recurrente mencione a la persona responsable de su detención y que elija el Tribunal del lugar en que ésta se encuentre.

Finalmente, la opinión de Stevens se detiene en el tema de la ciudadanía y la personalidad. He aquí las líneas más reseñables de su argumentación:

«La parte demandada se muestra de acuerdo en que el Estatuto de *habeas corpus* crearía jurisdicción de los Tribunales federales en los supuestos de demandas realizadas por un ciudadano americano detenido en la Base. Considerando que el § 2241 no realiza ninguna distinción entre americanos y extranjeros mantenidos bajo custodia federal existe pocos motivos para pensar que el Congreso concibiera el alcance geográfico del estatuto variable dependiendo de la nacionalidad del detenido. Los extranjeros retenidos en la Base, al igual que los ciudadanos americanos, tienen derecho a invocar la autoridad del § 2241 de los Tribunales federales»³⁹.

Este argumento se construye, por tanto, sobre la base del caso *Hamdi*. Los siguientes pasos sirven para trazar un puente entre ciudadanos y personas:

1. El Gobierno admite que los ciudadanos en la Bahía de Guantánamo pueden invocar el apartado § 2241 de la ley de *habeas corpus*.

36 *Rasul*, supra nota 1, 54-55 (conforme a la paginación legis).

37 *Rasul*, supra nota 1, 18.19 (conforme a la publicación oficial). Los solicitantes en este caso difieren de los del caso *Eisentrager* en varios aspectos: No son nacionales de países en guerra con los Estados Unidos, y niegan haber cometido o planeado actos de agresión contra los Estados Unidos; no han tenido acceso a ningún tribunal, y tampoco han sido acusados o condenados por algún hecho delictivo; y por más de dos años han estado presos en un territorio en el que los Estados Unidos ejercen su exclusiva jurisdicción y control.

38 *Ibid.*

39 *Rasul*, supra nota 1, 6 (conforme a la paginación legis).

2. Desde el punto de vista de los propósitos del poder legislativo, no existe razón alguna para delimitar un ámbito geográfico distinto para extranjeros y ciudadanos.

3. Por tanto, el apartado § 2214 se debe aplicar también para todas las personas detenidas en la Bahía de Guantánamo.

Por supuesto, podrían existir límites al alcance extraterritorial de la ley del *habeas corpus*, pero el Tribunal no se sintió obligado a resolver hipotéticos problemas, para admitir el recurso de los detenidos en Guantánamo. Fue suficiente que la mayoría de los Jueces consiguiera trasladar el debate desde las trascendentales implicaciones de la Soberanía a la racionalidad de los fines de la ley. En virtud de esta reorientación, el Tribunal encontró,

finalmente, una manera de afirmar la tendencia en la Jurisprudencia contemporánea de un desplazamiento desde los derechos de los ciudadanos hacia los de las personas.

El último mensaje de estos casos debe ser, en parte, que los Estados Unidos han empezado a corregir los abusos que han venido ocurriendo en los últimos tres años desde que la Administración Bush comenzó a afirmar un control ejecutivo exclusivo sobre los presuntos terroristas y combatientes. La principal virtud moral es que la Corte Suprema ha afirmado con rotundidad los valores de la personalidad y del Derecho Internacional de los derechos humanos en unos tiempos en los que muchos desean limitar los derechos de aquellos a los que tememos.