

Traducción

**DONDE YACE LA LIBERTAD: SOCIEDAD
CIVIL Y DERECHOS INDIVIDUALES
DESPUÉS DEL 9/11**

David Cole

Traducido por:

Luis Enrique Penagos

I. Introducción

Si alguna persona le hubiera contado, el 11 de septiembre de 2001, que Estados Unidos no sería capaz de hacer lo que quisiera en respuesta a los ataques terroristas de ese mismo día, usted probablemente hubiera cuestionado su cordura. Estados Unidos era el país más poderoso del mundo, y tenía la simpatía del resto del mundo en el período posterior a los ataques. ¿Quién lo detendría? (¿Quién iba a detenerlo?) Al Qaeda tenía pocos amigos más allá de los talibanes. Históricamente, el Congreso y las cortes habían casi siempre deferido al ejecutivo en tiempos de crisis como este. Y era poco probable que el sector político norteamericano se opusiera a las medidas que sacrificaban los derechos de otros –árabes, musulmanes y especialmente extranjeros árabes y musulmanes– por la seguridad de los americanos (norteamericanos).

Sin embargo, tal vez la lección más importante y sorprendente de la última década es que los derechos constitucionales y humanos, que parecían tan vulnerables después de los ataques, demostraron ser mucho más resistentes de lo que muchos habrían predicho. La administración del presidente George W. Bush inicialmente tuvo que enfrentar las limitaciones del derecho constitucional, estatutario e internacional, considerados como obstáculos inconvenientes en el camino a la seguridad¹.

¹ Ver, i.e., JANE MAYER, THE DARK SIDE: THE INSIDE STORY OF HOW THE WAR ON TERROR TURNED INTO A WAR ON AMERICAN IDEALS (2008)

La administración actuó como si nadie se atreviera a limitarlo. Pero con el tiempo, la rama ejecutiva de la nación más poderosa del mundo se vio obligada a adaptar su respuesta a las exigencias legales.

Igualmente sorprendente resulta que estas limitaciones en su mayoría eran impuestas, no por los mecanismos formales de pesos y contrapesos, sino por influencias más informales, usualmente provocadas por los esfuerzos de las organizaciones de la sociedad civil que defendían, educaban, organizaban, demostraban y litigaban por los derechos humanos y constitucionales. Tradicionalmente se entiende que el sistema constitucional norteamericano está basado en la división de poderes y en el control constitucional para proteger la libertad e imponer restricciones legales a los oficiales gubernamentales. Después del 11 de septiembre, sin embargo, como en otros períodos de crisis en la historia americana, todas las tres ramas usualmente coincidían en su compromiso con la libertad, igualdad, dignidad, debido proceso, y el Estado de derecho². Por el contrario, los grupos de la sociedad civil dedicados a los valores constitucionales y del Estado de derecho, como la Unión Americana de Libertades Civiles, el Centro para los Derechos Constitucionales, la American Bar Association, Human Rights Watch, Human Rights First, el Comité de Defensa de la Declaración de Derechos, el Proyecto de la Constitución, el Consejo Musulmán de Asuntos Públicos, y el Consejo para las Relaciones americano-islámicas, consistentemente defendieron derechos humanos y constitucionales –y al hacerlo reforzaron la labor de revisión del derecho constitucional e internacional. Publicaron informes identificando y

(contando las decisiones internas para sortear las limitaciones legales a partir del 11 de septiembre); DAVID COLE & JULES LOBEL, LESS SAFE, LESS FREE: WHY AMERICA IS LOSING THE WAR ON TERRORISM 23-101 (2007) (catalogando las medidas ilegales de la administración de Bush a partir del 11 de septiembre); Richard Falk, The Abandonment of International Law After 9/11, Presentation to the Congressional Black Caucus Annual Legislative Conference (Sept. 21-24, 2005), disponible en h.

² Refiriéndome al "Estado de derecho", me refiero no solamente al sentido fulleriano de transparencia y regularidad procesal, ver LON FULLER, THE MORALITY OF LAW (1964), sino el mas moderno y coloquial sentido del término, el cuál es utilizado a menudo como una palabra corta para abarcar compromisos con la libertad, igualdad, privacidad, dignidad y la separación de poderes. Me referiré, además, a estos "derechos humanos y constitucionales" al tiempo que hablaré no solamente a la ley constitucional doméstica sino a los derechos humanos internacionales y la ley humanitaria, así como las restricciones estatutarias que promuevan tales derechos (como es el Código Uniforme de Justicia Militar y los estatutos de tortura criminal y crímenes de guerra).

condenando actividades ilegales³, proporcionaron material y recursos a los medios para regar la voz⁴, presentaron demandas en foros internacionales desafiando iniciativas ilegales⁵, organizaron y educaron al público sobre la importancia de adherirse a compromisos por los derechos humanos y constitucionales⁶, testificaron en audiencias del Congreso sobre tortura, vigilancia ilegal y Guantánamo⁷; y coordinaron con gobiernos extranjeros y organizaciones no gubernamentales para ejercer presión diplomática sobre Estados Unidos para que ajustara sus acciones al derecho constitucional e internacional⁸.

Los académicos se han enfocado en el rol que juegan las constituciones y las estructuras formales de gobierno en reforzar los compromisos frente a los principios de largo plazo cuando las fuerzas políticas ordinarias se inclinan por buscar atajos⁹. La experiencia de Estados Unidos durante la década después del 11 de septiembre sugiere que este enfoque está incompleto; deberíamos poner al menos la misma atención al trabajo que hacen los grupos de la sociedad civil para hacer cumplir los derechos constitucionales. Al igual que la Constitución en sí misma, estos grupos representan, y afianzan, los compromisos a los principios cuando esos compromisos son puestos a prueba. Y a pesar de que generalmente hablamos metafóricamente sobre una “Constitución viviente”, los grupos de la sociedad civil son realmente la encarnación de estos compromisos, compuestos por seres humanos que se han unido por la dedicación que comparten frente a los principios de los derechos humanos y constitucionales. Por lo tanto, todos están bien posicionados para influenciar la reacción en tiempo real del sector político y del gobierno, y en

³ Ver, i.e., *Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of September 11 Detainees*, 14.4(G) HUMAN RIGHTS WATCH (2002), disponible en <http://www.hrw.org/reports/2002/us911/USA0802.pdf> [hereinafter *Presumption of Guilt*].

⁴ Id.

⁵ ACLU in the Courts Since 9/11, AM. CIV. LIBERTIES UNION (Oct. 12, 2006), disponible en http://www.aclu.org/pdfs/safefree/since911docket_20061013.pdf.

⁶ Ver de manera general, *Presumption of Guilt*, nota supra 3.

⁷ Ver, i.e., *Testimony of Washington Legislative Office Director, Caroline Fredrickson, En A Democratic Hearing to Investigate NSA Wiretapping Program* (Ene. 20, 2006), Disponible en [testimony-washington-legislative-office-director-carolinefredrickson-democratic-h.8](http://www.washingtonlegislativeoffice.com/testimony-washington-legislative-office-director-carolinefredrickson-democratic-h.8). Ver infra notas 131-145 y texto acompañante.

⁸ Ver notas *infra* 131-145 y texto acompañante.

⁹ Ver, i.e., ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1986); JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980); Doni Gerwirtzman, *Our Founding Feelings: Emotion, Commitment, And Imagination in Constitutional Culture*, 43 U. RICH. L. REV. 623, 623-24 (2009).

periodos de crisis pueden ser la única contrafuerza institucional frente al impulso de sacrificar derechos por la seguridad.

Las intervenciones de estas organizaciones a menudo hacen un llamado a las estructuras formales de gobierno para que presten atención a sus demandas legales, pero la experiencia post 9/11 sugiere que su trabajo puede ir más allá de las fronteras formales de las opiniones judiciales y de los estatutos promulgados. En la primera década después del 11 de septiembre, la sociedad civil parece haber jugado un rol en la restauración de valores humanos y constitucionales al menos igual de crítico que el de las instituciones formales de gobierno. En este periodo, las restricciones al poder ejecutivo operaban a través de lo que yo llamaré como “constitucionalismo de la sociedad civil”, en donde organizaciones no gubernamentales defendían de muchas maneras el sometimiento al Estado de derecho, dentro y fuera de las cortes, y al hacerlo, hicieron gran parte de la labor del constitucionalismo.

Al examinar el nexo entre la sociedad civil y el constitucionalismo, estoy especialmente interesado en aquellos grupos no gubernamentales que se definen así mismos por su compromiso colectivo a los valores constitucionales o del Estado de derecho. “Sociedad civil” puede significar muchas cosas para muchas personas, pero yo la usaré en este ensayo principalmente como abreviación de este subconjunto de organizaciones no gubernamentales. Ernest Gellner provisionalmente definió la sociedad civil en general como “un conjunto de instituciones no gubernamentales diversas que es lo suficientemente fuerte para hacerle contrapeso al estado y, a pesar de que no evita que el estado cumpla su rol como guardián de la paz y árbitro entre los intereses principales, puede no obstante evitar que domine y atomice el resto de la sociedad”¹⁰. La sociedad civil en general, incluyendo aquellas instituciones como el New York Times, Fox News, la Sociedad Federalista, Planned Parenthood, la Cámara de Comercio de Estados Unidos, la Iglesia Católica, y los súper PACs, también juegan un rol en las luchas sobre el sentido constitucional, y un reporte completo del rol de la sociedad civil tendría que abordar estas influencias también. Así como demuestran el logro obtenido por los grupos de derechos de armas al establecer un “derecho a portar armas”, o el de los grupos por el “derecho a la vida” al recortar los derechos de elección reproductiva, o el de la Cámara de Comercio y organizaciones similares al invalidar las restricciones sobre el gasto corporativo en campañas electorales, las intervenciones de la sociedad civil de ninguna manera son necesariamente progresivos. Mi

¹⁰ ERNEST GELLNER, THE CONDITIONS OF LIBERTY: CIVIL SOCIETY AND ITS RIVALS 5 (1994).

afirmación es que no nos beneficiamos del trabajo del constitucionalismo si ignoramos su papel.

El “constitucionalismo de la sociedad civil”, como el “constitucionalismo popular”¹¹ y como el “constitucionalismo democrático”¹² llama a una reorientación de la teoría constitucional y a la práctica por fuera del enfoque tradicional en las cortes para así considerar el rol del pueblo. Se puede decir que los tres conceptos derivan de la famosa observación del juez Learned Hand: “la libertad recae en los corazones de hombres y mujeres; cuando allí muere, ninguna constitución, ninguna ley, ninguna corte puede salvarla; ninguna constitución, ninguna ley, ninguna corte puede hacer algo para ayudarla”¹³. El “constitucionalismo popular”, articulado por Mark Tushnet y Larry Kramer, entre otros, es afirmativamente antagónico a las cortes, y busca alejar la Constitución de los jueces para así otorgarle al público en general la responsabilidad por el sentido constitucional¹⁴. El “constitucionalismo democrático”, propuesto por Robert Post y Reva Siegel, no apoya el rol de las cortes, y hace énfasis en la dinámica en la que las respuestas populares a decisiones constitucionales ayudan a asegurar que el derecho constitucional siga respondiendo a los compromisos constitucionales contemporáneos¹⁵. Así, Post y Siegel ven positivamente las decisiones de la Corte Suprema mientras que otros las ven como un retroceso, puesto que tal compromiso popular con cuestiones constitucionales es crítico para mantener la relevancia viva y evolutiva¹⁶. Ambas teorías ofrecen aproximaciones importantes al rol de la política en el derecho constitucional. Pero estas concepciones de derecho constitucional son susceptibles a la crítica de que fallan en resolver una contradicción interna. Si la Constitución está hecha para restringir a la política democrática, cómo puede ser delegada a la política democrática sin perder su valor distintivo como control de dicha política? Así como no podemos confiar la aplicación de la constitución a la rama ejecutiva o legislativa sin

¹¹ Para el “constitucionalismo popular,” véase LARRY KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2004); MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999).

¹² Para “democratic constitutionalism,” ver Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 373 (2007).

¹³ Learned Hand, discurso de “The Spirit of Liberty” en “I Am an American Day” ceremonia en el Central Park, Nueva York (Mayo 21, 1944), *disponible en www.providencforum.org/spiritoflibertyspeech*.

¹⁴ Ver KRAMER, *nota supra* 11; TUSHNET, *nota supra* 11.

¹⁵ Post & Siegel, *nota supra* 12.

¹⁶ Ver, *id.*

menoscabar su habilidad de restringirlas, tampoco podemos confiarla al pueblo si está diseñada en gran parte para restringirlo.

El "constitucionalismo de la sociedad civil" sugiere una forma de solucionar su contradicción interna. Señala el papel único que las organizaciones de la sociedad civil comprometidas con los derechos constitucionales desempeñan al reducir la brecha entre el derecho constitucional formal y la política ordinaria, y al reforzar el respeto por los límites constitucionales que Learned Hand vio como esencial. A diferencia del "constitucionalismo popular", reconoce la importancia de la aplicación judicial del derecho constitucional, puesto que los tribunales son los que mejor están situados para dar sentido a los principios constitucionales de largo plazo y para resistir las presiones políticas a corto plazo. Sin embargo, "el constitucionalismo de la sociedad civil" sostiene que por defender los derechos constitucionales en los momentos en que los tribunales, las ramas políticas, y "el pueblo mismo" tienden a ignorar o descartar tales derechos, los grupos de la sociedad civil contribuyen a reforzar la cultura de los derechos, esencial para a una constitución robusta. En tiempos de crisis, cuando todas las demás fuerzas se unan contra los derechos constitucionales, las organizaciones de la sociedad civil pueden ser la última defensa.

Para estar seguros, la separación de poderes más formal también jugó un papel importante en el control al presidente después del 11 de septiembre. Por ejemplo, la Corte Suprema impuso límites importantes sobre la detención y el juicio militar¹⁷, y el Congreso reforzó la aplicación universal del tratado de prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes¹⁸. Pero como mostraré, estas eran excepciones; la gran mayoría de restricciones a las iniciativas ilegales eran efectuadas sin una orden judicial o una promulgación de ley. Y cuando la Corte y el Congreso jugaron una labor de revisión, sus intervenciones fueron motivadas, enmarcadas e informadas por el trabajo de la sociedad civil¹⁹.

¹⁷ Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008); Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006); Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004).

¹⁸ Detainee Treatment Act of 2005, Pub. L. No. 109-148, § 1003, 119 Stat. 2680, 2739-40 (codificado en U.S.C. § 2000dd (2006)).

¹⁹ Josh Benson, *Guantánamo Game: Public Choice Perspective on Judicial Review in Wartime*, 97 CAL. L. REV. 1219, 1241 (2009); Jack Goldsmith, *What Changed U.S. Attitudes about Counterterrorism Policies*, WASH. POST, Feb. 15, 2012, disponible en http://www.washingtonpost.com/opinions/counterterrorism-policies-have-been-legitimized-by-courts-and-consensus/2012/02/13/gIQA5btbGR_story.html.

De este modo, en la primera década después del 9/11, los valores constitucionales y del Estado de derecho fueron ejercidos sobre la conducta del ejecutivo por medio de la interacción de la labor informal política, legal y cultural de la sociedad civil y el funcionamiento formal de la ley. Esta experiencia sugiere que, si bien sigue siendo fundamental adherirse a y reforzar pesos y contrapesos formales, es igual de importante construir una cultura de resistencia con respeto a los derechos constitucionales y al Estado de derecho. Las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a dichos valores únicamente juegan un rol de control, y la formación constitucional sería útil para examinar el rol específico que juega la sociedad civil en alcanzar, construir y reforzar la cultura constitucional tan relevante para las protecciones constitucionales significativas. La sociedad civil, en resumen, es donde gran parte de la labor del constitucionalismo democrático y popular se lleva a cabo.

La parte II de este ensayo brevemente examina el arco de la política y práctica antiterrorista en Estados Unidos en la década siguiente al 11 de septiembre. A pesar de que la respuesta inicial del gobierno parecía ignorar derechos humanos y restricciones legales básicas en aras de hacer todo lo posible por prevenir otro ataque, con el tiempo la rama ejecutiva redujo prácticamente todos sus más agresivos proyectos. Como resultado, el gobierno Bush se ciñó más a la ley en su segundo periodo de gobierno, con respecto a su política antiterrorista. Al posesionarse, el presidente Obama condenó muchas de las decisiones de sus predecesores y prometió perseguir la seguridad nacional a través de la ley en lugar de contrariarla²⁰. Mientras aún existen muchas preocupaciones, el escenario general frente a lo legal mejoró sustancialmente en el gobierno de Obama. Algunos objetarán que las mejoras en ambos gobiernos fueron mínimas, dejando un aparato de poder estatal muy preocupante. Me resisto a esa caracterización²¹, pero para propósitos de mi argumentación, solo se necesita estar convencido de que en realidad hubo restricciones, y que, como demostraré más adelante, esos cambios no pueden ser atribuidos al sistema formal de pesos y contrapesos.

En la parte III, examino lo que contribuyó a la restauración de los valores del Estado de derecho. A pesar de que se ha centrado mucho la atención en el sorprendente rol de la Corte Suprema²², voy a demostrar que ni la Corte

²⁰ Ver notas *infra* 74-81.

²¹ Ver notas *infra* 252-265 y texto acompañante.

²² Ver, *i.e.*, Baher Azmy, *Detention, Boumediene, and the New Common Law of Habeas*, 95 IOWA L. REV. 445 (2010); Richard H. Fallon, Jr., *The Supreme Court*,

ni el Congreso fueron los principales puntos de resistencia o protección. Las decisiones de la Corte que involucraban a “combatientes enemigos”, si bien resultaron ser contribuciones importantes a una narrativa cultural sobre valores constitucionales y del Estado de derecho fueron al mismo tiempo limitados frente a lo que realmente exigían. Dos decisiones, *Rasul v. Bush* y *Hamdan v. Rumsfeld*, se fundamentaron enteramente en interpretaciones de la ley²³, lo que significó que el Congreso podría –y en ambos casos lo hizo– revertir sus resultados a través de legislación ordinaria²⁴. *Boumediene v. Bush*, la decisión más importante de las cuatro, concluyó que el Congreso había violado la Cláusula de Suspensión de la Constitución al revocar el habeas corpus a los detenidos en Guantánamo, pero la decisión estableció únicamente el derecho a un día en la corte, y no dijo nada frente a qué derechos podrían tener los detenidos después de que sus peticiones fueran escuchadas²⁵. *Hamdi v. Rumsfeld* sostuvo que un ciudadano estadounidense capturado en el campo de batalla en Afganistán presuntamente luchando como parte un régimen talibán tenía constitucionalmente el derecho a una oportunidad de escuchar los cargos por los cuales se le estaba deteniendo como “combatiente enemigo”²⁶. Pero la Corte dejó los detalles procedimentales en espera para ser resueltos. El presidente Bush, entonces, logró evitar la elaboración de dichas restricciones transfiriendo a Hamdi (y el único otro militar estadounidense detenido, José Padilla) fuera de custodia militar antes de cualquier otra revisión por parte de la Corte Suprema²⁷. Como muchos comentaristas lo

Habeas Corpus, and the War on Terror: An Essay on Law and Political Science, 110 COLUM. L. REV. 352 (2010).

²³ *Hamdan*, 548 U.S. en 594; *Rasul*, 542 U.S. en 480-84.

²⁴ *Rasul v. Bush* fue reemplazado por la Ley de Tratamiento de Detenidos. *Boumediene*, 553 U.S. en 724-25. *Hamdan v. Rumsfeld* fue reemplazado por la Ley de Comisiones Militares del 2006, Pub. L. No. 109-336, 120 Stat. 2600 (2006).

²⁵ *Boumediene*, 553 U.S. en 795-98.

²⁶ *Hamdi*, 542 U.S. en 535

²⁷ Los únicos dos ciudadanos bajo custodia militar en el momento de la decisión Hamdi fueron Hamdi y José Padilla. *Verid.* en 577 (Scalia, J., salvamento de voto). El gobierno liberó a Hamdi con la condición de que aceptara ir a Arabia Saudita y se quedara allá, una promesa que el gobierno no podía cumplir. Eric Lichtblau, *U.S., Bowing to Court, to Free 'Enemy Combatant,'* N.Y. TIMES, Sept. 23, 2004, disponible en <http://www.nytimes.com/2004/09/23/politics/23hamdi.html>. Cuando el caso de José Padilla iba hacia la Corte Suprema, el gobierno lo transfirió fuera de la custodia militar y lo juzgó en una corte penal, evitando así un enfrentamiento con la Corte Suprema. *Ver Padilla v. Hanft*, 432 F.3d 582 (4th Cir. 2005) (negando la aplicación para transferencia del gobierno para transferir a Padilla a la jurisdicción civil penal); *Hanft v. Padilla*, 546 U.S. 1084 (U.S. 2006) (concediendo la aplicación de transferencia del gobierno para transferir a Padilla a la jurisdicción civil penal).

han señalado anteriormente, las cuatro decisiones fueron, en efecto, minimalistas²⁸.

Menos conocida es la significativa cantidad de trabajo doctrinal que la Corte llevó a cabo para así fallar en contra del presidente. Como mostraré, ninguno de los resultados en estos casos fue preordenado por la doctrina. El precedente que había parecía favorecer al presidente. Adicionalmente, particularmente en dos de los casos de Guantánamo, los estándares legales que resultaron decisivos fueron extremadamente amplios, girando en torno a preguntas acerca de la “viabilidad”²⁹. Hubiera sido al menos igual de fácil, si no más fácil, redactar decisiones apoyando el poder del presidente. Algo estaba motivando a la Corte, y no era la fuerza independiente de la doctrina legal.

Argumentaré que la sociedad civil jugó un rol crítico tanto ayudando a moldear esas decisiones como presionando al presidente para que frenara sus iniciativas en las distintas áreas que nunca alcanzaban una decisión judicial³⁰. Los cambios no pueden ser atribuidos a la presión política ordinaria de “nosotros el pueblo”; en pocos, si algunos, de estos aspectos una mayoría de estadounidenses exigió cambio. Las luchas legales proporcionaron un punto central para mucho del trabajo de la sociedad civil, pero sólo uno de muchos. Los reclamos de la sociedad civil estaban fundamentados en la ley y en la justicia –pero no estaban dirigidos únicamente, y ni siquiera predominantemente, a las cortes. Al final, fue la relación entre la sociedad civil, el derecho y la cultura lo que logró supervisar al Ejecutivo.

La parte III concluye considerando diferentes versiones de la que ocurrió en la primera década después del 11 de septiembre. Encuentro poco convincente las afirmaciones de que los derechos constitucionales y humanos no fueron de ninguna forma significativa restaurados, y que simplemente hemos normalizado la excepción. Considero que existe un “efecto pendular” que consiste en que los estados primero sobreactúan

²⁸ Neal Devins, *Talk Loudly and Carry a Small Stick: The Supreme Court and Enemy Combatants*, 12 U. PA. J. CONST. L. 491 (2010); Richard H. Fallon, Jr., *The Supreme Court, Habeas Corpus, and the War on Terror: An Essay on Law and Political Science*, 110 COLUM. L. REV. 352 (2010); Owen Fiss, *The Perils of Minimalism*, 9 THEORETICAL INQUIRIES no. 2 art. 13 (2008); Jenny S. Martinez, *Process and Substance in the “War on Terror,”* 108 COLUM. L. REV. 1013 (2008); Cass Sunstein, *Minimalism at War*, 2004 SUP. CT. REV. 47 (2004); Stephen I. Vladeck, *The Passive-Aggressive Virtues*, 111 COLUM. L. REV. SIDEBAR 122 (2011).

²⁹ *Boumediene*, 553 U.S. en 759; *Hamdi*, 542 U.S. en 518-19.

³⁰ *Ver notas infra* 94-151 y texto acompañante.

frente a las crisis y luego se corrigen cuando la crisis ha pasado³¹, pero sugiero que el arco y la velocidad del péndulo son más propensos a ser afectados por la fuerza de la sociedad civil. Y a pesar de que hay ciertamente otros factores que contribuyeron a presionar la administración de Bush para que ajustara sus acciones a las normas legales, incluyendo la insatisfacción masiva por la guerra en Iraq, sostengo que el trabajo de la sociedad civil en abogar por derechos constitucionales y humanos jugó un rol importante en moldear la respuesta.

La cuarta y última sección del artículo sostiene que el rol de la sociedad civil de preservar derechos constitucionales tiene implicaciones importantes en tres áreas: en la teoría constitucional, en el derecho constitucional y en la práctica constitucional. Primero, como una cuestión teórica, sugiero que los eruditos constitucionales harían bien en prestar más atención en el rol que juega la sociedad civil en efectuar protecciones constitucionales en una democracia. El rol institucional que el sector de la sociedad civil juega ha sido ampliamente ignorado en la teoría constitucional hasta la fecha, incluso en sus aproximaciones, como el “constitucionalismo popular”, que recalca la importancia del compromiso constitucional del público. Entender cómo la sociedad civil refuerza, preserva, y avanza el constitucionalismo sería aportar mensurablemente a nuestro conocimiento sobre cómo funcionan realmente las constituciones.

Segundo, el rol de la sociedad civil en mantener una constitución fuerte tiene implicaciones para el fundamento del derecho constitucional —en particular el derecho que garantiza el espacio para que la sociedad civil opere. Subraya la importancia fundamental de preservar garantías de la Primera Enmienda para la libertad de asociación y expresión. En este sentido, la sociedad civil depende en el derecho constitucional al igual que el derecho constitucional depende de ella. La sociedad civil opera bajo la sombrilla de la protección de la Primera Enmienda, y de esta forma la Primera Enmienda desempeña un papel estructural en el mantenimiento del sistema constitucional. A pesar de que la cultura de la libre discrepancia y la crítica en Estados Unidos ha sido relativamente saludable para la mayoría desde el 11 de septiembre, hay señales preocupantes en la focalización de comunidades musulmanas, la resurrección de la culpabilidad por asociación en forma de prohibiciones de "apoyo material" a

³¹ Ver Richard Matthew & George Shambaugh, *The Pendulum Effect: Explaining Shifts in the Democratic Response to Terrorism*, 5 ANALYSIS OF SOCIAL ISSUES AND PUB. POL. (2005), disponible en <http://www.asap-spssi.org/pdf/0501matthew.pdf>.

los grupos políticos proscritos³², y el excesivo respeto de la Corte Suprema en su único caso decidido al enfrentar intereses de seguridad nacional contra libertad de expresión desde el 11 de septiembre: *Holder v. Humanitarian Law Project*³³.

Tercero, y más importante, el “constitucionalismo de la sociedad civil” tiene implicaciones para la práctica constitucional; es decir, cómo vivimos en calidad de ciudadanos dentro de una comunidad constitucional. Las contribuciones concretas de la sociedad civil resaltan para todos nosotros la importancia crítica de comprometerse, a través de asociaciones y organizaciones de la sociedad civil, con las problemáticas constitucionales de nuestros días. Como dijo Learned Hand, la responsabilidad constitucional recae, en últimas, en nosotros. La forma más efectiva de honrar aquella responsabilidad es unirse con otros grupos dedicados a los derechos constitucionales y humanos. La fuerza de los compromisos frente a los derechos constitucionales y humanos de una sociedad recae en gran parte en las organizaciones de la sociedad civil y, por lo tanto, en la forma en que nos involucramos con ellas.

II. El asalto a los derechos constitucionales y humanos y su restauración parcial

Sin duda alguna mucho ha cambiado desde el 11 de septiembre. Estados Unidos lanzó dos guerras, una en contra de un país que albergaba a Al Qaeda, otra en contra de un país que no. El gobierno federal llevó a cabo la reorganización burocrática más grande desde el New Deal³⁴, creando el Departamento de Seguridad Nacional³⁵, la Oficina del Director de

³² David Cole, TERROR FINANCING, GUILT BY ASSOCIATION, AND THE PARADIGM OF PREVENTION IN THE ‘WAR ON TERROR,’ in COUNTERTERRORISM: DEMOCRACY’S CHALLENGE (Bianchi & Keller, eds., 2008); Michael G. Freedman, Note, *Prosecuting Terrorism: The Material Support Statute and Muslim Charities*, 38 HASTINGS CONST. L.Q. 1113, 1114-15 (2011) (citando 18 U.S.C. §§ 2339A, 2339B, y 2339C (2006)).

³³ 130 S. Ct. 2705, 2370 (2010).

³⁴ Dan Verton, *Ten Years After 9/11—Three Perspectives on Homeland Security’s Mission*, AOL GOVT (Sept. 7, 2011), disponible en <http://gov.aol.com/2011/09/07/ten-years-after-9-11-three-perspectives-on-homeland-securitys/>.

³⁵ *Brief Documentary History of the Department of Homeland Security: 2001-2008*, DEPT OF HOMELAND SEC. 4, disponible en <http://www.hsdl.org/?view&did=37027> (visitado el 30 de junio de 2012).

Inteligencia Nacional³⁶, y el Centro Nacional contra el Terrorismo³⁷. La Oficina Federal de Investigación cambió su enfoque de aplicación de la ley a la recopilación de información y prevención del terrorismo, empleando agresivamente informantes y provocadores para expulsar a los posibles terroristas antes de que actuaran —y, algunas veces, incluso si los objetivos nunca hubieran tomado acción sin la provocación del gobierno³⁸.

El Congreso amplió la autoridad del gobierno para recolectar información sobre personas dentro de los Estados Unidos³⁹, para enjuiciar el discurso y la asociación que supuestamente proporcionara "apoyo material" a grupos etiquetados como organizaciones terroristas⁴⁰, e imponer detenciones preventivas y juicios militares a presuntos "combatientes enemigos"⁴¹.

A. Medidas Iniciales

Los cambios más radicales en nuestras operaciones de seguridad ocurrieron en los primeros dos años después del 11 de septiembre de 2001. La gran mayoría de ellos fueron llevados a cabo unilateralmente por la administración Bush, a pesar de que algunos tuvieron apoyo del congreso a través de la Ley Patriota de los Estados Unidos o la Autorización para el Uso de Fuerza Militar (AUFM)⁴². La administración Bush encarceló

³⁶ *History of the Office of the Director of National Intelligence*, OFFICE OF THE DIR. OF NAT'L INTELLIGENCE, *disponible en* <http://www.dni.gov/aboutODNI/history.htm> (visitado el 30 de junio, 2012).

³⁷ *About the National Counterterrorism Center*, NAT'L COUNTERTERRORISM CTR., *disponible en* http://www.nctc.gov/about_us/about_nctc.html (visitado el 30 de junio, 2012).

³⁸ *Ver, e.g., Trevor Aaronson, The Informants, MOTHER JONES* (2011), *disponible en* <http://motherjones.com/politics/2011/08/fbi-terrorist-informants>.

³⁹ USA Patriot Act, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

⁴⁰ 18 U.S.C. § 2339B (2006).

⁴¹ Ley de Comisiones Militares del 2006, Pub. L. No. 109-336, 120 Stat. 2600 (2006); Military Commissions Act of 2009, Pub. L. No. 111-84, 123 Stat. 2574 (2009).

⁴² USA Patriot Act, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001); AUMF, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001). El Congreso también autorizó implícitamente algunas de estas iniciativas al financiarlas. Sin embargo, muchos de los programas, incluyendo las "técnicas de interrogatorio mejoradas", los sitios negros de la CIA, las entregas y la vigilancia de la NSA sin orden judicial, estaban encubiertos y, por lo tanto, el Congreso en su conjunto no era consciente de ellos. *Ver Tom Daschle, Power We Didn't Grant*, WASH. POST, Dec. 23, 2005, <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2005/12/22/AR2005122201101.html>. Mientras el Poder Ejecutivo informaba a la "Gang of Eight" (los líderes de ambos partidos tanto del Senado como de la Cámara de Representantes y de los presidentes y miembros minoritarios de los comités de inteligencia del Senado y de la Cámara de Representantes) sobre las operaciones encubiertas, estas se llevaron

indefinidamente a cientos de personas que llamó "combatientes enemigos", trató de mantenerlos fuera del alcance de los tribunales o de la ley y les negó incluso protecciones básicas de las Convenciones de Ginebra, tales como el trato humano — protecciones que los Estados Unidos habían otorgado a sus enemigos en todos los conflictos armados anteriores⁴³. "Desaparecían" sospechosos en cárceles secretas de la CIA o en "sitios negros", manteniéndolos incomunicados y negándose a reconocer incluso el hecho de su detención durante años⁴⁴. Sometió a los sospechosos a torturas y crueldades sistemáticas, incluyendo el waterboarding, privación extendida del sueño, desnudez forzada, golpeándolos contra las paredes, y forzándolos a tomar posiciones dolorosas por horas⁴⁵.

Entregó otros sospechosos a servicios de seguridad en países como Siria, Egipto y Marruecos, que hace mucho tiempo condenábamos por utilizar la

a cabo bajo la condición de que estos ocho miembros no compartieran la información con nadie más, ni siquiera con sus colegas. Como resultado, esta "notificación" no significó realmente que el Congreso fuera informado sobre las acciones del ejecutivo. Ver ALFRED CUMMING, CONG. RES. SERV., R40691, SENSITIVE COVERT ACTION NOTIFICATIONS: OVERSIGHT OPTIONS FOR CONGRESS (2009), *disponible en* <http://fpc.state.gov/documents/organization/126834.pdf>.

⁴³ Kate Martin & Joe Onok, "Enemy Combatants," *The Constitution and the Administration's "War on Terror,"* AM. CONST. SOCIETY FOR L. AND POL'Y (2004), *disponible en* <http://www.acslaw.org/pdf/enemycombatants.pdf>. El Presidente Bush tomó la posición de que los Convenios de Ginebra, incluyendo el Artículo Común 3, no protegían a los detenidos de Al Qaeda, pero declaró que "como cuestión política" los militares tratarían a los detenidos "humanamente y, en la medida en que fuera consistente con las necesidades militares y de conformidad con los principios de Ginebra". Memorando de la Casa Blanca sobre el Trato Inhumano de Al Qaeda y Detenidos Talibanes (Feb. 7, 2002), *disponible en* http://www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf. Sin embargo, los Convenios de Ginebra no reconocen ninguna excepción a la obligación de un trato humano, por "necesidad militar" o alguna otra razón.

⁴⁴ Dana Priest, *CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons*, WASH. POST, Nov. 2, 2002, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/01/AR2005110101644.html>; ver also JANE MAYER, *THE DARK SIDE: THE INSIDE STORY OF HOW THE WAR ON TERROR TURNED INTO A WAR ON AMERICAN IDEALS* 145 (2008) (discutiendo las prisiones secretas de la CIA).

⁴⁵ MAYER, *nota supra* 44, en 220 (discussing coercive interrogation tactics); Mark Danner, *US Torture: Voices from the Black Sites*, N.Y. REV. OF BOOKS (Abr. 9, 2009), *disponible en* <http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/09/us-torture-voices-from-the-black-sites/?pagination=false>.

tortura como instrumento de interrogatorio, aparentemente para que pudieran torturarlos y compartir cualquier inteligencia resultante⁴⁶.

La administración Bush creó unilateralmente "comisiones militares" que sólo ofrecían el proceso más sumario a presuntos terroristas⁴⁷. Tal como fue formulado originalmente, las reglas del presidente permitirían la imposición de la pena de muerte con base en las pruebas obtenidas de la tortura, sin ningún recurso judicial independiente⁴⁸. La administración autorizó a la Agencia de Seguridad Nacional (NSA, por sus siglas en inglés) a intervenir llamadas telefónicas sin orden judicial, incluso de ciudadanos estadounidenses, a pesar de que dicha medida había sido penalizada por una ley federal⁴⁹. Sometió a detención preventiva a más de cinco mil ciudadanos árabes y musulmanes extranjeros dentro de los Estados Unidos en los primeros dos años después del 11 de septiembre, ninguno de los cuales ha sido declarado culpable por delitos de terrorismo⁵⁰. Además, insistió en que, en su calidad de comandante en jefe y en virtud del artículo II, el Presidente tenía facultades ilimitadas para tomar las medidas que considerara necesarias para "enfrentar al enemigo", incluso si el Congreso o el derecho internacional lo prohibían expresamente⁵¹. En definitiva, a juicio de la administración, la Constitución efectivamente situaba al Presidente por encima de la ley cuando se trataba de enfrentar al enemigo en tiempos de guerra⁵².

⁴⁶ JANE MAYER, *nota supra* 44, en 110 (discutiendo las entregas extraordinarias a la tortura).

⁴⁷ Orden Militar de Nov. 13, 2001: Detention, Treatment, and Trial of Certain Noncitizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57,833 (Nov. 13, 2001) [de ahora en adelante Orden del Tribunal].

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Ver* James Risen & Eric Lichtblau, *Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Court*, N.Y. TIMES, Dec. 16, 2005, <http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?pagewanted=print>.

⁵⁰ DAVID COLE & JULES LOBEL, LESS SAFE, LESS FREE: WHY AMERICA IS LOSING THE WAR ON TERROR 107-09 (2007).

⁵¹ *Ver, e.g.*, U.S. Justice Dep't, Office of Legal Counsel, Memorandum para Alberto R. Gonzales, Counsel to the President Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A (Aug. 1, 2002), reimpresso en DAVID COLE, THE TORTURE MEMOS: RATIONALIZING THE UNTHINKABLE 1-40 (2009) [de ahora en adelante Aug. 1, 2002 Torture Memo].

⁵² Memorandum de John C. Yoo, Subprocurador general adjunto, Oficina de asesoría legal, al Subdirector del Presidente (Sept. 25, 2001), *disponible en* <http://www.justice.gov/olc/warpowers425.htm> [hereinafter *Yoo Memo*]; *cf.* David J. Barron & Martin S. Lederman, *The Commander in Chief at the Lowest Ebb*, 121 HARV. L. REV. 689, 694 (2008) and David J. Barron & Martin S. Lederman, *The Commander in Chief at the Lowest Ebb—A Constitutional History*, 121 HARV. L. REV. 941 (2008) (mostrando que históricamente, el Congreso ha regulado

Tiempos como estos prueban los límites del Estado de derecho. Carl Schmitt sostuvo que en períodos de emergencia, la legalidad y la legitimidad divergen y todo lo que importa es la legitimidad, que, a su vez, se gana no siguiendo las reglas sino proporcionando seguridad⁵³. Después de los ataques del 11 de septiembre, la nación quería seguridad, y la administración Bush tomó esa exigencia como un mandato para dejar de lado las restricciones legales.

B. Restaurando derechos constitucionales y humanos

En retrospectiva, lo que más llama la atención de la respuesta de los Estados Unidos no es que haya exagerado, sino que en el tiempo se vio obligado a modificar todas sus iniciativas más agresivas. Cuando el memorándum por el que se autorizaba a la Agencia Central de Inteligencia (CIA) a utilizar el agua y otras formas de tortura y crueldad fue divulgado y publicado por The Washington Post, provocando múltiples denuncias, el gobierno de Bush se retractó⁵⁴. Cuando grupos de la sociedad civil, expertos legales e incluso el columnista conservador del New York Times, William Safire, condenaron las comisiones militares por la ausencia de control constitucional⁵⁵, el entonces abogado de la Casa Blanca Alberto Gonzales escribió un editorial en el New York Times afirmando que el presidente nunca quiso rechazar el control constitucional, a pesar de haber dicho exactamente eso en su orden original⁵⁶. El Presidente Bush finalmente

prácticamente todos los aspectos de las decisiones militares durante la guerra y que el poder del Presidente como comandante en jefe se limita en gran medida a impedir que el Congreso ponga la dirección de las tropas bajo el mando de otra persona); Jules Lobel, *Conflicts between the Commander in Chief and Congress: Concurrent Power Over the Conduct of War*, 69 OHIO ST. L.J. 691 (2008) (igual); David Cole, *Reviving the Nixon Doctrine: NSA Spying, the Commander-in-Chief, and Executive Power in the War on Terror*, 13 WASH. & LEE J. CIVIL RTS. & SOC. JUST. 1 (2006) (argumentando que la teoría del artículo II de la administración Bush no le permite ignorar una ley penal que regula las intervenciones telefónicas).

⁵³ CARL SCHMITT, LEGALITY AND LEGITIMACY 4-13 (1932).

⁵⁴ Stephen Gillers, *The Torture Memo*, THE NATION (Abr. 9, 2008), *disponible en* <http://www.thenation.com/article/torture-memo>

⁵⁵ William Safire, *Seizing Dictatorial Power*, N.Y. TIMES, Nov. 15, 2001, <http://www.nytimes.com/2001/11/15/opinion/essay-seizing-dictatorial-power.html>; William Safire, *Kangaroo Court*, N.Y. TIMES, Nov. 26, 2001, <http://www.nytimes.com/2001/11/26/opinion/essay-kangaroo-courts.html>

⁵⁶ Alberto Gonzales, *Martial Justice, Full and Fair*, N.Y. TIMES, Nov. 30, 2001, <http://www.nytimes.com/2001/11/30/opinion/30GONZ.html>. La orden ejecutiva que creó las comisiones militares establecía que, para las personas sujetas a la orden,

trasladó a todos los detenidos ubicados en "sitios negros" a la prisión de Guantánamo, donde ya no eran considerados "desaparecidos", y donde por primera vez se le concedió al Comité Internacional para la Cruz Roja Acceso a ellos⁵⁷. Cuando los grupos de la sociedad civil, las naciones europeas y otros denunciaron las entregas a las torturas, la administración parecía suspender el programa, y los informes de tales entregas extraordinarias cesaron⁵⁸. Además, después de que The New York Times revelara el programa de intervenciones telefónicas ilegales⁵⁹ y la ACLU y el Centro de Derechos Constitucionales impugnaran la legalidad del programa ante los tribunales, la administración, que había actuado sin orden judicial, solicitó y obtuvo una orden judicial en virtud de la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISA), que autoriza dicha vigilancia, sujeta a supervisión judicial⁶⁰. La administración finalmente solicitó enmiendas a esa ley, dejando claro que el programa podría continuar conforme a la autorización legislativa y judicial⁶¹.

En una serie de casos extraordinarios al revisar la autoridad atribuida por el mismo gobierno de someter a "combatientes enemigos" a medidas por fuera del alcance de la ley, la Corte Suprema rechazó tres veces la posición

las comisiones militares tendrían "jurisdicción exclusiva" y "no tendrían el privilegio de buscar ningún recurso ni mantener ningún procedimiento, directa o indirectamente, en (i) cualquier tribunal de los Estados Unidos, o cualquier Estado de los mismos, (ii) cualquier tribunal de cualquier nación extranjera, o (iii) cualquier tribunal internacional". Orden del Tribunal, *nota supra* 47.

⁵⁷ Ver *Discurso del Presidente Bush sobre el terrorismo*, N.Y. TIMES, Sept. 6, 2006, http://www.nytimes.com/2006/09/06/washington/06bush_transcript.html?pagewanted=all.

⁵⁸ Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, Presuntas detenciones secretas y transferencias interestatales ilegales entre Estados miembros del Consejo de Europa, reporte inicial de 2006). Las entregas extraordinarias a la tortura parecen haber sido empleadas de manera más agresiva en los primeros años de la administración Bush, y hay muchos menos informes a partir de ese momento.

⁵⁹ Ver Risen & Lichtblau, *nota supra* 49

⁶⁰ Carta de Alberto R. Gonzales, Fiscal General, a Patrick Leahy, Presidente del Comité judicial del Senado, y Arlen Specter, Miembro minoritario del Comité judicial del Senado (Ene. 17, 2007), *disponible en* http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/politics/20060117gonzales_Letter.pdf (describiendo el fin del programa unilateral y la emisión de una orden judicial que autorice la vigilancia). Foreign Intelligence Surveillance Act, Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1782 (Codificado en su versión modificada en 50 U.S.C. §§ 1801-1862 (2006)).

⁶¹ Ver Protect America Act of 2007, Pub. L. No. 110-55, § 105B(g), 121 Stat. 552, 553-554 (2007).

del gobierno de que el control constitucional no estaba disponible⁶², incluso después de que el Congreso había intentado dos veces aislar esas detenciones del control constitucional⁶³. La Corte descartó la posición de la administración de que los Convenios de Ginebra no aplicaban a los detenidos de Al Qaeda, confirmando así que tenían derecho a un trato humano⁶⁴. La Corte refutó la posición de la administración de que podía sostener ciudadanos estadounidenses como "combatientes enemigos" sin una audiencia judicial y una oportunidad adecuada para defenderse⁶⁵. Y declaró ilegal el plan del presidente Bush para comisiones militares⁶⁶.

En cada caso en que la administración de Bush retuvo sus programas, lo hizo a regañadientes. De hecho, era tan renuente que a veces trataba de dar la impresión de que estaba cumpliendo con la ley, mientras seguía secretamente actuando sin ley. Así, después de que el Departamento de Justicia se retractara el 1 de agosto de 2002 de su "memorando de la tortura"⁶⁷, escribió en secreto una serie de memorandos adicionales que seguían dando a la CIA luz verde para emplear el "waterboarding" y otras tácticas inhumanas y coercitivas de interrogatorio⁶⁸, a pesar de que en la práctica, el "waterboarding" se realizó en sólo tres detenidos después del 11 de septiembre⁶⁹. Y aunque trasladó a los detenidos de las cárceles secretas de la CIA en Rumania, Polonia y otros lugares después de que la Corte Suprema dictaminó que la Convención de Ginebra protegía a los detenidos

⁶² *Boumediene*, 553 U.S. en 771; *Hamdan*, 548 U.S. en 576-77; *Rasul*, 542 U.S. en 473.

⁶³ *Rasul*, 542 U.S. en 473 (extendiendo el habeas jurisdicción legal a los prisioneros de Guantánamo) fue reemplazado por la Ley de Tratamiento de Detenidos del 2005, Pub. L. No. 109-148, § 1003, 119 Stat. 2680, 2739-40 (codificado en 42 U.S.C. § 2000dd (2006)), que pretendía derogar el habeas corpus de los detenidos de Guantánamo. *Hamdan*, 548 U.S. en 576-77, que interpretaba la Ley de Tratamiento de los Detenidos como no aplicable a los casos pendientes, fue sustituida por la Ley de Comisiones Militares de 2006, Pub. L. No. 109-336, 120 Stat. 2600 (2006), que derogó el habeas corpus para los detenidos de Guantánamo para todos los casos.

⁶⁴ *Hamdan*, 548 U.S. en 628-35.

⁶⁵ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 532-33, (2007). *Hamdan*, 548 U.S. en 631-35.

⁶⁶ *Hamdan*, 548 U.S. en 631-35.

⁶⁷ Ver Ago. 1, 2002 Torture Memo *nota supra* 51.

⁶⁸ David Cole, *The Torture Memos: The Case Against the Lawyers*, N.Y. REV. OF BOOKS (Oct. 8, 2009), *disponible en* <http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/oct/08/the-torture-memos-the-case-against-the-lawyers/>.

⁶⁹ Ver también Randall Mikkelsen, *CIA Says [it] Used Waterboarding on Three Suspects*, REUTERS.COM (Feb. 5, 2008), *disponible en* <http://www.reuters.com/article/2008/02/05/us-security-usa-waterboarding-idUSN0517815120080205>.

de Al Qaeda⁷⁰, dejó las prisiones abiertas para un posible uso futuro⁷¹. Nunca abandonó formalmente el programa de "entregas extraordinarias", aún cuando los informes de tales entregas se hicieron cada vez menos frecuentes⁷². Sin embargo, en el segundo período del gobierno de Bush, las políticas y prácticas antiterroristas de Estados Unidos habían retrocedido sustancialmente desde sus orígenes inmediatos después del 11 de septiembre.

En su campaña presidencial, Barack Obama atacó vigorosamente los métodos ilegales del gobierno de Bush y prometió una reforma significativa⁷³. No se sentía restringido por la política del miedo para evitar estas cuestiones, o para hacer eco de la belicosidad del presidente Bush. Inmediatamente después de asumir el cargo, el presidente Obama cerró las cárceles secretas de la CIA, prohibió el uso de "técnicas de interrogatorio mejoradas" y prometió cerrar Guantánamo dentro de un año⁷⁴. El presidente Obama publicó varios memorandos secretos del Departamento de Justicia que habían autorizado la tortura y el trato cruel con el fin de, en palabras del propio Presidente, "asegurar que las acciones descritas en ellos nunca vuelvan ocurrir"⁷⁵. En mayo de 2009 pronunció un importante

⁷⁰ *Hamdan*, 548 U.S. en628-35. ⁷¹. Ver MAYER, *nota supra* 44. ⁷². David Johnston, *U.S. Says Rendition to Continue, But With More Oversight*, N.Y. TIMES, Ago. 23, 2009, <http://www.nytimes.com/2009/08/25/us/politics/25rendition.html>. ⁷³. ver, e.g., Kate Zernicke, *McCain and Obama Split on Justices' Guantánamo Ruling*, N.Y. TIMES, Junio 13, 2008, http://www.nytimes.com/2008/06/13/us/politics/13candidates.html?_r=3&ref=politics&oref=slogin.

⁷¹ Ver MAYER, *nota supra* 44

⁷² David Johnston, *U.S. Says Rendition to Continue, But With More Oversight*, N.Y. TIMES, Ago. 23, 2009, <http://www.nytimes.com/2009/08/25/us/politics/25rendition.html>.

⁷³ . ver, e.g., Kate Zernicke, *McCain and Obama Split on Justices' Guantánamo Ruling*, N.Y. TIMES, Junio 13, 2008, http://www.nytimes.com/2008/06/13/us/politics/13candidates.html?_r=3&ref=politics&oref=slogin.

⁷⁴ Ver Scott Shane, *Obama Orders Secret Prisons and Detention Camps Closed*, N.Y. TIMES, Jan. 22, 2009, disponible en <http://www.nytimes.com/2009/01/23/us/politics/23GITMOCND.html?pagewanted=all>. Esta promesa ha sido frustrada por la oposición del Congreso a trasladar a los detenidos de Guantánamo a los Estados Unidos. Ver Remarks by John Brennan en Brennan Center Symposium, Mar. 18, 2011, disponible en http://www.brennancenter.org/content/resource/remarks_by_john_brennan_at_brennan_center_symposium/.

⁷⁵ Comunicado de prensa, La Casa Blanca, declaraciones del Presidente Barack Obama sobre la liberación de los memorando de OLC (Abr. 16, 2009), disponible en

discurso sobre la importancia de combatir el terrorismo bajo el Estado de derecho, insistiendo en que "una y otra vez, nuestros valores han sido nuestro mejor recurso de seguridad nacional"⁷⁶.

El Presidente Obama renunció expresamente a la teoría de su predecesor de que el Comandante en Jefe tenía un poder unilateral para violar la ley y en cambio sostuvo que su autoridad estaba limitada por el alcance de la Autorización para el Uso de la Fuerza Militar del Congreso, la cual había sido promulgada poco después de los ataques del 11 de septiembre⁷⁷. Y cuando, en 2010, un panel de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito de D.C decidió que la autoridad del Presidente para detener no se regía por las leyes de la guerra⁷⁸, el gobierno Obama tomó la extraordinaria decisión de argumentar que el tribunal le había concedido demasiado poder⁷⁹. Dijo a la corte que la autoridad del Presidente está efectivamente restringida por las leyes de la guerra⁸⁰. La sala plena del tribunal entonces señaló expresamente que el razonamiento previo era una decisión no vinculante, innecesaria para el resultado⁸¹.

Existen todavía muchos motivos de preocupación, por supuesto. Estados Unidos tiene una política secreta ampliamente utilizada de asesinatos selectivos, que fue utilizada para matar a un ciudadano estadounidense en Yemen, lejos del campo de batalla en Afganistán, sin tener evidencia de que estuviera involucrado en algún ataque inminente contra Estados Unidos⁸².

http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Statement-of-President-Barack-Obama-on-Release-of-OLC-Memos

⁷⁶ Comunicado de prensa, Casa Blanca, Observaciones del Presidente sobre seguridad nacional. (Mayo 21, 2009), *disponible en* http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09.

⁷⁷ Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001) (codificado en 50 U.S.C. § 1541 (2006)).

⁷⁸ Al-Bihani v. Obama, 590 F.3d 866, 871 (D.C. Cir. 2010).

⁷⁹ Brief of Respondent-Appellee en 1-2, Al-Bihani v. Obama, 590 F.3d 866 (D.C. Cir. 2010), *disponible en* <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/05/US-response-re-rehear-Al-Bihani-5-13-10.pdf>

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ Al-Bihani v. Obama, *reelección negada*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010) (Negando la nueva audiencia, pero dejando claro que la discusión del panel de opinión de derecho internacional era dicta).

⁸² *Ver, e.g.*, David Cole, *Killing Our Citizens Without Trial*, N.Y. REV. OF BOOKS, (Nov. 24, 2011), *disponible en* <http://www.nybooks.com/articles/archives/2011/nov/24/killing-our-citizens-without-trial/?pagination=false>; Mark Mazzetti, Eric Schmitt, & Robert F. Worth, *Two-Year Manhunt Led to Killing of Awlaki in Yemen*, N.Y. TIMES, Sept. 30, 2011, <http://www.nytimes.com/2011/10/01/world/middleeast/anwar-al-awlaki-is-killed-in-yemen.html?pagewanted=all>; Greg Miller, *Under Obama, an emergency apparatus*

El gobierno Obama ha mantenido en gran medida la postura del gobierno anterior sobre el privilegio de los "secretos de Estado", utilizando dicho privilegio no sólo para evitar que los secretos sean divulgados, sino para bloquear completamente las demandas que buscan hacer responsables a funcionarios del gobierno y sus colaboradores por tortura y otras conductas criminales⁸³. La administración defendió una lectura amplia del estatuto de "apoyo material", asumiendo que se considera delito incluso presentar un amicus en el Tribunal Supremo en nombre de un grupo etiquetado como "terrorista"⁸⁴. Se opuso a la extensión de la revisión del habeas corpus a los detenidos en la Base Aérea de Bagram en Afganistán, incluyendo a aquellos que habían sido capturados en otros países lejos del campo de batalla y llevados a Bagram en vez de Guantánamo⁸⁵. Y el gobierno Obama se opuso a todos los esfuerzos para hacer que altos funcionarios estadounidenses rindieran cuentas sobre crímenes de guerra autorizados en la "guerra contra el terror"⁸⁶. No obstante, no hay duda de que la política antiterrorista estadounidense hoy en día es significativamente más consistente con el derecho constitucional e internacional que en los primeros dos años después de los ataques del 11 de septiembre.

Estos acontecimientos históricos sugieren que los valores del constitucionalismo y la legalidad resultaron más tenaces de lo que muchos cínicos y "realistas" habrían predicho, y seguramente más de lo que muchos en la administración Bush imaginaron. La nación más poderosa del mundo se vio obligada a reducir sustancialmente cada uno de sus proyectos ilegales. Si bien en la mayoría de los casos las reformas eran parciales, y si

for drone killing, WASH. POST, Dec. 28, 2011, http://www.washingtonpost.com/national/national-security/under-obama-an-emerging-global-apparatus-for-drone-killing/2011/12/13/gIqANPdILP_story.html.

⁸³ Ryan Deveraux, *Is Obama's Use of State Secrets Privilege the New Normal?*, THE NATION (Sept. 29, 2010), *disponible en* <http://www.thenation.com/article/155080/obamas-use-state-secrets-privilege-new-normal>

⁸⁴ Transcripción del argumento oral en 47, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705 (2010), *disponible en* http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/08-1498.pdf (citando a la fiscal general Elena Kagan).

⁸⁵ Owen Fiss, *A Predicament of His Own Making*, BOSTON REV. (2011), *disponible en* http://www.bostonreview.net/BR36.3/owen_fiss_Guantanamo_bay_military_tribunals.php.

⁸⁶ *United States: Investigate Bush, Other Top Officials for Torture*, HUMAN RIGHTS WATCH (Jul. 22, 2011), *disponible en* <http://www.hrw.org/news/2011/07/11/united-states-investigate-bush-other-top-officials-torture>

bien queda trabajo por hacer, es importante no perder de vista el hecho de que en realidad las reformas se adoptaron con respecto a prácticamente todas estas medidas.

Como se ha señalado anteriormente, para los propósitos de mi argumento, basta con convencerse de que efectivamente se han puesto en práctica restricciones, que esas restricciones no pueden atribuirse al sistema formal de pesos y contrapesos o a una presión política mayoritaria, y que dichas restricciones no eran meras fachadas (una acusación que abordo a continuación)⁸⁷. En la siguiente sección, me centro en la consideración de los mecanismos por mediante los cuales se lograron estas reformas.

III. Pesos, contrapesos y la sociedad civil

¿Qué llevó a Estados Unidos a restringir tantas de sus políticas antiterroristas legalmente dudosas en la primera década después del 11 de septiembre? Los redactores de la Constitución crearon un gobierno dividido para limitar la imposición de cualquier rama sobre otra y establecieron un control constitucional para asegurar que tendríamos un gobierno "de leyes, no de hombres"⁸⁸. En tiempos ordinarios, esa estructura de pesos y contrapesos funciona razonablemente bien. Pero en tiempos de crisis, se ha demostrado repetidamente inadecuado. En la Primera Guerra Mundial, el Congreso tipificó como delito el simple hecho de hablar en contra de la guerra, el ejecutivo procesó a cientos de personas por hacerlo y la Corte Suprema confirmó las sentencias⁸⁹. Durante la Segunda Guerra Mundial, el gobierno de Franklin D. Roosevelt internó a más de 110.000 personas de ascendencia japonesa, el Congreso no hizo nada para desafiarlo, y la Corte Suprema confirmó la política de internamiento como constitucional, a pesar de reconocer que discriminaba con base en la raza⁹⁰. Y en la era McCarthy, el Congreso y el gobierno de Truman impusieron la culpa por asociación a los "simpatizantes" comunistas, y la Corte Suprema no hizo nada para contenerlos hasta que el Senado censuró a McCarthy, y cuando él y sus aliados habían perdido el poder y la influencia pública⁹¹. En cada crisis, las

⁸⁷ Ver *notas infra* 252-265 y texto acompañante.

⁸⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 163 (1803).

⁸⁹ Ver, e.g., *Debs v. United States*, 249 U.S. 211, 216-17 (1919); ver GEOFFREY STONE, IN PERILOUS TIMES: FREE SPEECH IN WARTIME FROM THE SEDITION ACT OF 1798 TO THE WAR ON TERRORISM 135-204 (2004).

⁹⁰ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 223 (1944); DAVID COLE, ENEMY ALIENS: DOUBLE STANDARDS AND CONSTITUTIONAL FREEDOMS IN THE WAR ON TERRORISM 88-104 (2003).

⁹¹ Ver STONE, *nota supra* 89, en 311-426; COLE, ENEMY ALIENS, *nota supra* 90 en 129.

ramas políticas eran más propensas a incitarse a más excesos que a imponer límites, y la Corte Suprema afirmó expresamente lo que sucedía o miraba hacia otro lado.⁹²

Los académicos se han preocupado durante mucho tiempo por esta dinámica, expresando su preocupación de que si la rama judicial y la legislativa no imponen controles a la ejecutiva en períodos de crisis, no habrá límite al exceso y abuso del ejecutivo⁹³. Sin embargo, en la primera década posterior al 11 de septiembre el exceso del poder ejecutivo ejecutiva fue de hecho limitado y controlado en gran parte por fuerzas ajenas a la separación de poderes. Los grupos de la sociedad civil, que utilizan demandas legales como puntos focales para su trabajo, parecen haber desempeñado un papel importante en la historia.

A. El rol de la sociedad civil

La gran mayoría de las reformas introducidas por el ejecutivo no fueron ordenadas por un tribunal ni impuestas por la ley. Ningún detenido ha sido puesto en libertad por orden de un tribunal contra la voluntad del ejecutivo, pero más de 600 de las 779 personas detenidas en Guantánamo han sido liberadas⁹⁴. Ni el Congreso ni ningún tribunal ordenó audiencias administrativas o acceso a abogados para los detenidos de Guantánamo, sin embargo todos los detenidos tienen ahora esos derechos. Ni el Congreso ni ningún tribunal ordenó que se concediera al Comité Internacional de la Cruz Roja el acceso a los detenidos en el conflicto con Al Qaeda, sin embargo hoy en día ese acceso se otorga rutinariamente. Ni el Congreso ni ninguna corte ordenó el fin de las "técnicas de interrogatorio mejoradas", pero el Presidente Obama prohibió estas técnicas⁹⁵, y rescindió y divulgó memorandos secretos del Departamento de Justicia que habían violado la ley para dar luz verde a tales métodos⁹⁶. Ni el Congreso ni ninguna corte rechazó el argumento esgrimido por el Presidente Bush sobre su autoridad ilimitada como Comandante en Jefe en virtud del Artículo II de la

⁹² Ver STONE, *nota supra* 89.

⁹³ Ver., CLINTON L. ROSSITER, *CONSTITUTIONAL DICTATORSHIP: CRISIS GOVERNMENT IN MODERN DEMOCRACIES* (1948); ARTHUR M. SCHLESINGER, JR., *THE IMPERIAL PRESIDENCY* (1973).

⁹⁴ Charlie Savage & Matthew Rosenberg, *Republican Report Criticizes Transfers From Guantánamo*, N.Y. TIMES, Feb. 9, 2012, en A10.

⁹⁵ Mark Mazzetti, *Obama Issues Directive to Shut Down Guantánamo*, N.Y. TIMES, Jan. 22, 2009, <http://www.nytimes.com/2009/01/22/us/politics/22gitmo.html?pagewanted=all>

⁹⁶ Ewen MacAskill, *Barack Obama Releases Bush administration Torture Memos*, THE GUARDIAN (Abr. 16, 2009), *disponible en* <http://www.guardian.co.uk/world/2009/apr/16/torture-memos-bush-administration>.

Constitución, pero el Presidente Obama lo abandonó⁹⁷. Ni el Congreso ni ninguna corte ordenó la suspensión del programa de espionaje de la NSA, pero el presidente Bush lo suspendió en el 2007, procediendo en cambio con un programa aprobado por un tribunal de la FISA⁹⁸. Ni el Congreso ni ninguna corte cuestionó la detención preventiva generalizada de inmigrantes musulmanes y árabes en los Estados Unidos en los primeros años después del 11 de septiembre, pero esa práctica fue ampliamente condenada y no ha sido repetida⁹⁹.

Ni el Congreso ni ningún tribunal ha expresado su opinión sobre la legalidad del programa de "entregas extraordinarias", pero no se han reportado entregas de tortura en años¹⁰⁰. Ni el Congreso ni ningún tribunal lo exigió, pero los "sitios negros" de la CIA están ahora cerrados¹⁰¹. Y ni el Congreso ni ninguna corte ordenó el cese de "registro especial" —un programa nacional de elaboración de perfiles étnicos y religiosos que selectivamente exigía que a los ciudadanos extranjeros de países predominantemente árabes y musulmanes se les tomaran las huellas digitales y que fueran fotografiados y entrevistados¹⁰² — pero en abril del 2011, después de muchas críticas de grupos de libertades civiles, el gobierno clausuró el programa¹⁰³. Aunque algunas de las reformas son atribuibles al Presidente Obama, muchas fueron emprendidas por el Presidente Bush.

⁹⁷ David Cole, *Breaking Away: Obama's war on terror is not "Bush Lite,"* THE NEW REPUBLIC (Dec. 8, 2010), *disponible en* <http://www.tnr.com/article/magazine/politics/79752/breaking-away-obama-bush-aclu-Guantánamo-war-on-terror>.

⁹⁸ Ver Carta de Alberto R. Gonzales, *nota supra* 60

⁹⁹ OFFICE OF INSPECTOR GEN., U.S. DEPT OF JUST., THE SEPTEMBER 11 DETAINEES: A REVIEW OF THE TREATMENT OF ALIENS HELD ON IMMIGRATION CHARGES IN CONNECTION WITH THE INVESTIGATION OF THE SEPTEMBER 11 ATTACKS 21 (2003), *disponible en* <http://www.justice.gov/oig/special/0306/full.pdf>.

¹⁰⁰ Ver Michael John Garcia, *Renditions: Constraints Imposed by Laws on Torture*, CRS Report for Congress, en 7 (Sept. 8, 2009), *disponible en* <http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL32890.pdf>.

¹⁰¹ Reed Brody, *Getting Away with Torture*, HUMAN RIGHTS WATCH 2 (2011), *disponible en* <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us0711webwcover.pdf>.

¹⁰² COLE, ENEMY ALIENS, *nota supra* 90, en 50; Removing Designated Countries From the National Security Entry-Exit Registration System, 76 Fed. Reg. 23830 (Abr. 28, 2011).

¹⁰³ Ver Carta de Margo Schlanger, Oficial de Derechos Civiles y Libertades Civiles, Departamento de Seguridad Nacional, a colegas (Abr. 27, 2011), *disponible en* <http://www.ilw.com/immigrationdaily/news/2011,0428-schlanger.pdf>.

Si la mayoría de estas reformas no eran atribuibles ni a la aplicación judicial ni a los mandatos del Congreso, ¿cuáles fueron las fuerzas que las motivaron? La respuesta debe encontrarse fuera de las instituciones formales de gobierno, en la sociedad civil —las acciones políticas poco coordinadas de individuos y grupos interesados, aquí y en el extranjero. Después del 11 de septiembre, muchas organizaciones asumieron la responsabilidad de defender la libertad, los derechos humanos y el Estado de derecho, entre ellos la Unión Americana de Libertades Civiles, el Centro de Derechos Constitucionales, Human Rights First, Human Rights Watch, el Consejo en Relaciones Islámico-Estadounidense, el Comité de Defensa de la Carta de Derechos, el Proyecto de Constitución, el Consejo de Asuntos Públicos Musulmanes y el Comité Antidiscriminatorio Árabe Estadounidense¹⁰⁴. Estas organizaciones están todas, de una manera u otra, dedicadas a la protección de los derechos constitucionales y de los derechos humanos. Consisten en ciudadanos y no ciudadanos, abogados y no profesionales que se unen por un compromiso común con los valores del Estado de derecho, y buscan promover esos valores tanto política como legalmente —fomentando la educación pública, haciendo lobby con el Congreso y el ejecutivo, interponiendo demandas, redactando informes y organizando campañas de base.

El Centro de Derechos Constitucionales interpuso la primera demanda de revisión del hábeas corpus en Guantánamo y coordinó una red nacional de abogados voluntarios que representaban a los peticionarios de habeas corpus de Guantánamo¹⁰⁵. La ACLU interpuso importantes demandas contra la reserva de información y los excesos del gobierno, y logró, a través de la ley de Libertad de Información, desenvolver muchos detalles sobre el programa ilegal de interrogación del gobierno¹⁰⁶. Tanto la ACLU como el Centro de Derechos Constitucionales interpusieron acciones judiciales y se involucraron en la defensa pública en favor de las víctimas de la tortura y cuestionaron el programa de intervención telefónica de la NSA¹⁰⁷. Human

¹⁰⁴ Ver C. Raj Kumar, *Moving Beyond Constitutionalism and Judicial Protection of Human Rights*, 26 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 281, 282 (2003).

¹⁰⁵ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); ver *Illegal Detentions and Guantánamo*, CTR. FOR CONST. RIGHTS, <http://ccrjustice.org/illegal-detentions-and-guantanamo> (visitado el 30 de junio, 2012).

¹⁰⁶ *Accountability for Torture: Restore the Rule of Law*, ACLU, disponible en <http://www.aclu.org/accountability/> (visitado el 31 de julio, 2012); ACLU, *The Torture Report*, disponible en <http://www.thetorturereport.org/> (visitado el July 31, 2012).

¹⁰⁷ *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2d Cir. 2009), *cert. denegado*, 130 S. Ct. 3409 (2010); *Mohammed v. Jeppeson Dataplan, Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010), *cert. denegado*, 141 S. Ct. 2442 (2011); *ACLU v. NSA*, 493 F.3d 644 (6th Cir. 2007); *In re NSA Telecomms. Records Litig.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 13304 (N.D. Cal. Feb.

Rights Watch y Human Rights First escribieron importantes informes sobre la detención, la tortura y Guantánamo¹⁰⁸. El Comité de Defensa de la Carta de Derechos lanzó una campaña de varios años que instó a los pueblos, a las ciudades y eventualmente a los estados a promulgar resoluciones condenando los abusos de las libertades civiles de la administración Bush¹⁰⁹. La campaña logró que la mayoría de las ciudades más grandes de la nación, cientos de pequeños y medianos pueblos, y varios estados aprobaran más de 400 resoluciones¹¹⁰. Estos esfuerzos no son sino un pequeño subconjunto del amplio número de actividades llevadas a cabo por la sociedad civil, tanto dentro del país como por fuera, que ayudaron a situar la atención pública sobre las iniciativas más cuestionables de la administración Bush, y a retratar dichas iniciativas como contrarias a los derechos constitucionales y humanos.

Después del 11 de septiembre, el Presidente, el Congreso, los tribunales y el público en general fueron impulsados a hacer énfasis en la seguridad sobre todos los demás valores. Sin embargo, las organizaciones de la sociedad civil abogaron activamente por el cumplimiento de los derechos constitucionales y humanos. Y en cierto sentido, fueron recompensados por hacerlo. Muchas organizaciones vieron crecer su número de miembros y el apoyo financiero a raíz del 11 de septiembre, a pesar de (o debido a) que sus demandas estaban en tensión con las de la mayoría¹¹¹. Cuando los mecanismos formales de la división de poderes eran los menos propensos a revisar las iniciativas del ejecutivo, estas organizaciones estaban en cierta medida en su momento más fuerte. Estaban situados exclusivamente para

11, 2009); *CCR Warrantless Wiretapping Case Dismissed By Federal Judge*, CTR. FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS, Feb. 1, 2011, *disponible en* <http://ccrjustice.org/newsroom/press-releases/ccr-warrantless-wiretapping-case-dismissed-federal-judge>.

¹⁰⁸ Ver, e.g., Human Rights Watch, *Getting Away With Torture: Command Responsibility for U.S. Abuse of Detainees* (2005), *disponible en* <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us0405.pdf>. *Presumption of Guilt*, nota supra 3; *The Case to Close Guantánamo*, HUMAN RIGHTS FIRST, <http://www.humanrightsfirst.org/our-work/law-and-security/closegitmo/about/> (visitado el 30 de junio, 2012).

¹⁰⁹ Ver David Cole, *Uncle Sam Is Watching You*, N.Y. REV. OF BOOKS, Nov. 18, 2004 (discutiendo la campaña del Comité de Defensa de la Carta de Derechos).

¹¹⁰ *Resolutions Passed and Efforts Underway, By State*, BILL OF RIGHTS DEFENSE COMMITTEE, <http://www.bordc.org/list.php> (visitado el 30 de junio, 2012).

¹¹¹ Ver, e.g., Jim Drinkard, *ACLU membership surges in post-9/11 world*, USA TODAY (Oct. 12, 2002), http://www.usatoday.com/news/nation/2002-12-10-aclu-usat_x.htm.

proporcionar una influencia de control dentro de la cultura política estadounidense.

Los miembros de la sociedad civil críticos del gobierno también incluían prestigiosas firmas de abogados, especialmente la Asociación Americana de Abogados, que adoptaron resoluciones sobre tortura, Guantánamo, las comisiones militares y el privilegio de los "secretos de Estado", y presentaron amicus en los casos de Guantánamo ante la Corte Suprema¹¹². Además, la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York publicó múltiples informes sobre las entregas¹¹³, interrogatorios¹¹⁴, y comisiones militares¹¹⁵.

La Comisión Internacional de Juristas convocó a un panel internacional conformado por eminentes juristas, el cual publicó un importante informe sobre la preservación de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo y el cual fue bastante crítico con el enfoque de los Estados Unidos¹¹⁶. Human Rights First reclutó a generales jubilados para oponerse a las decisiones del gobierno Bush de negar a los detenidos las protecciones de los Convenios de Ginebra y la Convención contra la Tortura. Los generales emitieron declaraciones, firmaron cartas conjuntas y se reunieron con miembros del Congreso y la rama ejecutiva. Su intervención ayudó a que el Congreso superar la fuerte oposición de la Casa Blanca y reafirmó que la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes se aplicaba a todas las personas detenidas por Estados Unidos, sin

¹¹² Ver Neal Sonnett, *Ten Years Later: The ABA Response to 9/11, Human Rights*, 38 A.B.A. HUMAN RIGHTS (2010-11) (enumera resoluciones de ABA y resúmenes de amicus).

¹¹³ ASS'N OF THE BAR OF THE CITY OF N.Y., TORTURE BY PROXY: INTERNATIONAL AND DOMESTIC LAW APPLICABLE TO "EXTRAORDINARY RENDITIONS" (2004), *disponible en* <http://www.chrgj.org/docs/TortureByProxy.pdf>

¹¹⁴ ASS'N OF THE BAR OF THE CITY OF N.Y., COMM. ON INT'L HUMAN RIGHTS, COMM. ON MILITARY AFFAIRS AND JUST., HUMAN RIGHTS STANDARDS APPLICABLE TO THE UNITED STATES' INTERROGATION OF DETAINEES, <http://www.abcny.org/pdf/HUMANRIGHTS.pdf> (visitado el 30 de junio, 2012).

¹¹⁵ Ver, e.g., ASS'N OF THE BAR OF THE CITY OF N.Y., COMM. ON MILITARY AFFAIRS AND JUST., INTER ARMA SILENT LEGES: SHOULD THE LAWS BE SILENT?, *disponible en* http://www.abcny.org/pdf/report/should_the_laws.pdf (visitado el 30 de junio, 2012).

¹¹⁶ INT'L COMM. OF JURISTS, ASSESSING DAMAGE, URGING ACTION (2009), *disponible en* <http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/icj/icj-2009-ejp-report.pdf>

importar su nacionalidad o dónde se detenían¹¹⁷. Muchos defensores individuales de la libertad también hablaron, entre ellos Lord Steyn, un ex Lord del derecho británico que famosamente etiquetó a Guantánamo como un "agujero negro legal"¹¹⁸, 175 miembros del Parlamento británico que firmaron un amicus en nombre de los detenidos de Guantánamo en el primer caso que llegó a la Corte Suprema¹¹⁹ al respecto, y los miembros del Congreso, especialmente los senadores Patrick Leahy, Richard Durbin, Russell Feingold y Bernie Sanders, y los representantes John Conyers Jr., Jerrold Nadler y Keith Ellison¹²⁰. Estos individuos replicaron la insistencia de la sociedad civil de que el Estado de derecho no debe ser abandonado en búsqueda de la seguridad¹²¹.

Los medios de comunicación, una parte especialmente influyente de la sociedad civil y, a menudo, un aliado de los grupos constitucionales y de derechos humanos, también desempeñaron un papel importante. Los medios de comunicación fueron quienes publicaron el memorándum filtrado de la Oficina de Asesoría Jurídica que autorizaba el waterboarding y otras tácticas ilegales¹²² junto con la existencia de cárceles secretas de la CIA¹²³, contaron las historias de entregas y detenciones abusivas¹²⁴, difundieron las fotografías de Abu Ghraib y revelaron la existencia de un programa masivo —y posiblemente criminal— de intervenciones telefónicas ilegales operado por la Agencia Nacional de Seguridad bajo las ordenes del

¹¹⁷ Ver, e.g., Deborah Pearlstein, *Finding Effective Constraints on Executive Power: Interrogation, Detention, and Torture*, 81 IND. L.J. 1255, 1279-87 (2006) (detallando los esfuerzos de Human Rights First y militares jubilados de alto rango en temas de política de tortura).

¹¹⁸ Johan Steyn, *Guantánamo Bay: The Legal Black Hole, Twenty-Seventh FA Mann Lecture at the British Inst. Of Int'l and Comparative Law* (2003), disponible en <http://www.statewatch.org/news/2003/nov/Guantánamo/pdf>.

¹¹⁹ Informe de 175 miembros de ambas cámaras del Parlamento de la República de Gran Bretaña e Irlanda del Norte como Amici Curiae en apoyo al peticionario, *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) (Nos. 03-343, 03-334), disponible en <http://Guantánamobile.org/pdfirish/pdf>.

¹²⁰ Ver, e.g., 147 Cong. Rec. S10989, S10990-991 (daily ed. Oct. 25, 2001) (declaración del senador Patrick Leahy), disponible en http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getpage.cgi?position=all&page=S10990&dbname=2001_record.

¹²¹ Id.

¹²² Dana Priest & R. Jeffrey Smith, *Memo Offered Justification for Use of Torture*, WASH. POST, Junio 8, 2004, en A1.

¹²³ Dana Priest, *CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons*, WASH. POST, Nov. 2, 2005, en A1.

¹²⁴ Reed Brody, *Getting Away with Torture*, HUMAN RIGHTS WATCH 2 (2011), disponible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us0711webwcover.pdf>.

presidente Bush ¹²⁵. Adicionalmente, la prensa escribió y publicó innumerables editoriales que cuestionaban las iniciativas del presidente Bush sobre la detención, el interrogatorio, el perfilamiento étnico, la vigilancia y otras políticas de lucha contra el terrorismo.

Quizás impulsados por la sociedad civil, abogados y funcionarios dentro del gobierno también se resistieron al abuso del gobierno. El consejero general de la Marina, Alberto Mora, intervino personalmente para presionar al secretario de Defensa Donald Rumsfeld para que rescindiera una orden que autorizaba tácticas de interrogatorio cruel y degradante en Guantánamo¹²⁶. Joseph Darby, un reservista del ejército en Irak, ayudó a que el mundo se fijara en la tortura y otros crímenes de guerra llevados a cabo en Abu Ghraib al entregar un CD con fotografías de abusos en la prisión de Abu Ghraib al Comando de Investigación Criminal del Ejército¹²⁷. El coronel Morris Davis, Abogado de la Fuerza Aérea, renunció en 2008 a su cargo de Fiscal Jefe del sistema de comisiones militares de Guantánamo en protesta contra los planes de basarse en pruebas obtenidas mediante testimonios coercitivos ¹²⁸. Otros corrieron el riesgo de ser procesados al filtrar información secreta sobre programas que violaban el derecho penal, incluyendo las "técnicas de interrogatorio mejoradas" de la CIA y el programa de intervenciones telefónicas sin orden judicial de la NSA¹²⁹. En cada caso, lo que llevó a estos funcionarios a hablar era, en el fondo, el respeto a la libertad, la dignidad humana y el Estado de derecho que las mismas organizaciones de la sociedad civil defendían vigorosamente.

En ausencia de vías formales efectivas para ejercer control al interior del país, los grupos de la sociedad civil usualmente operaban a nivel transnacional para ejercer presión sobre los Estados Unidos. Las organizaciones domésticas desempeñaron un papel de liderazgo, sin duda; pero quizás más que en cualquier otra crisis anterior, la presión

¹²⁵ James Risen & Eric Lichtblau, *Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts*, N.Y. TIMES, Dec. 16, 2005, en A1.

¹²⁶ Ver Jane Mayer, *The Memo*, NEW YORKER (Feb. 22, 2006), disponible en http://www.newyorker.com/archive/2006/02/27/060227fa_fact.

¹²⁷ Ver Jameel Jaffer & Larry Siems, *Honoring Those Who Said No*, N.Y. TIMES, Abr. 27, 2011, disponible en <http://www.nytimes.com/2011/04/28/opinion/28jaffer.html>.

¹²⁸ William Glaberson, *Former Prosecutor to Testify for Detainee*, N.Y. TIMES, Feb. 28, 2008, disponible en <http://www.nytimes.com/2008/02/28/us/28gitmo.html?pagewanted=all>

¹²⁹ Mark Memmot, *Justice Drops Probe of Leaker Who Exposed Bush-Era Wiretapping*, NPR, Abr. 26, 2011, <http://www.npr.org/blogs/thetwo-way/2011/04/26/135735752/report-justice-drops-probe-of-leaker-who-exposed-bush-era-wiretapping>.

internacional tuvo un papel clave. El internet y la globalización han hecho infinitamente más fácil que las instituciones de la sociedad civil compartan información y colaboren a través de las fronteras nacionales. Por ejemplo, un informe de Human Rights First sobre el tratamiento de los detenidos después del 11 de septiembre es accesible en su página web desde cualquier parte del mundo¹³⁰. Dado que la mayoría de las víctimas de las extralimitaciones del gobierno estadounidense eran ciudadanos de otros países —Guantánamo, por ejemplo, albergaba prisioneros de cuarenta y dos naciones diferentes¹³¹— los recursos domésticos eran a menudo inútiles. Pero de la misma manera, los países de los que venían las víctimas estaban, usualmente, muy interesados en la difícil situación de sus ciudadanos en manos de Estados Unidos. En vista de la necesidad, las tácticas de los grupos constitucionales y de derechos humanos comenzaron a fusionarse. Las organizaciones de la sociedad civil acostumbradas a recurrir a los recursos internos del "derecho duro" se vieron obligadas a buscar apoyo en otro lugar. Las organizaciones de derechos constitucionales tuvieron que adoptar las tácticas de "humillación" internacional de los grupos de derechos humanos que estaban acostumbrados a operar con instrumentos de "derecho suave". Una organización de la sociedad civil inicialmente creada para representar a los detenidos en Guantánamo, Reprieve, situó su sede en Londres porque descubrió que la presión internacional era más efectiva en la liberación de prisioneros que las vías formales del sistema jurídico americano¹³². Reprieve representó a más de cincuenta prisioneros de Guantánamo, de los cuales todos menos quince han sido liberados¹³³, mientras que la liberación de solo un prisionero fue ordenada por un tribunal federal¹³⁴.

Usualmente, las historias de violaciones de derechos atraían más atención en el país de origen de la víctima que en los Estados Unidos. Consideremos, por ejemplo, a Maher Arar, un ciudadano canadiense que Estados Unidos detuvo en el aeropuerto JFK de Nueva York cuando estaba haciendo una conexión en su camino a Canadá, y fue reenviado a la fuerza a Siria en un avión federal, donde fue torturado y encerrado en una celda subterránea

¹³⁰ Ver Human Rights Watch, *Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees* (Ago. 2002).

¹³¹ Scott Michaelson & Scot Cutler Shershow, *The Guantánamo "Black Hole": The Law of War and the Sovereign Exception*, DERECHOS (2004), disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/excep/merip1.html>.

¹³² Ver REPRIEVE, <http://www.reprieve.org.uk/> (visitado el 30 de junio, 2012).

¹³³ Emily Bolton, *Reprieve Turns Ten*, REPRIEVE (Jan. 1, 2009), disponible en <http://www.reprieve.org.uk/blog/reprieveturnsten/>.

¹³⁴ Id.

del tamaño de un ataúd por casi un año¹³⁵. Arar es un nombre muy conocido en Canadá¹³⁶. Su regreso a Canadá desencadenó una comisión de investigación de alto nivel, que resultó en una exoneración total¹³⁷. El parlamento canadiense le pidió formalmente disculpas y le pagó diez millones de dólares canadienses por los perjuicios causados, a pesar de que fue Estados Unidos, y no Canadá, quien decidió enviar a Arar a Siria¹³⁸. En 2004, la revista *Time* (Canadá) nombró a Arar como Persona del Año¹³⁹. En cambio, en los Estados Unidos, el gobierno logró hacer todo lo posible para esquivar una demanda interpuesta por Arar en contra de los funcionarios federales que lo enviaron a ser torturado y es muy probable que pocas personas reconozcan su nombre¹⁴⁰.

Las preocupaciones internacionales generadas por los informes de dichos abusos llegaron hasta Estados Unidos. Muchas naciones presionaron a Estados Unidos para que liberara a sus nacionales de Guantánamo¹⁴¹. El carácter global de la amenaza terrorista exigía que Estados Unidos obtuviera la asistencia y cooperación de los servicios de inteligencia y de los organismos de seguridad de otras naciones¹⁴², y esa necesidad requirió que Estados Unidos fuera más sensible a la crítica internacional de lo que pudo haber sido. Al mismo tiempo, la atención internacional a los abusos de Estados Unidos, especialmente en Abu Ghraib y Guantánamo, fue de gran

¹³⁵ *Maher Arar*, N.Y. TIMES, http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/people/a/maher_arar/index.html (visitado el 30 de junio, 2012).

¹³⁶ Kendell R. Giberson, *How Canada Goes to Bat For Its Citizens*, CULTURE MAGAZINE (Mar. 11, 2009), *disponible en* http://culturemagazine.ca/politics/how_canada_goes_to_bat_for_its_citizens.html.

¹³⁷ *Harper's Apology Means the World: Arar*, CBC NEWS CANADA, <http://www.cbc.ca/news/canada/story/2007/01/26/harper-apology.html> (last updated Jan. 26, 2007).

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Time Mag Names Maher Arar Top Newsmaker of 2004*, CTV NEWS (Dec. 20, 2004), http://www.ctv.ca/CTNews/Canada/20041220/Arar_time_041219/.

¹⁴⁰ *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2d Cir. 2009); David Cole, *Getting Away With Torture*, N.Y. REV. OF BOOKS, Jan. 10, 2010; *Arar v. Ashcroft et al.*, CTR. FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS, <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/arar-v.-ashcroft> (visitado el 30 de junio, 2012).

¹⁴¹ *Ver, e.g., Evan Perez, Guantánamo Detainees May Be Released in U.S.*, WALL ST. J., (Mar. 19, 2009) *disponible en* <http://online.wsj.com/article/SB123741378746277081.html>.

¹⁴² Donna Miles, *Ridge: Global Terrorism Requires Global Response*, U.S. DEPT OF DEF., AM. FORCES INFO. SERV. (Jan. 12, 2005), *disponible en* http://osd.dtic.mil/news/Jan2005/n01122005_2005011207.html.

utilidad para Al Qaeda, ya que alimentó el resentimiento en contra de Estados Unidos y estimuló el reclutamiento de Al Qaeda¹⁴³. El hecho de que Guantánamo se hubiese convertido en un símbolo universal de la ilegalidad de Estados Unidos al mismo tiempo en que el primer caso de hábeas corpus, *Rasul v. Bush*, llegaba a la Corte Suprema, ciertamente desempeñó un papel en la reticencia de la Corte a adherirse a las afirmaciones del ejecutivo sobre la inaplicabilidad de la ley a dichos prisioneros¹⁴⁴. Por lo tanto, la presión que la sociedad civil ejercía sobre Estados Unidos era claramente transnacional, y operaba a través de una serie de vías fuera del sistema constitucional de los Estados Unidos. Este elemento transnacional fue una característica particularmente importante del llamado de la sociedad civil a los valores del Estado de derecho después del 11 de septiembre, dada la histórica indiferencia de los ciudadanos y políticos estadounidenses ante la negación de los derechos de los extranjeros¹⁴⁵. Al involucrar a otras naciones, las organizaciones de la sociedad civil pudieron, al menos en algunas circunstancias, superar la indiferencia tradicional de su propia nación hacia los derechos de los "otros".

Sin embargo, la restauración de los derechos constitucionales y humanos no puede atribuirse simplemente al hecho de que la sociedad civil se movilizó en defensa de la libertad. La sociedad civil se moviliza en torno a muchos temas, y no muchas veces puede lograr avance alguno. Piense, por ejemplo, en el calentamiento global o en la reforma de las financiaciones de campañas. Además, la sociedad civil se encontraba en ambos bandos de pelea. El American Enterprise Institute, la Sociedad Federalista, Fox News, el Wall Street Journal y otras voces conservadoras privilegiaban los intereses de seguridad sobre las preocupaciones por los derechos, especialmente cuando las preocupaciones eran los derechos del "enemigo". Muchos de los medios apoyaron el alboroto que precedía la invasión estadounidense de Iraq. Que las críticas formuladas por los grupos constitucionales y de derechos humanos fueran tan efectivas como fueron, puede ser muestra del poder residual en la cultura estadounidense de los ideales que defendían: libertad, igualdad, debido proceso y dignidad. Esos valores eran lo suficientemente fuertes, cuando eran presionados por una serie de voces, para limitar a los más altos funcionarios del país más poderoso del mundo, incluso sin mayor apoyo del Congreso, de los tribunales o del público en general. Margaret Mead advirtió que "nunca debemos subestimar el poder de unas pocas personas comprometidas para

¹⁴³ Ver Comunicado de prensa, palabras del Presidente sobre seguridad nacional *nota supra* 76.

¹⁴⁴ Ver Devins, *nota supra* 28, en 500-03.

¹⁴⁵ Ver DAVID COLE, ENEMY ALIENS, *nota supra* 90.

cambiar el mundo"¹⁴⁶. Uno tampoco debe subestimar el poder del llamado conjunto a los derechos constitucionales y humanos. El éxito relativo de estos reclamos implica que, a pesar de las reacciones iniciales del ejecutivo, una cultura bastante sólida de respeto por los valores constitucionales y del Estado de derecho estaba disponible para ser invocada y movilizada. Las instituciones de la sociedad civil fueron críticas tanto para construir y sostener esa cultura en tiempos ordinarios como para reforzarla en un período de crisis, cuando gran parte de la sociedad lo habría ignorado.

La relativa robustez de una cultura constitucional depende en gran medida del trabajo de la sociedad civil. Los derechos constitucionales no son más que palabras escritas en papel sin los esfuerzos de las personas y los grupos interesados para darles sentido. Cuando la Corte Suprema rechazó una demanda constitucional contra el internamiento de más de 110.000 personas de ascendencia japonesa en 1944¹⁴⁷, la Constitución garantizaba igual protección de las leyes, pero en la práctica no garantizaba tal cosa. Los esfuerzos llevados a cabo por los grupos de la sociedad civil, en particular la ACLU y varios grupos de abogados asiático-estadounidenses, llevaron a que, cuarenta y cuatro años más tarde, se ofreciera una disculpa oficial y el pago de reparaciones¹⁴⁸. Como resultado, en el momento en que la Corte Suprema revisó los casos de Rasul y Hamdi en 2004, Korematsu había sido ampliamente condenado¹⁴⁹. En el 2004, los magistrados tenían que estar preocupados en no repetir el error que la Corte había cometido en Korematsu¹⁵⁰. Para hacer énfasis en esto, el Centro Brenna para la Justicia, otro grupo de la sociedad civil, presentó amicus breves en nombre

¹⁴⁶ Ver Johann Hari, *Protest Works, Just Look enthe Proof*, THE INDEPENDANT. (Oct. 29, 2010) (citando a Mead), *disponible en* <http://www.independent.co.uk/opinion/commentators/johann-hari/johann-hari-protest-works-just-look-at-the-proof-2119310.html>.

¹⁴⁷ *Korematsu*, 323 U.S. en 214 (1944).

¹⁴⁸ PETER IRONS, *JUSTICE AT WAR: THE STORY OF THE JAPANESE-AMERICAN INTERNMENT CASES* (1993). Las demandas tuvieron éxito en revelar, entre otras cosas, que el Departamento de Justicia engañó a la Corte Suprema sobre los hechos claves involucrados en el caso, en particular su capacidad de distinguir a quienes planteaban un peligro de aquellos que no lo hacían. Algunas de las condenas fueron anuladas bajo ese argumento. Eventualmente, en 1988, el Congreso promulgó la Ley de Restauración de Libertades Civiles, H.R. 442, 100th Cong. (1988), que oficialmente pidió disculpas a los internados y les pagó reparaciones a ellos y a sus sobrevivientes.

¹⁴⁹ Ver COLE, *ENEMY ALIENS*, *nota supra* 90 en 99

¹⁵⁰ Estoy en deuda con Steve Shapiro de la ACLU por esta observación.

de Fred Korematsu en dichos casos¹⁵¹. Por lo tanto, los esfuerzos sostenidos de la sociedad civil crearon un legado alrededor del internamiento japonés que sin duda alguna jugó un papel fundamental en el 2004, cuando se le pidió a la Corte que nuevamente difiriera de los reclamos del ejecutivo sobre la necesidad de detener ciertas personas sin el debido proceso legal. Más ampliamente, los esfuerzos de los derechos constitucionales y los grupos de derechos civiles y libertades durante los años previos al 11 de septiembre ayudaron a construir una cultura de compromiso con los derechos constitucionales, los cuales pudieron ser invocados para impedir la transgresión del ejecutivo sobre derechos básicos a partir de entonces.

B. El rol de las cortes

Con pocas excepciones, los tribunales federales, incluida la Corte Suprema, históricamente han diferido al Presidente las cuestiones de seguridad nacional en tiempos de crisis¹⁵². Hay excepciones aisladas, por supuesto. En la Guerra Civil, el magistrado Roger Taney, sentado como juez de circuito federal único, declaró inconstitucional la suspensión del habeas corpus por el Presidente Lincoln¹⁵³. En la Guerra de Corea, la Corte invalidó el embargo de las fabricas de acero ordenado por el presidente Harry Truman¹⁵⁴. Y cerca del final de la Guerra de Vietnam, la Corte se negó a bloquear la publicación de los documentos del Pentágono por parte del New York Times¹⁵⁵. Pero éstas son excepciones a la regla de la deferencia en tiempos de crisis¹⁵⁶.

Sin embargo, después del 11 de septiembre la Corte Suprema rompió con su récord anterior, rechazando repetidamente las afirmaciones presidenciales a la deferencia en asuntos de seguridad nacional mientras la guerra y la crisis continuaban su curso. La Corte insistió en que era responsable de revisar las detenciones durante la guerra, rechazó las afirmaciones sobre su obligación de diferir al ejecutivo sobre quién podría

¹⁵¹ Ver Reporte del Amicus por Fred Korematsu, *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) (No. 03-334, 03-343), *disponible en* http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/briefs/03-334/03-334.mer.ami.korematsu.pdf. Ver también David Garrow, *Another Lesson from World War II Internments*, N.Y. TIMES, Sept 23, 2001.

¹⁵² Ver STONE, *nota supra* 89; WILLIAM H. REHNQUIST, *ALL THE LAWS BUT ONE: CIVIL LIBERTIES IN WARTIME* (1998).

¹⁵³ *Ex parte Merryman*, 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861).

¹⁵⁴ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

¹⁵⁵ *N.Y. Times Co. v. U.S.*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁵⁶ Ver David Cole, *Judging the Next Emergency: Judicial Review and Individual Rights in Times of Crisis*, 101 MICH. L. REV. 2565 (2003).

ser detenido, determinó que a los detenidos de Al Qaeda y los talibanes se les debe otorgar las protecciones de las Convenciones de Ginebra y, extraordinariamente, dejó la puerta de la corte abierta para los detenidos de Guantánamo, incluso después de que el Congreso y el Presidente — actuando juntos— hubieran tratado inequívocamente de cerrarla. Estas decisiones innovadoras eran indudablemente importantes, pero sería un error atribuir a la Corte la mayor parte del crédito por controlar las medidas legalmente dudosas contra el terrorismo utilizadas por el Presidente. En realidad, la Corte ordenó muy poco y, como se ha detallado anteriormente, la gran mayoría de las reformas adoptadas por el Poder Ejecutivo no fueron ordenadas por ningún tribunal¹⁵⁷.

Dos decisiones, *Rasul* y *Boumediene*, se refirieron únicamente a si los detenidos de Guantánamo podían ser oídos en los tribunales, pero no dijeron nada sobre la ley que se aplicaría una vez que sus demandas fueran adjudicadas¹⁵⁸. Muchos tribunales de distrito dictaminaron posteriormente que los detenidos de Guantánamo serían puestos en libertad por falta de pruebas¹⁵⁹. Hasta ahora, sin embargo, la administración Obama ha ganado todos los casos que ha apelado al Circuito de D.C. y la Corte Suprema se ha negado a hacer revisiones adicionales¹⁶⁰. Por lo tanto, en casi diez años, ningún detenido ha sido liberado por una orden judicial inapelable¹⁶¹. Y el Circuito de D.C. ha dictaminado que los tribunales carecen del poder para ordenar la liberación de los detenidos a los Estados Unidos, lo que significa que cuando, como sucede a menudo, el detenido no puede ser devuelto a su país de origen, una orden que determine la ilegalidad de la detención no implica la liberación del detenido¹⁶².

El fallo de la Corte Suprema en *Hamdi v. Rumsfeld* de que un ciudadano estadounidense tenía derecho al debido proceso al ser detenido como "combatiente enemigo" se limitaba a ciudadanos estadounidenses y, por lo tanto, no se aplicaba a la gran mayoría de los detenidos del conflicto en

¹⁵⁷ Ver supra Parte II.A.

¹⁵⁸ *Rasul*, 542 U.S. en 485; *Boumediene*, 553 U.S. en 779.

¹⁵⁹ Ver, e.g., *Al Mutairi v. U.S.*, 644 F. Supp. 2d 78, 96 (D.D.C. 2009).

¹⁶⁰ Lyle Denniston, *D.C. Circuit: Last Stop for Detainees?*, SCOTUS BLOG (Mar. 9, 2012 3:48 PM), <http://www.scotusblog.com/2012/03/d-c-circuit-last-stop-for-detainees/>.

¹⁶¹ *Id.* En algunos casos, la administración ha renunciado a las apelaciones y ha puesto en libertad a los detenidos, pero dado su historial de éxito en la corte de apelaciones, estas excarcelaciones fueron para todos los fines prácticos una cuestión de elección, no realmente una obligación legal. *Id.*

¹⁶² *Kiyemba v. Obama*, 555 F.3d 1022, 1026 (D.C. Cir. 2009).

curso¹⁶³. Aún en cuanto a los ciudadanos, la Corte no especificó los procedimientos requeridos, y la administración evitó revisiones judiciales adicionales al liberar a Hamdi con la condición de que se reasentara en Arabia Saudita.¹⁶⁴

La decisión de la Corte en *Hamdan v. Rumsfeld*, que declaró ilegales las comisiones militares del Presidente Bush, se apoyó en argumentos estatutarios y la Corte invitó expresamente al Congreso a anularla si no estaba de acuerdo.¹⁶⁵ El Congreso rápidamente hizo justamente eso, promulgando la Ley de Comisiones Militares de 2006, que autorizaba los juicios militares mientras y hacía solamente modestas mejoras sobre los procedimientos que el presidente Bush había creado unilateralmente¹⁶⁶.

Al mismo tiempo, aunque estas decisiones no hayan exigido formalmente mucho de la administración, sus efectos indirectos e informales fueron significativos. El mero hecho de que la Corte otorgara certiorari en *Rasul v. Bush* hizo que la administración introdujera una serie de reformas en Guantánamo, incluyendo la presentación de audiencias administrativas. La alineación de la votación en dos decisiones que involucraban ciudadanos estadounidenses detenidos como combatientes enemigos sugirió que una mayoría de la Corte le negaría al Presidente el poder de detener a un ciudadano capturado dentro de Estados Unidos en un caso anterior.¹⁶⁷

Esta perspectiva finalmente llevó al Presidente Bush a retirar a José Padilla, el único ciudadano estadounidense en custodia militar capturado en los Estados Unidos, de la detención militar antes de que su caso llegara

¹⁶³ *Hamdi*, 542 U.S. en 533. Sólo ha habido dos ciudadanos estadounidenses detenidos por los militares en el conflicto con Al Qaeda—Yaser Hamdi y Jose Padilla. *Id.* en 577 (Scalia, J., salvamento de voto).

¹⁶⁴ Ver Jerry Markon, *Hamdi Returned to Saudi Arabia*, WASH. POST (Oct. 12, 2004), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/artices/A23958-2004oct11.html>.

¹⁶⁵ *Hamdan*, 548 U.S. en 594

¹⁶⁶ Ley de Comisiones Militares del 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006).

¹⁶⁷ En *Padilla v. Rumsfeld*, cuatro jueces sugirieron en el salvamento de voto que el presidente carecía de tal poder, pero la mayoría (cinco) rechazó la impugnación porque los abogados de Padilla presentaron la demanda en el juzgado incorrecto. *Padilla v. Rumsfeld*, 542 U.S. 426, 461 - 62 (2004) (Stevens, J., salvamento de voto). El juez Scalia, que se unió a la decisión de la mayoría en *Padilla*, había tomado la posición en *Hamdi* contra *Rumsfeld* de que el presidente carecía de poder para imponer la detención militar a un ciudadano estadounidense capturado en el extranjero. *Hamdi*, 542 US 554. Por lo tanto, parecía haber cinco votos en contra de la detención militar de ciudadanos estadounidenses capturados en los Estados Unidos.

a la Corte Suprema.¹⁶⁸ La decisión de la Corte de extender el examen del habeas corpus llevó a los militares a conceder acceso a la base militar a los abogados de los detenidos y a otorgarles acceso a las pruebas clasificadas de sus clientes, todo sujeto a una orden de protección y a las autorizaciones de seguridad pertinentes.¹⁶⁹ Y la decisión de la Corte en *Hamdan v. Rumsfeld*, el caso de la comisión militar, obligó a los militares a contrarrestar la determinación previa del Presidente de que el Artículo Común 3 de los Convenios de Ginebra no protegía a los detenidos de Al Qaeda.¹⁷⁰ Esa determinación probablemente jugó un papel en la decisión del Presidente Bush de trasladar a los "detenidos de alto valor" de los sitios negros de la CIA a Guantánamo.¹⁷¹ Adicionalmente, los cuatro casos rechazaron la aseveración más extrema de la administración Bush que afirmaba que como Comandante en Jefe, el presidente tenía la palabra final en cómo "enfrentar al enemigo." Así pues, aunque los mandatos formales de la corte eran mínimos, sus efectos informales e indirectos no lo eran.

Aunque muchos académicos han subrayado el carácter minimalista de los fallos formales de la Corte Suprema¹⁷², pocos han notado la prodigiosa cantidad de trabajo doctrinal que la Corte tuvo que hacer para fallar en contra del Presidente. Los resultados en estos casos eran todo menos conclusiones sabidas de antemano. El gran esfuerzo necesario para alcanzar los resultados de la Corte sugiere que la doctrina no era la que "controlaba" y que por lo tanto alguna fuerza informal más allá de la doctrina legal estaba en juego incluso en la más formal de las derrotas legales de la administración Bush. En cada uno de los tres casos de Guantánamo, por ejemplo, los precedentes parecieron favorecer al poder ejecutivo. En el caso *Johnson v. Eisentrager*, la Corte, en 1950, había dictaminado que la revisión del habeas corpus no estaba disponible para los "enemigos extranjeros" detenidos en una prisión militar estadounidense fuera de nuestras fronteras¹⁷³. El estatuto en cuestión en *Rasul v. Bush* era

¹⁶⁸ Eric Lichtblau, *In Legal Shift, U.S. Charges Detainee in Terrorism Case*, N.Y. TIMES, Nov. 23, 2005, disponible en <http://www.nytimes.com/2005/11/23/national/nationalspecial3/23terror.html>.

¹⁶⁹ Ver Brendan M. Driscoll, *The Guantánamo Protective Order*, 30 FORDHAM INT'L L.J. 873, 887 (2006).

¹⁷⁰ Memorándum de Gordon England a los Secretarios de los Departamentos Militares, et al. (Julio 7, 2006), disponible en <http://www.fas.org/sgp/othergov/dod/geneva070606.pdf>.

¹⁷¹ Ver *Discurso del Presidente Bush sobre Terrorism* (Sept. 6, 2006), disponible en http://www.nytimes.com/2006/09/06/washington/06bush_transcript.html?pagewanted=all

¹⁷² Ver fuentes citadas *nota supra* 28.

¹⁷³ *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 781 (1950).

el mismo estatuto que en el caso *Eisentrager*¹⁷⁴. Sin embargo, el Tribunal de los Rasul sostuvo que una interpretación judicial posterior a ese estatuto hizo que se dispusiera la revisión del habeas corpus.¹⁷⁵ Sin embargo, como el Juez Scalia argumentó en el salvamento de voto, esta conclusión no fue en modo alguno dictada por el caso mencionado de *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky*¹⁷⁶, el cual involucraba una cuestión doméstica bastante distinta sobre si debía presentarse una petición de habeas cuando un estado estaba deteniendo a un preso a instancias de otro estado¹⁷⁷. *Braden* sostuvo que el habeas podía ser presentado en el distrito donde la autoridad de detención estaba situada, pero ni siquiera mencionó, y mucho menos anuló, *Eisentrager*. Además, la Corte en el caso *Rasul* llegó a este argumento en gran parte por sí misma; los escritos de los peticionarios en *Rasul* citaron a *Braden* sólo dos veces, de manera superficial, y ambas veces como notas de pie de página¹⁷⁸. Sin embargo, la Corte tomó *Braden* como el eje central de su decisión.

Johnson v. Eisentrager también parecía apoyar al ejecutivo en *Boumediene*, ya que había negado la revisión del habeas de detenciones enemigas durante la guerra, y había sido interpretado por la Corte Suprema como autoridad para la tesis de que los derechos constitucionales no se extienden a los no ciudadanos fuera de las fronteras de Estados Unidos¹⁷⁹. Otro precedente de la Segunda Guerra Mundial, *Ex parte Quirin*¹⁸⁰, parecía apoyar la posición del Presidente en *Hamdan*, ya que había confirmado la autoridad del Presidente para juzgar a los "enemigos extranjeros" por crímenes de guerra en comisiones militares creadas por órdenes presidenciales¹⁸¹. De hecho, la orden del Presidente Bush de crear el tribunal militar ante el cual *Hamdan* debía ser juzgado partió de la orden del Presidente Roosevelt confirmada en *Quirin*¹⁸². Fallar en contra

¹⁷⁴ *Id.*; *Rasul*, 542 U.S. en 467

¹⁷⁵ *Rasul*, 542 U.S. en 478.

¹⁷⁶ 410 U.S. 484 (1973).

¹⁷⁷ *Id.* en 493.

¹⁷⁸ Ver informe para el peticionario en 12 n.8, 38 n.41, *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) (No. 03-334).

¹⁷⁹ Ver, e.g., *U.S. v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 250, 269 (1990); cf. *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21, 32 (1982).

¹⁸⁰ 317 U.S. 1 (1942).

¹⁸¹ *Id.* en 597. Ver *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001) (citando *Eisentrager* por la proposición de que "está bien establecido que ciertas protecciones constitucionales disponibles para las personas dentro de los Estados Unidos son indiscutibles para los extranjeros fuera de nuestras fronteras geográficas").

¹⁸² Jack Goldsmith & Cass R. Sunstein, *Military Tribunals and Legal Culture: What a Difference Sixty Years Makes*, UNIV. OF CHICAGO JOHN M. OLIN LAW

del Presidente estaba lejos de ser imposible a la luz de estos precedentes: ninguno era preciso y el derecho constitucional, positivo e internacional había evolucionado en los cincuenta años transcurridos. Pero considerado puramente en términos doctrinales, habría sido mucho más fácil confirmar las acciones del Presidente.

Además, las normas jurídicas que resultaron probatorias en *Hamdan* y *Boumediene*, posiblemente las dos decisiones más importantes de la Corte, eran extremadamente abiertas. Ambos, en última instancia, recurrieron a cuestiones de "viabilidad", una evaluación intensamente pragmática que uno podría predecir favorecería la deferencia hacia el ejecutivo, no una línea judicial en la arena. En *Hamdan*, la Corte dictaminó que el Código Uniforme de Justicia Militar autorizaba las comisiones militares, pero exigía que se ajustaran al proceso disponible en un tribunal marcial, a menos que esos procedimientos fueran "impracticables"¹⁸³. En *Boumediene*, la Corte dictaminó que el habeas corpus se extendería a Guantánamo sólo si no fuese "inviable" ni "anómalo"¹⁸⁴. Las consideraciones de "viabilidad" no son el tipo de consideraciones que uno esperaría que los tribunales se sintieran obligados a exigirle a las ramas políticas en materia de seguridad nacional. Ellos piden juicios pragmáticos, que tengan en cuenta todas las cosas, y las cortes consideran que el ejecutivo es el más adecuado para hacer dichos juicios, especialmente en tiempos de guerra. Si la Corte hubiera querido diferirle esto, la ley se lo permitió claramente. Sin embargo, la Corte rechazó las afirmaciones del Presidente bajo argumentos de "viabilidad". El hecho de que estos resultados no estuvieran en modo alguno pre-ordenados por precedentes legales, aún cuando el precedente apuntaba en el sentido contrario, sugiere que la Corte fue impulsada por algo más que por la fuerza pura de la doctrina.

Similarmente, la Corte abordó, casi por iniciativa propia, la importante cuestión de los Convenios de Ginebra en *Hamdan c. Rumsfeld*¹⁸⁵. Una vez que la Corte concluyó que los procedimientos de la comisión militar se apartaron injustificadamente de los procedimientos establecidos para los tribunales marciales, tuvo argumentos suficientes para fallar en *Hamdan*¹⁸⁶. No necesitó concluir que las comisiones violaron las leyes de la guerra. Y de nuevo, la Corte lo hizo prácticamente por su cuenta. El demandante apenas insistió en la cuestión, relegando la discusión del

AND ECONOMICS WORKING PAPER No. 153 (2d series), *disponible en* <http://www.law.uchicago.edu/files/files/153.jg-cs.tribunals.pdf>

¹⁸³ *Hamdan*, 548 U.S. en 622.

¹⁸⁴ *Boumediene*, 553 U.S. en 770.

¹⁸⁵ 548 U.S. 557, 626-27

¹⁸⁶ *Id.* en 559.

Artículo Común 3 a las tres últimas páginas de su escrito principal de cincuenta páginas, y ni siquiera argumentó que el conflicto con Al Qaeda fuera un conflicto armado no internacional, siendo este el eje central del argumento de la Corte Suprema¹⁸⁷. No obstante, en lo que terminó siendo la decisión más importante de la Corte, esta concluyó que el conflicto era en realidad un conflicto armado no internacional regido por el Artículo Común 3 y que los procedimientos de la comisión militar violaban esa disposición, puesto que había sido incorporada en el Código Uniforme de Justicia Militar¹⁸⁸. Este fallo tenía implicaciones mucho más allá de las comisiones militares, ya que el Artículo Común 3 también prohíbe cualquier trato humillante o cruel a detenidos, y en ese momento toda violación del Artículo Común 3 era un crimen de guerra bajo el estatuto federal de crímenes de guerra¹⁸⁹. Esto significaba que las "técnicas de interrogatorio mejoradas" de la administración Bush eran criminales incluso si no incluían tortura, ya que el Artículo Común 3 prohíbe tanto el "trato cruel" como el "trato humillante o degradante"¹⁹⁰.

Podría objetarse que la doctrina rara vez determina los resultados de la Corte Suprema, donde a menudo hay divisiones en los tribunales de circuito y argumentos razonables en ambos lados de la disputa. En los casos de Guantánamo, sin embargo, no hubo divisiones en los circuitos: los casos llegaron del Circuito de D. C., el cual había fallado de manera consistente y unánime a favor del Presidente, incluso después de haber sido revocado por la Corte Suprema¹⁹¹. En cualquier caso, el papel de las influencias externas es seguramente más significativo cuando la Corte se aparta del precedente. Considere, por ejemplo, las fuerzas políticas y económicas en juego cuando, con el "cambio en el tiempo que salvó a nueve", la Corte Suprema se apartó de la jurisprudencia anterior frente a la Cláusula de Comercio y Debido Proceso y comenzó a respetar los

¹⁸⁷ Ver informe para el peticionario en 48-50, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) (No. 05-184), *disponible en* http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/briefs/05-184/05-184.mer.pet.pdf.

¹⁸⁸ *Hamdan*, 548 U.S. en 631.

¹⁸⁹ 18 U.S.C. § 2441 (2005). Después de que la Corte Suprema falló en *Hamdan*, el Congreso enmendó el estatuto de crímenes de guerra para proveer que solo ciertas violaciones del Artículo Común 3 fueran crímenes de guerra e hizo retroactivas sus reformas, evidentemente por la preocupación de que muchos funcionarios estadounidenses hubieran sido culpables de crímenes de guerra. Pub. L. No. 109-366, § 6(b)(1), 120 Stat. 2633 (2006) (enmendando 18 U.S.C. § 2441).

¹⁹⁰ Convención de Ginebra Relativa al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra art.3, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3316,75 U.N.T.S. 135, *disponible en* <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/y3gctpw.htm>.

¹⁹¹ *Denniston*, *nota supra* 160.

estatutos del New Deal¹⁹²; el movimiento de los derechos civiles y la política de la Guerra Fría en la decisión de la Corte en *Brown v. Board of Education*¹⁹³ para anular la doctrina de *Plessy v. Ferguson* de "separados pero iguales"¹⁹⁴ o el rol del movimiento de los derechos de los homosexuales y las costumbres sociales cambiantes en el rechazo de la Corte de *Bowers v. Hardwick*¹⁹⁵ en *Lawrence v. Texas*, donde consideró inconstitucional una ley de Texas que penalizaba la sodomía homosexual¹⁹⁶. Los casos de detención y juicio militar de la Corte no anularon ningún precedente directamente, pero su sentido general se apartó sustancialmente de la deferencia histórica de la Corte a las decisiones ejecutivas de seguridad nacional en tiempos de crisis.¹⁹⁷ Por lo tanto, es especialmente apropiado aquí —como en el New Deal, la segregación y los casos de sodomía— mirar las influencias que existen más allá de la ley misma.

Además, la Corte que falló cuatro veces en contra del Presidente fue una Corte claramente conservadora. Fue, en gran parte, esta misma Corte la que decidió la elección de George W. Bush en el año 2000 al interrumpir el recuento de votos en Florida¹⁹⁸. Esta no era reconocida como una Corte que protegiera especialmente protección los derechos y libertades individuales. Por lo tanto, la composición ideológica de la Corte tampoco explica de manera directa su decisión.

Lo que explica las decisiones no es la doctrina legal, sino la elección de la Corte de alinearse al Estado de derecho en contra de una narrativa de anarquía y de "zonas sin ley". En cada caso estaba en juego una afirmación de que las acciones del ejecutivo estaban fuera de alcance de la ley. En cada caso, la Corte se opuso a dicha tesis, insistiendo, sobre todo, en que el derecho constitucional, estatutario y/o internacional tienen un papel en la regulación y restricción de la respuesta nacional al terrorismo. La pregunta en *Rasul y Boumediene* era si las personas a las que el Presidente había intentado situar fuera del alcance de la ley podían recurrir al derecho para

¹⁹² *W. Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) (manteniendo la ley de salario mínimo de Washington); ver también Quinn Ho, *Did a Switch in Time Save Nine?*, 2 J. LEGAL ANALYSIS 1, 2 (2010), disponible en <http://www.law.berkeley.edu/files/Switch.pdf> ("La versión popular predominante, pero discutida, del "cambio en el tiempo que salvó a nueve" comienza con una Corte de cuatro conservadores firmes que lucharon con tres "mosqueteros" liberales por la supervivencia del New Deal.").

¹⁹³ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁹⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

¹⁹⁵ 478 U.S. 186 (1986).

¹⁹⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁹⁷ Devins, *nota supra* 28, en 500-03

¹⁹⁸ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

enfrentar las detenciones (y la autoridad del ejecutivo) por medio del recurso de habeas corpus¹⁹⁹. Se presentó una cuestión similar en *Hamdan* y, una vez más, la Corte dictaminó que la ley y la Corte tienen un papel que desempeñar²⁰⁰. La decisión de la Corte en el caso *Hamdan* de que el conflicto con Al Qaeda era un "conflicto armado no internacional" regido por el Artículo Común 3 también recurrió a la ley al otorgar una base de protección *legal* de los derechos humanos a todos los detenidos²⁰¹. En resumen, los tres casos se entienden mejor como una exigencia de que la "guerra contra el terrorismo" del Presidente debe estar sujeta al Estado de derecho.

En *Hamdi*, la pregunta por la ley versus la ilegalidad fue hecha de una manera menos directa, pero muy poco. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema, la administración Bush había concedido que un ciudadano estadounidense detenido bajo custodia militar en los Estados Unidos pudiera presentar un recurso de habeas corpus²⁰², y en esa medida todas las partes convinieron en que la detención de Hamdi estaba sujeta a revisión judicial. Pero también en este caso la administración argumentó que, para todos los efectos, el Presidente era el juez de sus propias acciones²⁰³. El Procurador General alegó que la autoridad del Presidente en virtud del Artículo II como Comandante en Jefe le permitía detener a ciudadanos estadounidenses sin ninguna autorización legal, e incluso afirmó que una prohibición legislativa a dicha autoridad podía ser inconstitucional²⁰⁴. Además sostuvo que el tribunal de revisión debía mantener la detención mientras el gobierno proveía "alguna evidencia" de que el individuo entraba en la categoría de "combatiente enemigo", y afirmó que una declaración jurada de dos páginas basada únicamente en rumores era suficiente para cumplir con dicho requisito²⁰⁵. A juicio de la administración, no había lugar para ningún tipo de investigación judicial sobre la veracidad de sus afirmaciones; la palabra del ejecutivo tendría que ser tomada como verdadera. La Corte no aceptó estos argumentos. Concluyó que el Congreso había autorizado la detención de personas capturadas en el campo de batalla que luchaban por el Talibán y por lo tanto no tuvo que llegar a los argumentos del Presidente con respecto al artículo II²⁰⁶. También sostuvo que el debido proceso requería notificación,

¹⁹⁹ *Boumediene*, 553 U.S. en 723; *Rasul*, 542 U.S. en 466.

²⁰⁰ *Hamdan*, 548 U.S. en 612-13.

²⁰¹ *Id.* en 631.

²⁰² *Ver Hamdi*, 542 U.S. en 510

²⁰³ *Id.* en 508.

²⁰⁴ Respuesta de los peticionarios en 2, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004) (No.03-6696).

²⁰⁵ *Id.* en 9-10

²⁰⁶ *Hamdi*, 542 U.S. en 536.

una oportunidad significativa para responder, y un juez neutral²⁰⁷. En resumen, en los cuatro casos la Corte insistió en que el derecho debe regir la detención y el juicio de aquellos acusados de ser "el enemigo", y rechazó los argumentos del Presidente de que, formal o prácticamente, sus acciones no tenían restricciones legales.

Sin embargo, más allá de la detención militar y los juicios, el récord del poder judicial es en gran medida consistente con su enfoque tradicionalmente deferente. En *Holder v. Humanitarian Law Project*, la Corte en 2010 dictaminó que el Congreso podría constitucionalmente convertir en crimen abogar por la paz y los derechos humanos, si el Congreso lo caracterizaba como "apoyo material" a un grupo que la administración había calificado como terrorista²⁰⁸. Como será discutido con mayor detalle en la Parte IV²⁰⁹, la Corte reconoció que la ley sancionaba el discurso basándose en su contenido²¹⁰, pero no exigió al gobierno que demostrara que la ley estaba estrictamente adaptada a fines más imperiosos, lo cual era la carga habitual en dichas circunstancias. En cambio, en nombre de la deferencia a los juicios de las ramas políticas sobre la seguridad nacional y los juicios de las relaciones exteriores, la Corte expuso sus propias justificaciones especulativas —justificaciones que el propio gobierno nunca había sugerido— y luego confirmó la ley basándose en estas especulaciones no probadas²¹¹.

La Corte también ignoró dos demandas contra el Procurador General John Ashcroft que surgieron de su autorización de detención preventiva generalizada después del 11 de septiembre —una por malos tratos a personas detenidas en relación con la investigación del 11 de septiembre, argumentando que los demandantes no habían alegado suficientemente los hechos que establecieran la responsabilidad personal de Ashcroft²¹² y la otra por abuso del estatuto de "testigo material" para encerrar a un hombre musulmán sin una causa probable, por razones de inmunidad calificada²¹³.

La Corte se ha negado a revisar muchos casos en los que los tribunales inferiores han sido extremadamente deferentes con las afirmaciones de

²⁰⁷ *Id.* en 536-39.

²⁰⁸ *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705, 2707 (2010).

²⁰⁹ Ver *notas infra* 323-28 y texto acompañante

²¹⁰ 130 S. Ct. en 2720.

²¹¹ *Id.* en 2731. For detailed critiques of the Court's analysis, ver David Cole, *The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine*, 6 HARV. L. & POLY REV. 147 (2012); Owen Fiss, *The World We Live In*, 83 TEMPLE L. REV. 295, 299-300 (2011).

²¹² *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1937, 1950-51 (2009).

²¹³ *Ashcroft v. al-Kidd*, 131 S. Ct. 2074, 2085 (2011).

seguridad nacional a pesar de las inquietantes denuncias de abusos constitucionales. Varios tribunales de apelación han desestimado las demandas por daños y perjuicios a las víctimas de tortura, por el privilegio de "secretos de Estado", la inmunidad calificada o el tratamiento de la seguridad nacional como un "factor especial" que contradice el reconocimiento del recurso Bivens²¹⁴. El Tribunal de Apelaciones del Tercer Distrito sostuvo la deportación de un extranjero por proporcionar "apoyo material" a organizaciones etiquetadas como terroristas incluso cuando el apoyo consistía en proveer una carpa de oración y algo de comida durante una ceremonia religiosa a la que asistieron algunos miembros de un grupo guerrillero²¹⁵.

El Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito rechazó, por falta de legitimación por activa, un desafío al programa de intervenciones telefónicas de la NSA porque los demandantes no lograron probar que habían sido sometidos al programa, cuyos objetivos eran secretos²¹⁶. El Circuito de D. C. permitió al gobierno mantener en secreto la identidad de cientos de extranjeros que había sometido a detención preventiva en los Estados Unidos después del 11 de septiembre, aún cuando no se encontró que ninguno fuera terrorista.²¹⁷ El Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó el pretexto de la autoridad migratoria para detener a extranjeros después del 11 de septiembre, incluso cuando los individuos habían acordado abandonar el país, viciando así cualquier propósito de inmigración para su detención²¹⁸. El mismo tribunal confirmó la autoridad de la Patrulla Fronteriza para detener e interrogar a varios ciudadanos musulmanes que asistieron a una conferencia religiosa en Toronto²¹⁹. Varios tribunales de apelación sostuvieron la congelación de activos de

²¹⁴ Mohammed v. Jeppeson Dataplan, Inc., 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010) (en banc) (desestimando el caso de daños contra el contratista independiente que proporcionó vuelos para las entregas de la CIA, por motivos de "secretos de Estado"), *cert. denegado*, 131 S. Ct. 2442 (2011); Arar v. Ashcroft, 585 F.3d. 559 (2d Cir. 2009) (en banc) (rechazado porque la seguridad nacional y las relaciones exteriores plantean "factores especiales" de asesoramiento contra el reconocimiento del remedio Bivens para la tortura), *cert. denegado*, 130 S. Ct. 3409 (2010); Rasul v. Myers, 563 F.3d 527 (D.C. Cir. 2009), *cert. denegado*, 130 S. Ct. 1013 (2010); El Masri v. U.S., 479 F.3d 296 (4th Cir.) (rechazando la acción de daños y perjuicios por rendición y tortura por motivos de secreto de Estado), *cert. denegado*, 552 U.S. 947 (2007). *But ver* Vance v. Rumsfeld, 653 F.3d 597 (7th Cir. 2011).

²¹⁵ Singh-Kaur v. Ashcroft, 385 F.3d 293, 299 (3d Cir. 2004).

²¹⁶ Am. Civil Liberties Union v. NSA, 493 F.3d 644, 662-64 (6th Cir. 2007), *cert. denied*, 552 U.S. 1179 (2008).

²¹⁷ Ctr. for Nat'l Sec. Studies v. U.S. Dep't of Just., 331 F.3d 918 (D.C. Cir. 2003).

²¹⁸ Turkmen v. Ashcroft, 589 F.3d 542 (2d Cir. 2009).

²¹⁹ Tabaa v. Chertoff, 509 F.3d 89 (2d Cir. 2007)

organizaciones benéficas estadounidenses denominadas "terroristas", sin una orden judicial o causa probable, sin previo aviso de los cargos, y en gran parte basándose en el argumento de evidencia secreta —aunque algunas cortes han fallado de manera contraria recientemente²²⁰. Y como se señaló anteriormente, el Circuito de D.C. ha fallado sistemáticamente a favor del gobierno en las apelaciones con respecto al habeas de detenidos en Guantánamo, y la Corte Suprema, hasta el momento, ha rechazado todas las solicitudes de revisión de dichas decisiones.

Así, aparte de las decisiones de la Corte Suprema en los casos de "combatientes enemigos", el poder judicial ha hecho relativamente poco, al menos de manera, para obligar a la administración a cambiar de rumbo después del 11 de septiembre. La mayoría de los ajustes hechos por el gobierno fueron llevados a cabo sin que una corte lo ordenara. Los tribunales no fueron la fuerza motriz en la mitigación de las medidas de seguridad más agresivas de los Estados Unidos después del 11 de septiembre.

C. El rol del congreso

El Congreso hizo aún menos que los tribunales para proteger los derechos a raíz del 11 de septiembre²²¹. Aprobó la Ley del Patriotismo de los Estados Unidos²²² poco después de los ataques y, aunque no le dio al Presidente todo lo que pidió, la ley expandió su autoridad para vigilar, reunir inteligencia,

²²⁰ Holy Land Found. for Relief & Dev. v. Ashcroft, 333 F.3d 156 (D.C. Cir., 2003); Global Relief Found., Inc. v. O'Neill, 315 F.3d 748 (7^a Cir., 2002); pero cf. (Sosteniendo que el Departamento del Tesoro violó la Cuarta Enmienda al congelar los activos de la entidad designada sin una orden judicial, violó la Quinta Enmienda al basarse en pruebas clasificadas y no proporcionar un aviso adecuado y no proporcionar una oportunidad para responder, y violó la Primera Enmienda al prohibir la coordinación de la defensa con el grupo designado); KindHearts for Charitable Humanitarian Dev., Inc. contra Geithner, 647 F. Supp. 2d 857 (N.D. Ohio 2009) (sosteniendo que la congelación de los activos de una entidad pendiente de investigación sobre la evidencia clasificada y sin una orden violó los derechos de la Cuarta y Quinta Enmienda de la entidad).

²²¹ El Congreso, por supuesto, promulgó leyes antes del 11 de septiembre que proporcionaron algunas protecciones para la libertad y la privacidad que continuaron después, como la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera, 50 U.S.C. §§ 1801-1812 (2010). Sin embargo, se diluyeron muchas de esas protecciones en el USA Patriot Act of 2001, Pub. L. No. 107 - 56, 115 Stat. 272 (2001), y, aparte de la Enmienda McCain a la Ley de Tratamiento de los Detenidos, Pub. L. No. 109 - 148, § 1003, 119 Stat. 2680, 2739-40, no adoptó ninguna legislación afirmativa para restringir las iniciativas del Presidente

²²² Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

detener y deportar extranjeros por razones de asociación política y credo, y congelar los activos basándose en evidencia secreta, mientras que relajó la supervisión judicial y otras limitaciones a estos poderes²²³. Como se señaló anteriormente, cuando la Corte Suprema declaró que las comisiones militares del Presidente eran ilegales, el Congreso las legalizó autorizándolas dentro de la Ley de Comisiones Militares del 2006²²⁴. Cuando la Corte estableció que la ley de habeas corpus se extendía a las personas detenidas sin cargos en Guantánamo, el Congreso revocó esa parte del estatuto en la Ley de Tratamiento de los Detenidos²²⁵. Concedió inmunidad retroactiva a los proveedores de servicios de telecomunicaciones que, a petición del ejecutivo, participaron en vigilancia electrónica ilegal²²⁶. Y el Congreso ha obstaculizado repetidamente los esfuerzos del Presidente Obama por cerrar Guantánamo al prohibir el gasto de fondos para transferir a los detenidos a los Estados Unidos, incluso para ser juzgados en un tribunal penal, y al exigir certificaciones para cualquier transferencia a un país extranjero que son tan onerosas que las transferencias cesaron durante quince meses²²⁷.

La única excepción a la deplorable deferencia del Congreso fue su reafirmación, en la "Enmienda McCain" a la Ley de Tratamiento de Detenidos, de que la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes de la Convención contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés) aplicaba a todas las personas detenidas por autoridades de los Estados Unidos, en cualquier parte del mundo, independientemente de su nacionalidad²²⁸. Esta disposición, promulgada con vigorosa oposición dirigida personalmente por el vicepresidente Richard Cheney, repudiaba la afirmación del gobierno de Bush de que la prohibición CAT no se aplicaba a

²²³ *Id. Ver* DAVID COLE & JAMES X. DEMPSEY, *TERRORISM AND THE CONSTITUTION: SACRIFICING CIVIL LIBERTIES IN THE NAME OF NATIONAL SECURITY* 249- 280 (3d ed. 2006) (discutiendo la Patriot Act).

²²⁴ *Ver notas supra* 62-66 y texto acompañante

²²⁵ *Ver id.*

²²⁶ 50 U.S.C. § 1885 (2006).

²²⁷ National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012, H.R. 1540, 112th Cong. § 1021 (2011), *disponible en* <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr1540enr/pdf/BILLS-112ht1540enr.pdf>; Charlie Savage, *Two Guantánamo Detainees Freed, the First in 15 Months*, N.Y. TIMES, Abr. 19, 2012, *disponible en* <http://www.nytimes.com/2012/04/20/world/americas/2-guantanamo-bay-detainees-freed-in-el-salvador.html>; David Cole, *Gitmo Forever? Congress's Dangerous New Bill*, N.Y. REV. OF BOOKS (Dec. 8, 2011), *disponible en* <http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2011/dec/08/gitmo-forever-dangerous-new-bill/>; David Cole, *A Bill of Rights for Some*, N.Y. REV. OF BOOKS (Dec. 16, 2011), *disponible en* <http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2011/dec/16/bill-rights-some/>.

²²⁸ 42 U.S.C. § 2000dd (2006).

extranjeros detenidos por fuera de Estados Unidos²²⁹. Esta teoría, contraria al texto y al espíritu del CAT²³⁰, fue impulsada por el deseo de la administración de infligir tratos crueles e inhumanos a los sospechosos de terrorismo, especialmente en las cárceles secretas de la CIA²³¹. En la enmienda McCain, el Congreso reafirmó que esta protección de los derechos humanos se aplica igualmente a todos los seres humanos, cualquiera que sea su nacionalidad y dondequiera que se encuentren detenidos²³². Sin embargo, el Congreso no proporcionó ningún mecanismo para aplicar la provisión²³³. Sin embargo, al prever que podría perder la votación en el Congreso en este asunto, el gobierno ya había preparado un memorándum legal secreto concluyendo que ninguna de sus "técnicas de interrogatorio mejoradas" eran en realidad crueles, inhumanas, o degradantes, ni violatorias del CAT, incluso cuando eran infligidas al tiempo²³⁴.

Así pues, el legislador ha demostrado, en todo caso, ser una fuente de violaciones y abusos a la ley, y ha proporcionado poco o ningún control exigible a las extralimitaciones del ejecutivo.

D. El rol de la política

La fuerza de la política electoral ordinaria tampoco puede explicar el cambio en la política antiterrorista estadounidense. Ninguna de las iniciativas iniciales de la administración Bush provocó una oposición mayoritaria.

Por el contrario, el presidente Bush, que tenía un índice de aprobación muy bajo justo antes del 9/11, se disparó en popularidad cuando declaró la "guerra contra el terrorismo", y fue reelegido en 2004, en gran parte por su

²²⁹ David Cole, *Who They Are*, SLATE (Nov. 11, 2009), *disponible en* http://www.slate.com/artices/news_and_politics/jurisprudence/2005/11/who_they_are.html.

²³⁰ MICHAEL JOHN GARCIA, CONG. RESEARCH SERV., RL 32890, *RENDITIONS: CONSTRAINTS IMPOSED BY LAWS ON TORTURE* 8 (2009).

²³¹ Cole, *nota supra* 229.

²³² Id.

²³³ Id.

²³⁴ U.S. Justice Dep't, Office of Legal Counsel, Memorandum para John A. Rizzo, Asesor General Adjunto de la CIA, Re: Aplicación de las Obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Artículo 16 de la Convención contra la Tortura a Cierta Técnica que Puede Utilizarse en la Interrogación de Detenidos Al Qaeda de Alto Valor (30 de mayo de 2005).

promesa de proporcionar seguridad²³⁵. Aparte de la oposición a la guerra en Irak, hubo poca presión popular generalizada sobre el presidente Bush para frenar sus iniciativas de seguridad. A pesar de esto, Eric Posner y Adrian Vermeule han argumentado que en la era moderna, los controles políticos son todo lo que hay cuando se trata de restringir el poder ejecutivo²³⁶. Ellos sostienen que el Congreso, los tribunales y la ley misma no pueden restringir efectivamente al ejecutivo, especialmente en emergencias, pero que esto no debe preocuparnos puesto que el ejecutivo está adecuadamente limitado por las fuerzas políticas. A primera vista, la última década puede ser prueba de las opiniones de Posner y Vermeule, ya que las fuerzas políticas, en términos generales, parecen haber sido al menos tan efectivas en controlar al Presidente como lo fueron el Congreso o la rama judicial²³⁷. Pero hay poca evidencia de que las políticas electorales o el sentimiento mayoritario hayan desempeñado un rol importante, si acaso alguno, en persuadir al presidente Bush de reprimir sus iniciativas de seguridad. Ya que los controles judiciales y legislativos formales no pueden contar toda la historia, el relato alternativo no es la "política" como Posner y Vermeule lo sugieren, sino una interacción mucho más compleja entre la sociedad civil, el derecho, la política y la cultura: lo que yo he llamado "constitucionalismo de la sociedad civil".

Posner y Vermeule sostienen que la separación de poderes está, para todos los fines prácticos, extinta, ya que el poder del ejecutivo se ha expandido dramáticamente con respecto a las otras ramas en la era moderna²³⁸. Como muchos comentaristas anteriores, Posner y Vermeule atribuyen este desarrollo al crecimiento del Estado administrativo²³⁹ y al estado de emergencia casi constante en el que parece actuar el gobierno estadounidense moderno²⁴⁰. Pero mientras que algunos expertos consideran estos acontecimientos como profundos desafíos a nuestro orden constitucional, Posner y Vermeule insisten en que las limitaciones políticas ordinarias del ejecutivo son suficientes²⁴¹.

²³⁵ *Presidential Approval Ratings—George W. Bush*, GALLUP, <http://www.gallup.com/poll/116500/presidential-approval-ratings-george-bush.aspx> (visitado el 30 de junio, 2012).

²³⁶ ERIC POSNER & ADRIAN VERMEULE, *THE EXECUTIVE UNBOUND: AFTER THE MADISONIAN REPUBLIC* 5 (2010).

²³⁷ *Ver supra* Parte III.A. 238. POSNER & VERMEULE, *nota supra* 236, en 63, 208.

²³⁸ POSNER & VERMEULE, *nota supra* 236, en 63, 208.

²³⁹ *Id.* en 11, 100.

²⁴⁰ *Ver, e.g.*, ARTHUR SCHLESINGER, JR., *THE IMPERIAL PRESIDENCY* 139 (1972); GARRY WILLS, *BOMB POWER: THE MODERN PRESIDENCY AND THE NATIONAL SECURITY STATE* 98-99 (2010).

²⁴¹ *Id.*

En mi opinión, Posner y Vermeule subestiman la fuerza restrictiva de la ley y sobreestiman la influencia de los límites políticos en la extralimitación del ejecutivo. Sonando como seguidores de los Estudios Legales Críticos, afirman que la ley es tan indeterminada y manipulable que puede constituir sólo una "fachada de legalidad"²⁴². Pero al evaluar el efecto de la ley, miran casi exclusivamente a los índices formales —leyes y sentencias judiciales²⁴³. Ese enfoque no tiene en cuenta el papel que juega el derecho antes de que se llegue a una decisión judicial o a un acto legislativo. Como muestra el período posterior al 11 de septiembre, cuando la ley es reforzada y defendida por las instituciones de la sociedad civil, puede tener una función disciplinaria mucho antes de que las demandas lleguen a un juicio final, e incluso cuando no se presenta nunca una demanda, una realidad que cualquiera que haya trabajado en la rama ejecutiva conoce²⁴⁴. Los funcionarios ejecutivos por lo general no pueden saber de antemano si sus acciones atraerán la atención de los vigilantes de la sociedad civil o darán lugar a una revisión judicial. A menudo no pueden saber si tal supervisión, ya sea por un tribunal, un comité legislativo o una organización no gubernamental, será estricta o deferente. Mientras exista algún riesgo de tal supervisión, es probable que la incertidumbre misma tenga un efecto disciplinario en las decisiones que toman. En resumen, hay muchas razones por las cuales los abogados ejecutivos generalmente se toman los límites legales en serio. Hacen un juramento y se acostumbran a hacerlo. Saben que los reclamos de ilegalidad pueden perjudicar sus objetivos. Y no pueden predecir cuándo se presentará una demanda contra ellos. De manera similar, al centrarse exclusivamente en las leyes y su aplicación por los jueces, Posner y Vermeule ignoran la importante función que desempeña la supervisión legal del Congreso a través de las leyes formales como la celebración de audiencias, la apertura de investigaciones, la solicitud de información sobre actividades dudosas del ejecutivo o la restricción de gastos federales. Además, la eficacia de estos controles aumentará la fuerza de la sociedad civil. Si hay suficientes vigilantes en el sector no gubernamental y/o los medios de comunicación se centran en las acciones del ejecutivo, listos para sacar a la luz supuestas conductas ilegales, la ley tendrá un efecto disuasivo importante, con o sin decisiones judiciales.

²⁴² Id. en 90.

²⁴³ Id.

²⁴⁴ *Ver* JACK GOLDSMITH, THE TERROR PRESIDENCY: LAW AND JUDGMENT INSIDE THE BUSH ADMINISTRATION 102 (2007) (argumentando que la función de seguridad nacional del ejecutivo está excesivamente gobernada por la ley).

Mientras que son excesivamente escépticos con la ley, Posner y Vermeule son exageradamente románticos con la fuerza restrictiva de la política mayoritaria. Los controles políticos que identifican consisten únicamente en el hecho de que los presidentes deben preocuparse por el resultado de las elecciones y deben cultivar la credibilidad y la confianza entre el electorado²⁴⁵. Hay varias razones para dudar de la eficacia de estos mecanismos en prevenir la extralimitación del ejecutivo.

En primer lugar, y lo más importante, si bien el proceso democrático está bien diseñado para proteger los derechos e intereses de la mayoría, está mal diseñado para proteger los derechos de las minorías y no está diseñado para proteger los derechos de los extranjeros que no tienen voz en el proceso político²⁴⁶. En tiempos de crisis, el ejecutivo sacrifica casi siempre los derechos de los extranjeros, alegando que "ellos" no merecen los mismos derechos que "nosotros" merecemos²⁴⁷. Decir que la ley es supérflua porque tenemos elecciones es relegar a ciudadanos extranjeros, y minorías en general, a abusos desenfrenados.

Segundo, la capacidad del proceso político para vigilar al ejecutivo se ve obstaculizada por el secreto. Gran parte de lo que hace el ejecutivo, sobre todo en tiempos de crisis, es secreto, e incluso cuando algunos aspectos de la acción ejecutiva son públicos, sus justificaciones descansan a menudo en argumentos secretos²⁴⁸. Los tribunales y el Congreso tienen al menos alguna capacidad de perforar ese velo e insistir en la rendición de cuentas. Sin derechos legales, como aquellos creados por la Ley de Libertad de Información, el público en general no tiene capacidad alguna para hacerlo²⁴⁹.

En tercer lugar, el proceso electoral es una espada sin filo. Las elecciones presidenciales se realizan sólo una vez cada cuatro años, y las elecciones al Congreso cada dos años. Las elecciones al Congreso a menudo involucrarán una mezcla impredecible de asuntos locales y nacionales, y hay pocas razones para creer que se concentrarán en la extralimitación del ejecutivo. Las elecciones presidenciales también abarcan inevitablemente una amplia gama de cuestiones, la mayoría de las cuales no tendrán nada que ver con la seguridad y la libertad. Por lo tanto, es poco probable que las elecciones sean eficaces para abordar abusos específicos del poder. Las preocupaciones

²⁴⁵ POSNER & VER MEULE, *nota supra* 236, en 5.

²⁴⁶ COLE, *nota supra* 90.

²⁴⁷ *Id.*; JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 115 (1980).

²⁴⁸ COLE, *nota supra* 90.

²⁴⁹ *Id.*

de los votantes sobre asuntos institucionales abstractos como el poder ejecutivo pueden chocar con sus intereses sobre cuestiones particulares, tales como si usar la fuerza militar para el apoyo de rebeldes libios. No hay ninguna garantía de que los ciudadanos separen estas cuestiones en sus mentes, y no hay razón para creer que, si lo hacen, le darán más importancia a las preocupaciones institucionales abstractas que a las preferencias políticas específicas en las urnas.

Cuarto, el proceso político se centra notoriamente en el corto plazo, mientras que los derechos constitucionales y la separación de poderes generalmente sirven a valores de largo plazo²⁵⁰. Precisamente porque la política ordinaria tiende a ignorar el hecho de que los redactores adoptaron una democracia constitucional. La Constitución identifica aquellos valores que la sociedad entiende como importantes para preservar a largo plazo, pero sabe que estará tentada a sacrificarlos a corto plazo²⁵¹. Si la política ordinaria fuera suficiente para proteger esos valores, no necesitaríamos una constitución.

Por lo tanto, hay poca evidencia de que la política mayoritaria haya desempeñado un papel de control significativo después del 9/11, o que dicha política sería una fuerza de control suficiente en tiempos de crisis. Y además, hay pocas razones para creer que los controles políticos serán suficientes para frenar el abuso presidencial. La historia es muchísimo más complicada. Como he tratado de ilustrar aquí, a raíz del 11 de septiembre, la interacción entre el derecho, la política y la cultura, enmarcada e impulsada por las organizaciones de la sociedad civil, fue crítica para hacer efectivos controles constitucionales e internacionales.

E. Explicaciones alternativas

En las partes anteriores he tratado de demostrar que las reducciones de las iniciativas iniciales de la lucha contra el terrorismo del Presidente Bush no pueden atribuirse a los controles y balances formales de la revisión judicial o la legislación o a las fuerzas políticas mayoritarias y que, por regla general, es poco probable que estos mecanismos impongan controles significativos en tiempos de crisis. Sugiero que los controles que hubo parecen haber sido impulsados en gran parte por instituciones no gubernamentales —en particular, grupos de la sociedad civil dedicados a los derechos constitucionales y humanos. Hay, por cierto, relatos alternativos de la primera década posterior al 11 de septiembre. En esta

²⁵⁰ Neal Kumar Katyal, *Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within*, 115 YALE L.J. 2314, 2317 (2006).

²⁵¹ *Id.* en 2319.

sección sostengo que aunque algunas de estas explicaciones alternativas pueden contar parte de la historia, no descartan de manera convincente el papel significativo que la sociedad civil ha desempeñado.

1. Continuidad, no cambio

Algunos han argumentado que la verdadera historia no es la restauración de los derechos y la legalidad, sino la institucionalización del "estado de excepción"²⁵².

De acuerdo con este punto de vista, Obama ha continuado ampliamente las iniciativas de Bush, convirtiéndolas en algo más resistente al desafío, porque ahora están disimuladas en la legitimidad de una administración percibida como más sensible por los derechos civiles y las libertades civiles²⁵³. Esta posición es sostenida por defensores de la izquierda que están decepcionados de que Obama no haya hecho cambios más sustanciales, y por defensores de la derecha que señalan las acciones de Obama como evidencia de que las políticas de Bush no eran tan extremas como muchos críticos las describieron²⁵⁴. Sin embargo, esta postura no tiene en cuenta los cambios que se han hecho desde los dos primeros años después del 11 de septiembre, y especialmente desde que Obama asumió el cargo.

²⁵² Ver, e.g., Mark Danner, *After September 11: Our State of Exception*, N.Y. REV. OF BOOKS (Oct. 13, 2011), *disponible en* <http://www.nybooks.com/articles/archives/2011/oct/13/after-september-11-our-state-exception/?pagination=false>; Joseph Margulies & Hope Metcalf, *Terrorizing Academia*, 60 J. LEGAL EDUC. 433, 465 (2011) ("a pesar de las promesas de campaña de Obama, sus políticas antiterroristas posteriores al 11 de septiembre son más llamativas por su similitud con Bush que por sus diferencias, que son en su mayoría modestas e incrementales"); Jack Goldsmith, *The Cheney Fallacy: Why Barack Obama is waging a more effective war on terror than George W. Bush*, THE NEW REPUBLIC (May 18, 2009); *but cf.* David Cole, *Breaking Away: Obama's war on terror is not "Bush Lite,"* THE NEW REPUBLIC (Dec. 8, 2010), *disponible en* <http://www.tnr.com/article/magazine/politics/79752/breaking-away-obama-bush-aclu-Guantánamo-war-on-terror> (discutiendo estas versiones, y sosteniendo que el enfoque de Obama es distinto de Bush en maneras importantes).

²⁵³ Margulies & Metcalf, *nota supra* 252.

²⁵⁴ Ver fuentes citadas *nota supra* 252; Former U.S. Justice Official: Obama Worse than Bush on Civil Liberties (video), DAILY CALLER, *disponible en* <http://dailycaller.com/2012/04/23/former-justice-official-obama-worse-than-bush-on-civil-liberties-video/> (John Yoo dice que Obama es peor que Bush en cuanto a las libertades civiles, mostrando que las críticas a Bush eran partidarias).

La diferencia principal entre los gobiernos de Bush y Obama radica en su actitud hacia las restricciones legales nacionales e internacionales. Bush veía la ley en términos schmittianos como secundaria, siendo la seguridad su único mandato real²⁵⁵. Por consiguiente, su administración hizo todo lo posible para evitar imposiciones legales, interpretando algunas leyes (como los Convenios de Ginebra, la Ley de No Detención y la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes) como inaplicables; e interpretando de manera inverosímil otras (tales como la prohibición de la tortura y las intervenciones telefónicas sin orden judicial) de tal manera que estas no abarcaran conductas que estaban claramente destinadas a prohibir, y afirmando la autoridad del Presidente para ignorar y anular cualquier ley contraria en virtud de su presunta autoridad del Artículo II como Comandante en Jefe²⁵⁶. El Presidente Obama, por el contrario, ha insistido desde el principio en que luchará contra el terrorismo dentro y de acuerdo con el Estado de derecho, y que la nación será más fuerte al hacerlo²⁵⁷. Como se señaló anteriormente, incluso argumentó ante el Circuito de D.C que el tribunal le había otorgado un poder excesivo, cuando una sala de ese tribunal dictaminó que las detenciones de Guantánamo no debían ser limitadas por las leyes de la guerra²⁵⁸.

Desde la izquierda, la crítica de que Obama no es diferente de Bush parece en gran medida derivarse de la frustración de que no ha terminado con las prácticas de detención militar, comisiones militares y asesinatos selectivos²⁵⁹. Por ejemplo, con respecto a Guantánamo, el mantra de muchos en la comunidad de derechos humanos ha sido "juicio o liberación"; sostienen que si los terroristas no pueden ser condenados en un tribunal penal civil ordinario, deben ser puestos en libertad²⁶⁰. Afirman que los terroristas deben ser detenidos y llevados a juicio, no asesinados por drones²⁶¹. Pero estas críticas tienden a ignorar que estamos en un conflicto

²⁵⁵ *Ver supra* texto acompañando nota 52.

²⁵⁶ *Ver* discusión *supra* Parte II.A.

²⁵⁷ *Ver, e.g.*, Palabras del Presidente sobre Seguridad Nacional, *nota supra* 76.

²⁵⁸ *Ver nota supra* 79.

²⁵⁹ *Ver, e.g.*, *Establishing a New Normal*, AM. CIV. LIBERTIES UNION (July 22, 2011), *disponible en* <http://www.aclu.org/print/national-security/establishing-new-normal>.

²⁶⁰ *Ver, e.g.*, CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS, *Rights Groups Mark Beginning of a Decade of Wrongful Detentions at Guantánamo and Demand Obama Close Island Prison with Justice*, *disponible en* <http://www.ccrjustice.org/newsroom/press-releases/rights-groups-mark-beginning-of-decade-of-wrongful-detentions-guant%C3%A1namo-and>, (Pidiendo a la administración que intentara o liberara a los detenidos en Guantánamo)

²⁶¹ Mary Ellen O'Connell, *Why Obama's 'targeted killing' is worse than Bush's torture*, THE GUARDIAN (U.K.), Jan. 20, 2012, *disponible en*

armado en curso, donde la detención militar, la justicia militar y el homicidio no son per se violaciones del derecho internacional, de los derechos humanos internacionales o del derecho interno²⁶². Por el contrario, todos son elementos habituales del arsenal de una nación cuando se encuentra en guerra²⁶³. Los Estados Unidos siguen involucrados en un conflicto armado en Afganistán y en las regiones fronterizas de Pakistán con Al Qaeda y los talibanes, y por lo tanto tiene autoridad para matar o situar a personas en detención militar que luchan en el otro bando, así como para usar el proceso criminal militar para juzgarlos por crímenes de guerra. Existe, por supuesto, un espacio importante para debatir sobre el alcance de la autoridad para matar, detener y/o ser juzgado en el sistema militar, pero la idea de que no hay autoridad para tales medidas encuentra poco apoyo en el precedente o en el derecho internacional²⁶⁴.

Muchas quejas sobre las medidas del Presidente Obama suponen que el punto de referencia apropiado para la evaluación es una aproximación de tiempos de paz, la cual prevaleció antes de los ataques del 11 de septiembre; desde esa perspectiva, hemos "establecido una nueva normalidad", como la ACLU y otros han mantenido²⁶⁵. Pero si uno acepta que hay un conflicto armado continuo con Al Qaeda y los talibanes, centrado en Afganistán, el lente apropiado no es la paz, sino la guerra. Y desde esa perspectiva, hay diferencias significativas entre las medidas iniciales del Presidente Bush y las que Estados Unidos emplea actualmente.

En resumen, si bien es cierto que los problemas siguen, difícilmente se puede negar que una nación que no se dedica a la tortura, a las entregas, a las desapariciones, a la detención sin audiencias ni revisión judicial y a las intervenciones telefónicas ilegales es más coherente con los principios del Estado de derecho que una que sí lo hace.

2. El efecto péndulo

<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/cifamerica/2012/jan/20/why-obama-targeted-killing-is-like-bush-torture>.

²⁶² Ver, e.g., U.S. Dep't of State, Harold Hongju Koh, Legal Adviser, The United States and International Law, Speech to American Society of International Law, Mar. 25, 2010, *disponible en* <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>; Robert Chesney, *Who May be Held? Military Detention Through the Habeas Lens*, 52 B.C. L. REV. 769 (2011).

²⁶³ Ver fuentes citadas en *nota supra* 262.

²⁶⁴ Id.

²⁶⁵ *Establishing a New Normal*, *nota supra* 259; Margulies & Metcalf, *nota supra* 252.

Un segunda explicación alternativa reconoce que se han realizado reformas significativas, pero sostiene que tales correcciones son inevitables cuando pasa la crisis y que todo lo que hemos visto en la última década es una regresión a la media²⁶⁶. Es cierto como cuestión histórica que los gobiernos suelen reaccionar de manera exagerada en momentos de crisis, y que una vez la crisis pasa, las mentes más calmadas son las que prevalecen. En el calor del momento, es probable que entremos en pánico y sobreestimemos qué es lo apropiado o necesario para enfrentar la amenaza. A medida que pasa el tiempo y el miedo desaparece, es más probable que la racionalidad vuelva. Pero esta explicación, a menudo representada como el movimiento de un péndulo, es demasiado débil y corre el riesgo de ser indulgente, en la medida en que retrata el cambio como casi automático.

El péndulo no oscila por sí solo; no hay fuerza analógica a la gravedad involucrada. Después de todo, como otra observación afirma, los funcionarios del gobierno que ganan poderes demasiado amplios en períodos de crisis son reacios a dejarlos después. Se necesita oposición, crítica y disentimiento para crear impulso para que la sociedad y el gobierno se muevan hacia la otra dirección. Esto especialmente cuando el peso de las fuerzas opuestas es tan significativo. El poder del miedo, la magnitud del complejo industrial de seguridad nacional y el hecho de que, por lo general, los derechos sacrificados hayan sido de ciudadanos extranjeros, se combinan para crear una presión extraordinaria en favor de la extralimitación de poder y ninguno de estos elementos se corrige por voluntad propia. Incluso si es probable que ocurra el efecto péndulo, el vigor de la oposición y la disidencia expresada por la sociedad civil puede determinar tanto el alcance de la reacción inicial como la velocidad con que se hacen las correcciones²⁶⁷.

3. Interés propio judicial

Una tercera explicación se centra en el papel de la Corte Suprema en particular y caracteriza sus intervenciones como impulsadas en gran parte, si no exclusivamente, por la preocupación por su propio poder y no por la libertad o los derechos humanos²⁶⁸. Sin embargo, esta explicación, si uno

²⁶⁶ Joseph Margulies y Hope Metcalf caracterizan esto como la narrativa dominante en la académica jurídica posterior al 11 de septiembre. Margulies & Metcalf, *nota supra* 252, en 434-35.

²⁶⁷ Ver Matthew & Shambaugh, *nota supra* 31.

²⁶⁸ Ver, e.g., Vladeck, *nota supra* 28; Joseph Landau, *Muscular Procedure: Conditional Deference in the Executive Detention Cases*, 84 WASH. L. REV. 661 (2009) (argumentando que los tribunales después del 11 de septiembre "reforzaron su papel crítico en el marco tripartito más amplio [] al fundar la toma de decisiones dentro de su propia área de especialización"); ver *Hamdi*, 542 U.S. en 536

llegara a aceptarla como una justificación para la conducta de la Corte, se refiere sólo a una pequeña parte del asunto. Como se discutió anteriormente, la mayoría de las reformas se llevaron a cabo sin una orden de la Corte Suprema.

Además, esta explicación no es convincente ni siquiera como una explicación del propio papel de la Corte. El mismo interés institucional en el poder judicial ya había existido en otras crisis; sin embargo, antes de los casos posteriores al 11 de septiembre, la Corte Suprema había deferido casi uniformemente a las tesis de prerrogativa ejecutiva sobre cuestiones de seguridad nacional en tiempos de crisis²⁶⁹. Además de los casos de incautación de acero y los Pentagon Papers²⁷⁰, esta fue la primera vez que la Corte Suprema intervino para restringir a un presidente durante la guerra. En la Primera Guerra Mundial, en la Segunda Guerra Mundial y durante el apogeo de la Guerra Fría, la Corte permaneció al margen o defirió a las tesis cuestionables sobre las necesidades de seguridad nacional²⁷¹. Sólo cuando estos conflictos terminaron fue que la Corte se impuso²⁷².

De hecho, un tribunal preocupado por conservar su propio poder institucional podría ser más propenso a diferir en tiempos de crisis. Uno no puede estar seguro de cómo el público responderá a una decisión. Fallar a favor del "enemigo" durante la guerra podría ser una propuesta arriesgada. Por lo tanto, una Corte que se preocupa principalmente por mantener su capital institucional puede tomar la decisión estratégica de deferir en tiempos de crisis para evitar contiendas que pudieran socavar su legitimidad, preservando así su poder en tiempos ordinarios²⁷³. Por consiguiente, no es obvio que los intereses institucionales de la Corte Suprema en tiempos de crisis sean la intervención en vez de la deferencia.

Adicionalmente, el hecho de que en los casos de combatientes la Corte Suprema haya entendido su decisión como una que oscilaba entre escoger

(señalando que la Constitución "prevé un papel para las tres ramas cuando las libertades individuales están en juego").

²⁶⁹ Ver *Hamdi*, 542 U.S. en 546-48; Devins, *nota supra* 28, en 500-03; David Cole, *Judging the Next Emergency*, *nota supra* 156.

²⁷⁰ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952); *N.Y. Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

²⁷¹ REHNQUIST, *nota supra* 152.

²⁷² Cole, *nota supra* 156.

²⁷³ De hecho, Alex Bickel aconsejó bastante. Ver ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 266 (1986).

la legalidad o la ilegalidad, como he sugerido anteriormente²⁷⁴, parece ser el resultado del enfoque que las organizaciones de la sociedad civil pudieron darle esos casos antes de que llegaran a la Corte.

4. La Guerra en Irak

Una cuarta explicación apunta al efecto que tuvo la guerra de Irak en cambio de la opinión pública en contra del gobierno. La insistencia del gobierno de Bush en perseguir esa costosa e impopular guerra, junto con la ausencia de armas de destrucción masiva allí, la razón principal para invadir, minó dramáticamente la confianza del público en la administración. La presidencia fue mucho más débil después de empezar la guerra con Irak, y esa debilidad sin duda contribuyó al éxito de los esfuerzos de reforma más amplios²⁷⁵. Pero esta explicación es insuficiente por sí sola. En primer lugar, en ausencia de presión de la sociedad civil sobre cuestiones de derechos constitucionales y derechos humanos, no hay ninguna razón para que la debilidad del Presidente en Irak se traduzca en un fortalecimiento de las reivindicaciones de derechos humanos con respecto a los esfuerzos antiterroristas en general. Por el contrario, podría haber creado una presión adicional para medidas aún más extremas, para "tranquilizar" a un público interrogador.

En segundo lugar, lo que hizo que la debacle de la guerra de Irak fuera particularmente influyente en los derechos humanos y la "guerra contra el terrorismo" fue que los problemas allí hacían eco a los problemas más amplios que afectaban al resto de las políticas de contraterrorismo²⁷⁶. La guerra de Irak, como muchas de las iniciativas más cuestionables de Bush, se decía que fue impulsada por la preocupación por el terrorismo²⁷⁷. Y como con las otras iniciativas de seguridad nacional analizadas anteriormente, la administración dejó de lado la ley con respecto a la guerra en Irak²⁷⁸. La Carta de las Naciones Unidas prohíbe la invasión de otro país sin autorización previa del Consejo de Seguridad, salvo en respuesta a un ataque armado ²⁷⁹. Muchos expertos interpretan que el derecho internacional permite además un acto unilateral de legítima defensa contra

²⁷⁴ Ver notas *supra* 198-207 y texto acompañante.

²⁷⁵ David Cole, *Are We Safer?*, N.Y. REV. OF BOOKS (Feb. 8, 2006), *disponible en* <http://www.nybooks.com/articles/archives/2006/mar/09/are-we-safer/?pagination=false>.

²⁷⁶ Id.

²⁷⁷ Id.

²⁷⁸ Id.

²⁷⁹ U.N. Charter, art. 39.

un ataque inminente pero aún no consumado²⁸⁰. En el caso de Irak, sin embargo, los Estados Unidos no se enfrentaron a ninguno de los dos. Sin embargo, el gobierno inició la guerra de todos modos, sin la aprobación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas²⁸¹.

La guerra de Irak, como la política antiterrorista de Bush en general, mostraba la disposición del Estado a utilizar la autoridad más coercitiva para "prevenir" futuros ataques, sin tener en cuenta las limitaciones legales fundamentales y bajo pruebas de mala calidad²⁸². La prisión de Abu Ghraib, vinculada a las prácticas coercitivas de interrogación del gobierno en Guantánamo y en otros lugares, reforzó dramáticamente dichas conexiones. En resumen, lo que estaba mal con la guerra de Irak también estaba mal con el paradigma preventivo de antiterrorismo de la administración en general²⁸³. Pero de nuevo, ante la ausencia de una base sólida para la crítica de las políticas de Bush, las repercusiones de la guerra de Irak no habrían contribuido al restablecimiento de la legalidad en la política antiterrorista estadounidense.

Como mínimo, las explicaciones que afirman que no ha habido una resurrección significativa del Estado de derecho, que todo lo que hemos presenciado es el inevitable giro de un péndulo, que todo es cuestión del interés judicial propio y que la impopularidad de la guerra de Irak fue lo que impulsó las reformas, no pueden explicar plenamente lo que sucedió en la primera década después del 11 de septiembre. Incluso si algunas de estas perspectivas iluminan parte de la historia, una explicación más completa requiere considerar la influencia que tuvo la sociedad civil.

IV. Lecciones de la década después del 11 de septiembre

Las lecciones de la última década sugieren que si queremos impedir las extralimitaciones del poder ejecutivo en el futuro, desarrollar y reforzar una cultura de resiliencia con respecto a los derechos constitucionales y humanos puede ser tan importante como los controles y equilibrios

²⁸⁰ Ver, e.g., Ken Anderson, *Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law*, SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK, (May 11, 2009), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1415070>.

²⁸¹ *Iraq War Illegal, says Annan*, BBC NEWS (Sept. 16, 2004), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/3661134.stm>.

²⁸² Para un extenso tratamiento de la guerra de Irak como una característica central del "paradigma preventivo" de la administración Bush, ver DAVID COLE & JULES LOBEL, *LESS SAFE, LESS FREE: WHY AMERICA IS LOSING THE WAR ON TERROR* 70-92 (2009).

²⁸³ *Id.* en 1-19.

formales consagrados en la Constitución, y las organizaciones de la sociedad civil tienen un papel fundamental en el fomento de esa cultura y en el avance de esos reclamos.

Esta observación, a su vez, tiene implicaciones para la teoría, el derecho y la práctica constitucional. En primer lugar, en cuanto a la teoría, los académicos y los estudiantes que estudian la Constitución harían bien en prestar atención a las funciones de refuerzo y control de los derechos de la sociedad civil, como tradicionalmente lo han hecho con las cortes, el congreso y la división de poderes. En segundo lugar, con respecto al contenido del derecho constitucional, las libertades de expresión y asociación consagradas en la Primera Enmienda deben ser entendidas como algo esencial para asegurar que las organizaciones de la sociedad civil operen. Vincent Blasi argumentó hace mucho tiempo que la Primera Enmienda cumple una función crítica en el control de los abusos gubernamentales²⁸⁴, pero no es la Primera Enmienda en sí sino la sociedad civil que protege. En tercer lugar, y lo más importante, por práctica, la experiencia de la primera después del 11 de septiembre subraya el importante valor de nuestro compromiso activo como ciudadanos en las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a los derechos constitucionales y humanos. Sin ese compromiso, es probable que una constitución sea tan débil como el pergamino en el que está escrita.

A. Teoría: Constitucionalismo de la sociedad civil

Si la presión de la sociedad civil contribuye al restablecimiento de la legalidad en la década posterior al 11 de septiembre, es esencial que los constitucionalistas presten más atención a cómo funciona esa presión y, en particular, al efecto de la sociedad civil sobre el constitucionalismo y los derechos humanos. He argumentado anteriormente que los controles sorprendentemente sólidos después del 11 de septiembre al poder ejecutivo no pueden atribuirse ni a la ley en el sentido formal, ni a la política ordinaria. No se puede entender dicha transformación sin considerar el papel que desempeñan los grupos de la sociedad civil comprometidos con los derechos constitucionales y humanos. La teoría constitucional ha acudido tradicionalmente a la propia Constitución y a la separación de poderes, especialmente en el control constitucional, para hacer cumplir los límites legales al poder del gobierno. Pero la experiencia posterior al 11 de septiembre sugiere que una sociedad civil sólida dedicada a los derechos constitucionales y humanos puede ser tan importante como los elementos

²⁸⁴ Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 2 AM. BAR FOUND. RES. J. 521 (1977).

formales de la separación de poderes para controlar el abuso del ejecutivo. Al mismo tiempo, existe una compleja interrelación entre el poder informal de la sociedad civil y las restricciones legales formales. Las disputas y reclamaciones legales constituyen el punto focal de muchas de las actividades de estos grupos, pero sus actividades no se limitan en modo alguno a buscar soluciones ante los tribunales. También invocan demandas legales en el ámbito informal del discurso civil, invitando a los funcionarios del gobierno, las élites y la población en general a adherirse a los compromisos reflejados en la Constitución y los instrumentos de derechos humanos.

Algunos teóricos constitucionales han comenzado a criticar el derecho constitucional americano y a la academia por su enfoque casi exclusivo en las cortes²⁸⁵. Sostienen que los tribunales son instituciones intrínsecamente conservadoras con capacidades correctivas muy limitadas y que incluso cuando emiten decisiones protectoras de los derechos, las decisiones pueden provocar una reacción negativa que hace más daño que bien. Al mismo tiempo, afirman que el enfoque excesivo en las cortes como las encargadas de hacer cumplir los derechos constitucionales hace que las otras ramas del gobierno y el pueblo en general no asuman la responsabilidad por sí mismos para hacer cumplir la Constitución. El llamado "constitucionalismo popular" sostiene que debemos "apartar la Constitución de los tribunales", e impulsar e inspirar "al pueblo mismo" y/o a sus representantes para que asuman un rol constitucional más afirmativo²⁸⁶.

El enfoque en el constitucionalismo fuera de los tribunales se basa en una verdad importante; a saber, que, como lo señaló Learned Hand en 1944, "la libertad está en el corazón de los hombres y las mujeres"²⁸⁷. Pero la fórmula del constitucionalismo popular es errónea. La Constitución está diseñada para restringirnos, reconociendo que el pueblo mismo y sus representantes estarán tentados a despreciar los compromisos que se tienen a largo plazo con los valores fundamentales cuando esos valores chocan (como suelen ocurrir) con preferencias populares de corto plazo. "Apartar la Constitución de los tribunales" y asignar su cumplimiento al Congreso, al Presidente, o

²⁸⁵ MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999); LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2004); Michael J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, 104 MICH. L. REV. 431 (2005); cf. GERALD ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1993).

²⁸⁶ KRAMER, *nota supra* 285; TUSHNET, *nota supra* 285; David E. Pozen, *What Happened in Iowa?*, 111 COLUM. L. REV. SIDEBAR 90, 94-95 (2011) (resumiendo los reclamos de constitucionalistas populares).

²⁸⁷ *Ver nota supra* 13.

al pueblo mismo, es como pedirle al zorro que cuide del gallinero. En lo más fundamental, por lo tanto, el "constitucionalismo popular" es una contradicción en términos²⁸⁸.

Robert Post y Reva Siegel han tratado de tomar en serio las ideas del "constitucionalismo popular", pero sin descontar ni denigrar el papel de los tribunales²⁸⁹. Reconocen que los tribunales desempeñan un papel central en la protección de los derechos constitucionales de las presiones mayoritarias²⁹⁰. Pero también insisten en que la "autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, de la capacidad de la Constitución para inspirar a los estadounidenses a reconocerla como su Constitución"²⁹¹. Y así entienden los roles tanto de las cortes como del pueblo, y argumentan que las reacciones populares a las decisiones constitucionales, preocupantemente descritas por otros académicos como "reacción negativa", deberían verse positivamente como la expresión "del deseo de un pueblo libre de influir en el contenido de la Constitución"²⁹². Como dicen, "las reacciones negativas pueden promover la solidaridad constitucional y revigorizar la legitimidad democrática de la interpretación constitucional"²⁹³. Por lo tanto, Post y Siegel tratan de evitar la contradicción del "constitucionalismo popular", centrándose en cambio en la interacción entre los movimientos políticos populares y las decisiones judiciales sobre la interpretación constitucional.

Tanto el constitucionalismo "popular" como el constitucional "democrático" reconocen una paradoja central de los derechos constitucionales y humanos en una democracia: que esos derechos están diseñados para controlar la fuerza de la opinión popular y la política ordinaria; pero, como Learned Hand afirmó, son efectivos sólo en la medida en que las personas estén comprometidas con ellos. ¿Cómo revisa el derecho constitucional limita la política si al final de todo depende del compromiso político?

El enfoque de este artículo sobre el papel particular que desempeñan las organizaciones de la sociedad civil comprometidas con los derechos constitucionales sugiere una respuesta. Debido a que las organizaciones de la sociedad civil se definen por su dedicación institucional a los derechos, operan mediante apelaciones a los derechos y carecen de la autoridad

²⁸⁸ Ver Larry Alexander & Lawrence B. Solum, *Popular? Constitutionalists*, 118 HARV. L. REV. 1594 (2005).

²⁸⁹ Ver, e.g., Post & Siegel, *nota supra* 12.

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ *Id.* en 374.

²⁹² *Id.* en 376.

²⁹³ *Id.*

formal para "hacer cumplir" los derechos, estas necesariamente unen la brecha entre la política y el derecho constitucional construyendo, apoyando y reforzando una cultura de resiliencia con respecto a los derechos constitucionales y humanos.

La sociedad civil, en otras palabras, desempeña una función esencial para hacer que los derechos sean significativos y hacer cumplir la tesis de Hand: "la libertad está en el corazón de los hombres y las mujeres"²⁹⁴. Al igual que una constitución, una organización de la sociedad civil representa una decisión colectiva de defender ciertos valores fundamentales. Sin embargo, a diferencia de una constitución, la sociedad civil no es simplemente un trozo de papel, sino una materialización de esos compromisos. Y cuando, como en tiempos de crisis, el ejecutivo, el legislativo, las cortes y la población en general están más inclinados a favorecer el amplio poder ejecutivo sobre la fidelidad a los principios fundamentales, las organizaciones de la sociedad civil desempeñan su papel más importante. Dado que estas organizaciones se definen por su compromiso con los valores constitucionales y de derechos humanos, es menos probable que pierdan de vista esos valores en tiempos de crisis²⁹⁵.

De hecho, estas organizaciones de la sociedad civil a menudo prosperan precisamente cuando parece que todas las demás fuerzas de la sociedad están dirigidas a socavar los derechos constitucionales y humanos. Así, la ACLU, el Centro de Derechos Constitucionales y el Consejo de Relaciones Americano-Islámicas crecieron sustancialmente a raíz del 11 de septiembre, ya que los partidarios vieron a esas instituciones como controles críticamente importantes del abuso del gobierno y se reunieron para unirse y apoyarlos como nunca antes²⁹⁶. Y a pesar de su falta de poder gubernamental o similarmente formalizado, desempeñaron un papel importante al impulsar a los Estados Unidos a poner sus políticas y prácticas antiterroristas más en línea con los límites constitucionales y de derechos humanos²⁹⁷.

Tampoco es el papel de las organizaciones de la sociedad civil formular, configurar y ayudar en el cumplimiento del significado constitucional únicamente en tiempos de crisis. En trabajos futuros, intentaré examinar el

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ Esto no es siempre el caso, como la complicada historia de la relación de la ACLU con el Partido Comunista durante la era McCarthy demuestra. Samuel Walker, IN DEFENSE OF AMERICAN LIBERTIES: A HISTORY OF THE ACLU (2d ed. 1999).

²⁹⁶ Drinkard, *nota supra* 111 y texto acompañante.

²⁹⁷ *Ver* discusión *supra* Parte III.A

papel más amplio que estos grupos juegan al momento de darle significado a los derechos. Pero basta con señalar aquí que es difícil nombrar un solo avance en el desarrollo de los derechos constitucionales que no haya sido impulsado y acompañado por la participación activa y el liderazgo de las organizaciones de la sociedad civil. Los grupos de la sociedad civil comprometidos con la eliminación de la injusticia racial, incluyendo la NAACP, el Fondo de Defensa Legal de la NAACP y muchos otros grupos de derechos civiles, fueron sumamente importantes para el desmantelamiento de la segregación oficial y la discriminación racial²⁹⁸. La mano guía de Ruth Bader Ginsburg desempeñó un papel central en el establecimiento del principio constitucional de que las distinciones basadas en el sexo son presuntamente sospechosas bajo la Cláusula de Igual Protección y que el derecho a terminar un embarazo es un aspecto central de la igualdad²⁹⁹. Y los grupos de la sociedad civil dedicados a los derechos de los homosexuales desempeñaron un papel importante en la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de las leyes de sodomía homosexuales en *Lawrence v. Texas*, así como en el movimiento en curso para reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse³⁰⁰. Intentar comprender estos desarrollos como una cuestión de pura doctrina, o como una función de la política en sentido amplio, ignora el papel significativo que juegan las organizaciones de la sociedad civil en la formulación, desarrollo y aplicación de las demandas de derechos constitucionales.

Las organizaciones de la sociedad civil, por supuesto, no siempre empujan en direcciones progresivas. La Cámara de Comercio de los Estados Unidos, por ejemplo, gasta vastos recursos para presionar los derechos de las grandes empresas sobre los intereses de los consumidores, los trabajadores y el medio ambiente. La National Rifle Association y otros grupos de derechos de armas, con un respaldo financiero sustancial de la industria de armas, abogó con éxito para establecer un derecho a portar armas que contribuye a los delitos violentos en todo el país. Las organizaciones religiosas han trabajado duro para revertir las protecciones que la Corte Suprema otorgó a las mujeres embarazadas en *Roe v. Wade*. Y los llamados super PACs —también parte de la "sociedad civil"— han servido para

²⁹⁸ Ver JACK GREENBERG, *CRUSADERS IN THE COURTS: LEGAL BATTLES OF THE CIVIL RIGHTS MOVEMENT* (2004); William N. Eskridge, Jr., *Some Effects of Identity-Based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century*, 100 MICH. L. REV. 2062, 2096 (2002).

²⁹⁹ Deborah Dinner, *The Costs of Reproduction: History and the Legal Construction of Sex Equality*, 46 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 415, 447-48 (2011); ver also *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

³⁰⁰ Ver DALE CARPENTER, *FLAGRANT CONDUCT: THE STORY OF LAWRENCE V. TEXAS* (2012).

oscurecer los esfuerzos de los súper ricos para distorsionar las elecciones presidenciales y parlamentarias a través de un enorme gasto anónimo en publicidad de campañas.

De hecho, algunos de los proyectos de la sociedad civil más exitosos en las dos últimas décadas han sido conservadores, oponiéndose a la acción afirmativa, la atención universal de la salud, los derechos de los homosexuales y la regulación ambiental³⁰¹. Por cada editorial que publicaba el New York Times criticando las iniciativas de seguridad nacional por violar libertades civiles, el Wall Street Journal publicaba una editorial promoviendo las decisiones de seguridad más duras. Por lo tanto, no hay garantía de que la sociedad civil ayude a que los derechos constitucionales evolucionen en una dirección progresiva. Mi afirmación es más bien que gran parte del trabajo de constitucionalismo se llevará a cabo en el sector de la sociedad civil y que para entender cómo funcionan efectivamente las constituciones y los derechos que estas garantizan, los académicos deben prestar más atención al papel que desempeñan estas instituciones no gubernamentales en la lucha por el significado constitucional.

El constitucionalismo de la sociedad civil, al enfocarse en el papel catalítico y de refuerzo de las organizaciones de la sociedad civil, ayuda a explicar cómo los valores constitucionales y de derechos humanos se realizan y protegen en una democracia. No es "el propio pueblo", una abstracción, sino individuos que actúan juntos en organizaciones y asociaciones no gubernamentales específicas los que juegan un papel crítico. Las organizaciones de la sociedad civil se comprometen con el derecho constitucional y se comprometen a hacerlo avanzar. Eliminan la brecha entre la política ordinaria y el derecho constitucional formal y ayudan a reforzar la cultura esencial para preservar la Constitución como materialización viva de los compromisos más profundos de nuestra sociedad.

Al igual que los constitucionalistas populares, Joseph Margulies y Hope Metcalf critican la academia jurídica posterior al 11 de septiembre por concentrarse exageradamente en el papel de los tribunales en la protección y preservación de los derechos³⁰². En su opinión, la cuestión de si los derechos se actualizan no depende tanto de las decisiones judiciales formales sino de cuál la narrativa prevalece en la cultura estadounidense —una que vea los derechos (a menudo, los derechos de los demás) como obstáculos a la seguridad nacional o una que vea el respeto de los derechos

³⁰¹ Ver STEVEN M. TELES, *THE RISE OF THE CONSERVATIVE LEGAL MOVEMENT: THE BATTLE FOR CONTROL OF THE LAW* (2008).

³⁰² Margulies & Metcalf, *nota supra* 252, en 437, 450.

como un componente importante de los valores americanos y como fuente de fortaleza³⁰³. Las decisiones judiciales y las elecciones políticas hacen parte de las narrativas que compiten, y esas narrativas, a su vez, hacen parte de las decisiones judiciales y elecciones, pero no hay correspondencia necesaria. Una victoria judicial o electoral puede reforzar un conjunto de puntos de vista o, a la inversa, provocar una reacción negativa³⁰⁴. Margulies y Metcalf subrayan la necesidad de considerar la interrelación del derecho, la cultura y la política. Este ensayo sostiene que la sociedad civil juega un papel crítico en la elección de cuál narrativa prevalece; qué resultados se obtienen en los tribunales, en el Congreso y en el poder ejecutivo; y qué respuestas generarán estos resultados. En resumen, no podemos entender el arco del constitucionalismo sin prestar mucha atención al trabajo de los grupos de la sociedad civil.

Es importante distinguir el rol de la sociedad civil de la política democrática en general. Como he demostrado más arriba³⁰⁵, mientras que las fuerzas políticas desempeñaron un papel importante en el control del Presidente Bush, lo importante fue el contenido sustantivo particular de esa política; no fue cualquier presión política, sino una presión para mantener la fidelidad a los derechos constitucionales y humanos. La política por sí misma es tan propensa a permitir el abuso como a impedirlo; considere los linchamientos en los Estados Unidos o el partido nazi en Alemania. Lo que necesitamos si queremos controlar los abusos del poder ejecutivo es una cultura que defienda los derechos constitucionales y humanos. Y los grupos de la sociedad civil que comparten esos compromisos son parte integral de la construcción y sostenimiento de esa cultura, y de invocarla en tiempos de crisis.

A diferencia de las políticas electorales mayoritarias que Posner y Vermeule imaginan, el trabajo de la sociedad civil no puede separarse claramente de la ley. Por el contrario, a menudo girará en torno a desafíos evidentemente legales, oponiéndose a las desviaciones de normas legales específicas, a menudo pero no siempre escuchadas en un caso judicial, como con el desafío de la sociedad civil al trato de los detenidos en Guantánamo. Las acciones del Congreso sobre ese tema dejan claro que si Guantánamo hubiera sido abandonado al proceso político mayoritario, habrían habido

³⁰³ *Ver id.* en 456-70 (criticando la comprensión legalista y de la Corte de los derechos, y abogando por una mayor atención a los usos políticos y simbólicos de los derechos).

³⁰⁴ *Id.* en 461 ("Una pérdida puede producir un sentimiento de amenaza y movilizar a la gente a actuar, mientras que el éxito invariablemente fomenta la complacencia y la tranquilidad").

³⁰⁵ *Ver* discusión *supra* Parte III.

pocos avances o incluso ninguno. El litigio generó y concentró la presión sobre las reclamaciones por una restauración de los valores de la legalidad y, como se discutió anteriormente, la presión desempeñó entonces un papel crítico en el resultado del litigio, lo que a su vez contribuyó a un impulso más amplio para la reforma.

La separación de los poderes y los derechos humanos están diseñados para disciplinar y restringir la política, por la preocupación de que la política mayoritaria, centrada en el corto plazo, pueda descartar estos valores a largo plazo. Sin embargo, sin una masa crítica de apoyo activo a los principios constitucionales, es poco probable que sean eficaces. La masa crítica, sin embargo, no necesita ser una mayoría. A raíz del 11 de septiembre, las organizaciones de la sociedad civil ayudaron a obtener resultados que no hubieran sido posibles a través de un proceso político estrictamente mayoritario. La respuesta, entonces, no es abandonar las restricciones legales por razones políticas, como lo haría Posner y Vermeule, sino promover una cultura que valore los derechos constitucionales y humanos como restricciones legales.

Las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a tales valores, como Human Rights Watch, el Centro de Derechos Constitucionales y la Unión Americana de Libertades Civiles, desempeñan un papel central en la promoción, la información y la generación de una cultura de respeto a la libertad y la legalidad ³⁰⁶. A diferencia de las instituciones gubernamentales, los grupos de la sociedad civil no tienen autoridad formal para imponer los límites de la ley. Su recurso a la ley es estrictamente indirecto: pueden presentar demandas que buscan la aplicación judicial, ejercer presión en el Congreso para la reforma legal u otras respuestas legislativas, o tratar de influir en el poder ejecutivo. Sin embargo, mientras avanzan las demandas legales, persiguen simultáneamente estos objetivos a través de medios discursivos propios de la sociedad civil —apelando a la opinión pública y de élite, a través de la defensa pública, la educación, las manifestaciones, correos electrónicos y peticiones, entre otras.

A diferencia de la política ordinaria, que tiende a centrarse en las preferencias del momento, estas organizaciones de la sociedad civil se dedican a un conjunto de compromisos a largo plazo. Al igual que una constitución en sí, los grupos de la sociedad civil organizados para promover los derechos constitucionales y humanos están institucionalmente diseñados para enfatizar y reforzar nuestros compromisos a largo plazo con los derechos. Cuando el proceso político ordinario es consumido por el calor de una crisis, organizaciones como la

³⁰⁶ *Id.*

ACLU, Human Rights First y el Centro de Derechos Constitucionales, dedicado a la preservación de los derechos constitucionales y humanos, generalmente se pueden contar para defender estos derechos y Para resistir las presiones políticas. En su mejor momento, las organizaciones de la sociedad civil ayudan a forjar una cultura de resiliencia sobre los derechos.

Kramer, Tushnet, Post y Siegel, Posner y Vermeule y Margulies y Metcalf reconocen la importancia de la cultura como fuerza de control sobre el poder del gobierno en el mundo moderno³⁰⁷. Pero ninguno se centra en el papel particular que juegan las organizaciones de la sociedad civil comprometidas con los derechos constitucionales y humanos en ese mecanismo de control. No es que el "imperio de la política" haya reemplazado al "Estado de derecho", como Posner y Vermeule lo dirían, o que la Constitución deba ser arrebatada de los jueces y dada al pueblo, como defienden los constitucionalistas populares, sino que una cultura de resiliencia sobre los derechos, reforzada por la sociedad civil, es un elemento esencial para asegurar que el derecho constitucional sea más que palabras.

B. Derecho: La función limitadora de la libertad política

Si una sociedad civil robusta es esencial para un constitucionalismo sano, entonces las protecciones constitucionales de la sociedad civil, en particular la Primera Enmienda, pueden ser tan importantes como la división formal de poderes. En este sentido, la década posterior al 11 de septiembre puede leerse como una reivindicación de la visión clásica de Vincent Blasi del "valor de comprobación" de la Primera Enmienda³⁰⁸. Blasi argumentó que uno de los valores centrales de la libertad de expresión es precisamente su capacidad instrumental de limitar al poder oficial en jaque haciéndolo rendir cuentas ante el público³⁰⁹. Pero, por supuesto, no es la Primera Enmienda misma la que llama al poder a rendir cuentas. La Primera Enmienda crea un espacio seguro para que la sociedad civil actúe, pero es la sociedad civil misma la encarnación viviente de este "valor limitador"³¹⁰.

La Primera Enmienda es el elemento vital de la sociedad civil. Para que las organizaciones de la sociedad civil florezcan, deben tener la libertad de

³⁰⁷ *Ver generally* Post & Siegel, *nota supra* 12; POSNER & VERMEULE, *nota supra* 236; Margulies & Metcalf, *nota supra* 252.

³⁰⁸ Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 2 AM. BAR FOUND. RES. J. 521 (1977).

³⁰⁹ *Id.* en 523.

³¹⁰ *Id.* en 528.

criticar al gobierno, de organizarse como asociaciones, de apelar a la ciudadanía por el apoyo, tanto financiero como ideológico, y de colaborar con otros grupos para lograr sus fines³¹¹. El mantenimiento de esas libertades es un valor importante en sí mismo, pero también tiene importantes beneficios instrumentales, en la medida en que una sociedad civil libre puede actuar como un control crítico de los abusos ejecutivos de otros derechos. En consecuencia, una apreciación del papel de la sociedad civil en hacer que la Constitución funcione debe hacer énfasis en la importancia central de preservar la protección de la Primera Enmienda para el discurso y las actividades de dichas organizaciones

En este sentido, tres acontecimientos ocurridos desde el 11 de septiembre deberían ser motivo de preocupación. Primero, mientras que los ataques directos al discurso no han sido una característica central de la "guerra contra el terrorismo", la libertad de expresión sigue siendo vulnerable, especialmente para algunos. En general, desde el 11 de septiembre, no hemos visto el mismo tipo de castigo directo que caracterizó la respuesta del gobierno a los activistas contra la guerra durante la Primera Guerra Mundial o a los simpatizantes comunistas en la era McCarthy³¹². Sin embargo, el agresivo ataque del gobierno contra las comunidades musulmanas en los Estados Unidos, incluyendo el uso de cargos de inmigración como pretexto, de informantes y de provocadores encubiertos, ha tenido un profundo efecto negativo en la libertad de esa comunidad de criticar al gobierno³¹³. A pesar de que este señalamiento no afecta directamente la capacidad de los individuos y organizaciones no musulmanes y no árabes para criticar los excesos del gobierno, la comunidad árabe y musulmana, siendo el objetivo de casi todo el exceso gubernamental, es la fuente más importante de información³¹⁴. Los inmigrantes son especialmente vulnerables porque el código de inmigración bizantino ofrece una amplia discreción para la aplicación selectiva y la Corte Suprema ha decidido que incluso la aplicación selectiva basada en asociaciones protegidas no es un obstáculo para los procedimientos de deportación³¹⁵. Si bien la investigación de posibles terroristas es indiscutiblemente importante, la manera torpe en la que el gobierno federal ha actuado ha perjudicado la libertad de los miembros de las comunidades árabes y musulmanas de hablar y ser escuchados, lo que a su vez aumenta la probabilidad de que el ejecutivo se extralimite en sus facultades.

³¹¹ *Id.* en 536.

³¹² DAVID COLE & JAMES X. DEMPSEY, *TERRORISM AND THE CONSTITUTION* 136 (2006).

³¹³ *Id.* en 222, 246

³¹⁴ *Id.* en 234-37

³¹⁵ *Reno v. Am.-Arab Anti-Discrimination Comm.*, 525 U.S. 471, 480 (1999).

En segundo lugar, el Congreso y el Presidente han criminalizado el discurso y la asociación cuando participan con o en nombre de organizaciones que el gobierno ha designado como "terroristas", independientemente del carácter pacífico y lícito del discurso o la asociación del individuo. La ley federal autoriza ampliamente al ejecutivo a designar a grupos nacionales y extranjeros como "terroristas", y penaliza el simple hecho de proporcionar a estos grupos cualquier tipo de "apoyo material" o el realizar cualquier "transacción" con ellos, incluyendo ofrecerles cualquier tipo de servicio³¹⁶. Tanto el "apoyo material" como el "servicio" están definidos lo suficientemente amplios como para incluir hasta el discurso más simple, y ni siquiera requiere algún tipo de conexión entre el contenido del discurso y alguna conducta terrorista³¹⁷. Por lo tanto, estas leyes hacen que sea un crimen dedicarse a un discurso que defienda los derechos humanos y la resolución pacífica del conflicto, cuando se hace para o con ciertos grupos³¹⁸. En *Holder v. Humanitarian Law Project*, el gobierno de Obama logró con éxito que el discurso que abogaba sólo por "ideas políticas y medios legales para lograr fines políticos" fuera penalizado sin violar la Primera Enmienda³¹⁹.

Para todos los efectos prácticos, estas leyes resucitan el principio de "culpa por asociación" que fue ampliamente empleado durante la era de McCarthy³²⁰. A medida que la era McCarthy disminuyó, la Corte Suprema dictaminó que la Constitución impide la imposición de la culpabilidad por asociación a un grupo específico sin que haya prueba alguna de que un individuo tenga el propósito específico de promover sus fines ilegales³²¹. La ley de "apoyo material" no penaliza la membresía o la asociación como tal, pero prácticamente sí, haciendo que sea un crimen hacer cualquier cosa que uno haría como miembro o asociado de un grupo. Bajo la ley actual, uno tiene el derecho constitucional de ser miembro de un grupo que el gobierno ha designado como "terrorista", pero no tiene derecho a pagar cuotas, servicios voluntarios o abogar incluso por una reforma pacífica e lícita en

³¹⁶ 18 U.S.C. § 2339B (2009); 50 U.S.C. §§ 1701-07 (2012); Ex. Order No. 13224, 66 Fed. Reg. 49079 (Sept. 23, 2001).

³¹⁷ 18 U.S.C. § 2339A(b)(1) (2009) (definiendo "apoyo material"); 31 C.F.R. §560.517 (2009) (definiendo los "servicios" prohibidos bajo la Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia).

³¹⁸ *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705 (2010).

³¹⁹ *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2732 (Breyer, J., salvamento de voto).

³²⁰ COLE & DEMPSEY, *nota supra* 312, en 136.

³²¹ *Ver, e.g.*, *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967); *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961).

nombre de dicho grupo³²². Las leyes de "apoyo material" han convertido el derecho de asociación en una formalidad sin sentido. El hecho de que esta restricción a la libertad política esté específicamente dirigida a grupos oficialmente desfavorecidos por el gobierno hace que la ley sea aún más sospechosa desde el punto de vista de la Primera Enmienda. Los puntos de vista de esos grupos y de sus partidarios podrían ser particularmente relevantes desde el punto de vista del control, ya que es más probable que sean víctimas de la extralimitación del gobierno. La criminalización generalizada de prácticamente cualquier discurso o actividad asociada con grupos oficialmente desfavorecidos que establece la ley de "apoyo material" tiene sus efectos más escalofrantes sobre aquellos grupos e individuos de quienes más necesitamos escuchar.

En tercer lugar, y de manera más general, el enfoque doctrinal que la Corte Suprema empleó en *Holder v. Humanitarian Law Project*, el primer caso posterior al 9/11 de la Corte en contra de las reclamaciones de seguridad nacional, parece diluir sustancialmente la protección constitucional del discurso —siendo esto lo más importante para limitar los abusos del gobierno en este tema. La Corte en *Holder v. Humanitarian Law Project* reconoció que la prohibición de "apoyo material", como se aplica a los discursos de los demandantes en defensa de los derechos humanos y la paz, era una prohibición basada en contenido que requería del escrutinio más intenso a la luz de la Primera Enmienda³²³. Muy pocas leyes sobreviven a tal escrutinio, pues requiere que el gobierno establezca que la prohibición del discurso específico en cuestión es necesaria para promover un interés imperioso del Estado³²⁴. El gobierno debe fundamentar sus aseveraciones con evidencia y demostrar que no hay más medios adaptados para lograr sus fines³²⁵. El gobierno debe corroborar sus afirmaciones con evidencia y demostrar que no hay medios más idóneos para lograr sus fines. Sin embargo, en dicho caso la Corte planteó justificaciones para la ley que ni el propio gobierno había presentado, y luego confirmó la ley sobre esa base sin ninguna evidencia para sustentar sus especulaciones³²⁶. Así, razonó que enseñarle a un grupo cómo abogar por los derechos humanos podría llevar a que este grupo acose al cumplir con dichos requisitos, que asesorar a un grupo sobre los caminos hacia la paz podría permitirle al grupo utilizar las negociaciones de paz como una fachada para rearmarse, y que incluso si

³²² David Cole, *The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project en First Amendment Doctrine*, 6 HARV. L. & POL'Y REV. 147, 162-64 (2012).

³²³ *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2724.

³²⁴ *Id.*

³²⁵ *Id.* en 2735 (Breyer, J., salvamento de voto).

³²⁶ *Id.* en 2728-29.

ninguno de estos resultados negativos inmediatos surgiera, ayudar al grupo en las actividades lícitas podría mejorar su legitimidad, la cual podría usar para aumentar el apoyo a más actividades terroristas³²⁷. La Corte nunca exigió pruebas que demostraran de que la defensa de la paz y los derechos humanos hubiera tenido en algún momento esos efectos, o que la penalización de dicho discurso fuera necesaria o idónea para luchar contra el terrorismo. En cambio, la Corte destacó que en el ámbito de la seguridad nacional y las relaciones exteriores, debía deferir a las ramas políticas³²⁸. Sin embargo, como el propio gobierno ni siquiera había presentado muchas de estas supuestas justificaciones, la Corte terminó defiriendo a su propia especulación. Si este "escrutinio estricto deferente" es el estándar para juzgar las futuras restricciones al discurso defendidas en nombre de la seguridad nacional o las relaciones exteriores, es poco probable que la Primera Enmienda sea un gran baluarte contra la censura en tiempos de crisis.

El papel central que desempeñan las libertades de la Primera Enmienda en la restauración del Estado de derecho después del 11 de septiembre debería reforzar la importancia de prohibir la "culpabilidad por asociación", ya sea en forma de "apoyo material" o de prohibición directa de membresía. Debería hacernos más sensibles a los efectos escalofrantes de un señalamiento demasiado agresivo a la comunidad musulmana. Y debería llevar a las cortes a adoptar una postura más escéptica hacia las restricciones basadas en el contenido del discurso justificadas en nombre de la seguridad nacional. El hecho de que los grupos de la sociedad civil en los Estados Unidos se sintieran libres de criticar las extralimitaciones del gobierno a raíz del 11 de septiembre indica que la cultura de la libertad política sigue siendo fuerte. Pero ni las ramas políticas ni el poder judicial han hecho suficiente hincapié en la importancia de mantener la libertad política como fuerza de control en tiempos de crisis.

C. Práctica: Participación ciudadana

La supervivencia de nuestra democracia constitucional no sólo se basa en una constitución escrita y en la división de poderes, sino en una sociedad civil vibrante dedicada a reforzar y defender los valores constitucionales. Quizás las implicaciones más importantes de esta afirmación no sean teóricas o doctrinales, sino prácticas. Como ciudadanos, es nuestra obligación comprometernos en la lucha por los derechos constitucionales y humanos. Sin ese compromiso, es poco probable que la Constitución cumpla

³²⁷ *Id.* en 2726-28.

³²⁸ *Id.* en 2728-29.

su promesa. En cierto sentido, la Constitución no es "auto-ejecutada". Por supuesto, puede ser invocada directamente en la corte sin la aprobación del Congreso. Pero en un sentido más fundamental, el sentido al que se refiere Leaned Hand, no habrá mucho que invocar si no hay una cultura de respeto a los principios constitucionales. Y esa cultura es de nuestra propia creación. No puede ser "garantizada" por un documento, ni por los compromisos de los autores ya muertos desde hace tiempo, ni por la división formal de poderes, sino sólo por el compromiso cívico activo de los seres humanos.

Generalmente consideramos que las obligaciones cívicas consisten en acciones cuasi oficiales relacionadas directamente con la gobernanza: votar, servir como jurados, pagar impuestos y, en situaciones extremas, servir en el ejército. En términos más generales, una ética de voluntariado y compromiso cívico celebra la participación en asociaciones de padres y maestros, grupos vecinales, comunidades religiosas y organizaciones caritativas. Como Robert Putnam y otros han demostrado, todo tal compromiso es importante para la vitalidad y la salud de una sociedad³²⁹.

Pero el compromiso que el "constitucionalismo de la sociedad civil" identifica como esencial tiene un enfoque más particular, un enfoque en el propio constitucionalismo. Grupos como ACLU, el Centro de Derechos Constitucionales y el Comité de Defensa de la Carta de Derechos se definen por su compromiso con tales derechos. Pero son sólo las oportunidades más obvias para el compromiso. La sociedad civil ofrece una amplia gama de maneras en que los individuos pueden involucrarse en el discurso constitucional —asistiendo a conferencias o manifestaciones; participar en grupos ad hoc centrados en cuestiones de derechos; escribir cartas a los editores de los periódicos, blogs u op-eds; enseñar a sus hijos; o debatiendo con sus vecinos. Hay una variedad casi infinita de formas de involucrarse con el constitucionalismo. Pero los esfuerzos colectivos organizados, con los grupos de derechos existentes o mediante la creación de nuevos, son probablemente los más eficaces. Unirse a un grupo definido por su compromiso con los derechos constitucionales y humanos es en sí mismo un control sobre las propias tentaciones de cortocircuitar los derechos, o vacilar en la atención o compromiso con los derechos. El colectivo no sólo magnifica el impacto que un individuo puede tener, sino que también ayuda a mantener a los individuos fieles a sus compromisos. Por lo tanto, el "constitucionalismo de la sociedad civil" no es sólo una directriz para la academia o una justificación para la doctrina constitucional, sino una

³²⁹ ROBERT D. PUTNAM, *BOWLING ALONE: THE COLLAPSE AND REVIVAL OF AMERICAN COMMUNITY* (2000).

directriz pragmática para los ciudadanos: involucrarse en la defensa de su Constitución, o puedes no encontrarla cuando más se necesita.

V. Conclusión

La afirmación de Learned Hand que mientras "la libertad está en los corazones de hombres y de mujeres. . . No se necesita ninguna constitución, ni ley, ni tribunal para salvarla", capta simultáneamente una verdad esencial y exagera su caso³³⁰. Es cierto que sin una cultura que valore los derechos constitucionales, es probable que las protecciones legales formales sean en gran medida ineficaces. Pero no es cierto que cuando existe tal cultura "no se necesita constitución, ni ley, ni tribunal para salvarla". La Constitución y los tribunales juegan un papel crítico en inculcar, reforzar e implementar el Estado de derecho. Nos recuerdan los valores que más apreciamos. Los casos judiciales pueden servir de puntos focales para discutir la aplicación de estos valores constitucionales a situaciones actuales. Y los tribunales pueden, como usualmente lo hacen, hacer cumplir los derechos constitucionales cuando las ramas políticas no lo hacen.

Dejado fuera de la ecuación de Judge Hand, sin embargo, y en gran parte ignorado por los teóricos constitucionales antes y desde entonces, es el papel de la sociedad civil. Al igual que los funcionarios del gobierno, la gente en general a menudo se queda corta en los ideales constitucionales; esa es una de las principales razones por las que tenemos una Constitución. Pero, como sugiere la década posterior al 11 de septiembre, las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a defender los derechos constitucionales pueden desempeñar un papel crítico en la limitación del abuso, reforzando y desarrollando el significado constitucional y asegurando que "la libertad está en el corazón de hombres y mujeres". Cuando poder ejecutivo, el legislativo y el judicial pusieron en riesgo los derechos después del 11 de septiembre, las organizaciones de la sociedad civil se pusieron de pie para defender esos derechos. Ellos ayudaron a inculcar y reforzar una cultura de legalidad, y proporcionaron una voz de crítica importante para los valores del Estado de derecho. Sin esa voz, no se sabe cuál hubiese sido el futuro de la legalidad, no está claro si la legalidad se hubiera restaurado, o si las opiniones de la Corte Suprema en los casos de detención y juicio militar hubieran sido tan fuertes como lo fueron. La libertad debe estar en el corazón del pueblo, pero la sociedad civil puede desempeñar un papel especialmente importante para mantenerla viva. Al final, Hand acierta en que la responsabilidad recae en nosotros, pero un mecanismo importante para cumplir esa responsabilidad es la asociación

³³⁰ Learned Hand, *nota supra* 13.

política, o la sociedad civil, en defensa de los derechos constitucionales. La década pasada sugiere que una cultura política en sintonía con los valores de los derechos constitucionales y humanos, fomentados por una sociedad civil sólida, puede efectivamente limitar el abuso oficial, incluso del gobierno más poderoso del mundo.