Revista lus et Praxis, Año 16, N° 2, 2010, pp. 499 - 512 ISSN 0717 - 2877

Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales "The Constitution and 9/11: Recurring Threats to America's Freedoms" Iván Obando Camino

THE CONSTITUTION AND 9/11: RECURRING THREATS TO AMERICA'S FREEDOMS*

FISHER, LOUIS, UNIVERSITY PRESS OF KANSAS, LAWRENCE: KS. 2008. 394 PP.

Iván Obando Camino**

I. Argumento de la obra

La obra que reseñamos analiza la relación entre la seguridad nacional y el respeto a los derechos de las personas en los Estados Unidos, en el marco de las acciones ejecutadas en la Guerra contra el Terrorismo. El autor establece la importancia que la separación de poderes y el garantismo tienen para el respeto de los derechos constitucionales en un sistema político democrático liberal, frente a la amenaza que suponen el absolutismo presidencial y el secreto gubernamental, los que usualmente sirven de instrumentos para desatar la intolerancia, tanto política, religiosa o social, en contra de grupos específicos de la sociedad, dañando así el lazo cívico que mantiene unida a una comunidad política. Esto lo realiza a lo largo de esta obra, que consta de una introducción, diez capítulos y conclusiones.

El motivo inmediato para este análisis fue el trato deplorable dado a cientos de personas detenidas por las fuerzas de seguridad estadounidenses, luego de los ataques terroristas en contra del Centro Mundial de Comercio, en 11 de septiembre de 2001. El fundamento jurídico para muchas de estas acciones, como asimismo para impedir su control judicial, fue una interpretación extensiva de los poderes de guerra de la Presidencia, previstos en el art. Il de la Constitución, en el sentido de constituir poderes supuestamente inherentes a dicha oficina que impedían la intervención de las Cortes de Justicia. Esta interpretación pasó por encima de normas constitucionales, precedentes judiciales y antecedentes históricos que abonaban la preemi-

^{*} Colaboración recibida el 12 de mayo y aprobada el 5 de octubre de 2010.

^{**} Abogado; Doctor y Magíster en Ciencia Política por la Universidad Estatal de Nueva York en Albany; Diplomado en Derecho Procesal Penal por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Valparaíso; Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Correo electrónico: iobandoc@utalca.cl.

nencia de las salvaguardias procesales de la dignidad y libertad humana en el derecho estadounidense, sustituyendo parte del *Bill of Rights* por la razón de Estado encarnada en regulaciones administrativas y el secreto gubernamental. El autor sostiene que estos sucesos formaron parte de un patrón discriminatorio recurrente, por el cual los Estados Unidos "han traicionado sus principios legales y morales"¹, lo que le permite visualizar dos temas subyacentes en la materia: "el daño hecho a valores constitucionales en tiempos de tensión y cómo los abusos son dirigidos en contra de grupos desfavorecidos y aislados".² En otras palabras, la vulneración de las salvaguardias procesales de la libertad, mediante la afirmación del absolutismo presidencial –y como consecuencia de la deferencia judicial–, permite la persecución de ciertos grupos minoritarios en tiempos de tensión nacional.

Esta obra analiza críticamente el estado actual de la separación de poderes en los Estados Unidos y, como tal, presenta un diagnóstico de la actuación judicial en tiempos de tensión nacional desde la perspectiva del derecho público que cultiva la ciencia política moderna. Como tal, este tipo de libros se inscribe en la tradición de otras obras famosas que han estudiado el proceso judicial y el judiciario, como *The Anatomy of a Constitutional Law Case* de Alan F. Westin; *Elements of Judicial Strategy y Wiretapping on Trial*, ambos de Walter F. Murphy; *Judicial Activism* de Christopher Wolfe y *Storm Center* de David M. O´Brien, entre muchas otras. Al igual que las anteriores, se trata de una obra provocativa que cuestiona dogmas de la ciencia jurídica y suposiciones de las ciencias sociales, vinculando el análisis dogmático-jurídico a algunos de los tópicos perennes de la teoría política, como el buen gobierno y la justicia, proveyendo así al lector de una visión dinámica, crítica y contextual del derecho constitucional estadounidense contemporáneo.

Los antecedentes académicos y personales del autor abonan esta apreciación. El Dr. Louis Fisher es un reconocido especialista en derecho constitucional de la División de Derecho de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, profesor de diversas universidades estadounidenses, además de haber servido como Director de Investigación de la Comisión Irán-Contra en 1987. Su profundo conocimiento de la doctrina constitucional, como asimismo de los precedentes judiciales del derecho estadounidense, lo ha convertido en uno de los autores más reputados en materia de separación de poderes, dentro de la corriente académica principal, al punto que sus obras constituyen textos de consulta en numerosas escuelas de derecho y departamentos de ciencia política

¹ FISHER, Louis, *The Constitution and 9/11: Recurring Threats to America's Freedoms*, University Press of Kansas, Lawrence: KA, 2008, p. xiii. Traducción libre.

² Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. xv. Traducción libre.

de su país. Él ha publicado cerca de una docena de libros sobre poderes de la presidencia y derecho constitucional estadounidense, y en la última década ha publicado en materia de seguridad nacional, libertad religiosa, poderes de guerra y las implicancias constitucionales de la denominada Guerra en contra del Terrorismo, en razón de lo cual ha testificado en diversas oportunidades ante comisiones parlamentarias, además de comparecer ante las Cortes de Justicia. Por otra parte, la familia del autor, de origen alemán, debió enfrentar la ola anti-alemana que barrió el país después de la Primera Guerra Mundial, lo que obligó a su abuelo paterno a cambiar su apellido alemán, Fischer, por uno de raíz anglosajona, Fisher, como el autor lo informa más adelante. En tal sentido, tal vez sea cierto, como dijo Eckstein hacia el final de sus días, que "todos los productos de la mente contienen algunos elementos de autobiografía, aun si están enterrados profundamente".³

II. FUNDAMENTOS DEL ARGUMENTO

Los fundamentos del argumento de la obra se encuentran en los dos primeros capítulos. El Capítulo 1, intitulado "America's Values", expone los antecedentes históricos de las salvaguardias procesales de la libertad adoptadas en Inglaterra y posteriormente en Estados Unidos, complementando otros estudios sobre la materia.⁴ El autor se refiere aquí al gran jurado, la prohibición de autoincriminación y testimonio forzado del imputado, el hábeas corpus, la existencia de juicios públicos y con acceso a la prensa, el derecho a confrontar los testigos de la prosecución y el derecho a ser asistido por un letrado competente en juicio y otros procedimientos, al tiempo que explica cómo ellos fueron violados después del 11 de septiembre de 2001. En este respecto, el autor cita las palabras del Juez Felix Frankfurter, quien enfatizó la importancia de las instituciones antedichas, lo que le llevó a sostener en 1943 que "la historia de la libertad ha sido largamente la historia de la observancia de las salvaguardias procesales". 5 Con todo, esto tiene una relevancia aún mayor, porque la creencia en derechos individuales y, por extensión, su defensa, integra la cultura política necesaria para la formación y mantención de una democracia, como bien indica Pennock.6

³ Eckstein, Harry, *Regarding Politics*, University of California Press, Berkeley: CA, 1992, p. 10. Traducción libre.

⁴ McIlwain, Charles Howard, *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 145 y ss.; Lee, Patricia-Ann, "England: An Unfinished Revolution", en Fischer, Mary Ellen (ed.), *Establishing Democracies*, Westview Press, Boulder: CO, 1996, pp. 27 y ss.; Gordon, Scott, *Controlling the State*, Harvard University Press, Cambridge: MASS, 1999, p. 241.

⁵ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 10. Traducción libre.

⁶ Pennock, J. Roland, *Democratic Political Theory*, Princeton University Press, Princeton: NJ, 1979, pp. 240 y ss.

Este capítulo expone también algunas instituciones jurídicas estadounidenses que hacen excepción a la publicidad de los procedimientos judiciales y rompen la igualdad de armas en favor del gobierno, como son los procedimientos judiciales *in camera*, las audiencias judiciales *ex parte* o sin la presencia del imputado o su abogado, el sellado de archivos o documentos y los alegatos orales a puertas cerradas o sin la presencia de la prensa. No obstante reconocer que el secreto gubernamental tiene una función legítima, el autor concluye que el secreto "infecta un procedimiento judicial al impedir al acusado montar una defensa efectiva y remover el escrutinio público que ayuda a asegurar que la justicia sea realizada".⁷

Precisamente, el capítulo 2, intitulado "Secrets: Real and Contrived", trata sobre el secreto gubernamental y la práctica seguida en los Estados Unidos, con el objeto de determinar el buen o mal uso de dichas instituciones por el gobierno. Por lo expuesto, este capítulo dice relación con situaciones que han acontecido en distintas ramas del gobierno. Para efectos de este análisis, el autor se detiene en las cláusulas constitucionales sobre el secreto; el desarrollo del sistema de información clasificada por el gobierno; la represión penal del espionaje a través del tiempo y sus implicancias para la libertad de expresión, a la luz de la revelación del programa de vigilancia electrónica de comunicaciones del gobierno por el New York Times en 2005; la protección de instalaciones militares, secretos atómicos y agentes encubiertos de la CIA, y el empleo del secreto ante el gran jurado.

El autor analiza también si el secreto gubernamental puede ser empleado para ocultar la corrupción, descriterio, negligencia, incompetencia y/o abuso de funcionarios gubernamentales. Para ello revisa cinco casos en que el secreto gubernamental impidió la adopción de decisiones oportunas, pretendió ocultar la comisión de delitos por funcionarios del gobierno o impedir la responsabilización de los mismos por los contribuyentes: el del documento sobre lineamientos para la fotografía de prisioneros de guerra y detenidos enemigos, de 2005; el ataque japonés a Pearl Harbour en 1941; los documentos del Pentágono sobre la Guerra de Vietnam, de 1971; las cintas del caso Watergate, de 1973, y el Instructivo Presidencial Diario, de 6 de agosto de 2001, sobre las actividades y planes de Osama Bin Laden. Estos ejemplos llevan al autor a sostener que la "palabra 'secreto' cubre demasiado territorio. Asignarle a algo ese status no tiene un valor o virtud intrínseca. Es una pretensión, un aserto y nada más. [...] Un secreto es simplemente una pieza de información que cae en una categoría especial, aparte de otra información. Algunos documentos son retenidos por razones legítimas. Otros lo son para ocultar errores, corrupción

⁷ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 28. Traducción libre.

e ilegalidades. A menos y hasta que uno mira detrás del rótulo secreto, nadie sabe qué está siendo ocultado - o por qué".8

Desde este punto de vista, cobran pleno sentido las palabras del H. Senador Moynihan, en el sentido que el secreto es una forma de regulación gubernamental respecto de la cual los ciudadanos no tienen influencia alguna, en forma muy similar a lo que acontece con la certificación de los medicamentos, pesticidas, etc. La razón de lo anterior obedece a que la burocracia determina exclusiva y excluyentemente qué y hasta cuánto de la seguridad nacional puede o no ser conocido por el público.⁹ Adicionalmente, como sostuviera Shils en la década de 1950, el secreto gubernamental puede también ampararse en una visión hostil hacia la sociedad civil, asumiendo una conspiración permanente de ella, que es guiada por un poder externo y que ignora la autodeterminación de los individuos sociales, dañando así a la comunidad política por décadas.¹⁰ Esto último ocurrió más de una vez en los Estados Unidos, como se encarga de clarificar la obra que reseñamos.

III. SINOPSIS DE LA OBRA

Una vez enunciado el argumento de la obra y sus fundamentos, el autor describe en los capítulos siguientes el patrón que permitió la persecución de grupos minoritarios por el poder político. Esto dio origen a un diálogo entre el gobierno y el judiciario, en que este último defirió a ratos a las pretensiones del primero, abdicando así de su función judicial, para afirmar en otras ocasiones su papel tutelar de los derechos. La obra sugiere que este patrón adquirió notoriedad en los años que siguieron al ataque al Centro Mundial de Comercio, lo que el autor se encarga de evidenciar extensivamente en los capítulos finales, al tiempo que lo relaciona con sucesos tempranos de la historia política estadounidense.

Así, el capítulo 3, intitulado "Democratic Growing Pains, 1789-1865", describe diversos episodios acontecidos en las primeras siete décadas de existencia de los Estados Unidos, en los que la tolerancia y la culpa individual cedió ante un fenómeno de culpa grupal, en el marco de un enfrentamiento de ideas entre la democracia popular y la democracia elitista.¹¹ En lugar de confiar en el principio republicano o en el tamaño de la república para conjurar los peligros de una facción, como lo propuso Madison, los Estados Unidos aprobaron leyes

⁸ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 30. Traducción libre.

⁹ MOYNIHAN, Daniel P., "Introduction", en Shills, Edward A., *The Torment of Secrecy*, Elephant Paperbacks, Chicago: ILL, 1996, pp. x, xi.

¹⁰ Shils, *The Torment*, cit. nota n. 9, pp. 27 y ss.

¹¹ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, pp. 60, 90.

para sancionar u hostigar algunas personas o grupos disidentes por amenazar supuestamente el estado nacional, aun cuando cálculos político-partidistas parecen haber subyacido dicha legislación. Episodios que ejemplifican esta situación fueron la aprobación de la ley de milicias de 1792; la proclama de neutralidad del Pdte. Washington de 1793; la Rebelión del Whiskey y el debate sobre las Sociedades Democráticas, ambos de 1794, y las leyes sobre naturalización, extranjeros y sedición de 1798. A lo anterior se agregó la reacción social –de inspiración nativista– en contra de quienes podían subvertir supuestamente la autoridad de los órganos del gobierno nacional, en especial de la legislatura y las cortes, a través de la constitución de organizaciones políticas paralelas o subordinadas a agentes extranjeros, lo que se expresó en el movimiento (y posterior partido) anti-masónico de 1826 y el movimiento anti-inmigración (especialmente católica irlandesa), conocido como el Know-Nothing Party de la década de 1840.

El capítulo 4, intitulado "Targeting Undesirables, 1865-1940", se refiere al trato legal discriminatorio dispensado a ciertos grupos de individuos que hicieron su aparición o arribaron al país luego de la Guerra de Secesión. En todos los casos, sostiene el autor, las "[s]alvaguardias procesales tradicionales cedieron ante las presiones públicas por una sanción, prisión y destierro expeditos, sin importar lo arbitrario o mal fundado."12 Especial atención presta el autor a las normas legales y prácticas administrativas que permitieron excluir de la residencia legal o ciudadanía a ciudadanos chinos y japoneses, las que afectaron inclusive a ciudadanos estadounidenses de dicho origen étnico, quienes sufrieron las consecuencias de dichas conductas. Acto seguido, el autor se centra en la reacción gubernamental en contra de anarquistas, socialistas, comunistas, pacifistas e izquierdistas desde fines del siglo XIX, quienes pasaron a ser objeto de la represión legal, incluso al amparo de la legislación sobre espionaje y sedición promulgada en 1917 y 1918, luego de la entrada de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial. Este conflicto bélico generó también una ola de intolerancia social (y conflictos judiciales) hacia los ciudadanos estadounidenses y residentes de origen alemán, como asimismo hacia todo lo asociado a su cultura, comenzando por el linchamiento de algunas personas y la prohibición legal del uso público (y también privado en algunos estados) del idioma alemán. Finalmente, el autor se detiene en la política eugenésica emprendida por algunos estados desde 1914, por razones de "seguridad y salud pública", la que afectó a prisioneros y personas discapacitadas mentalmente (es decir, personas bajo el cuidado y custodia de instituciones públicas, en una cifra aproximada de 65.000 personas), deteniéndose especialmente en

¹² FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 91. Traducción libre.

el caso *Carrie Buck*, relativo a una presunta discapacitada mental que había dado a luz y cuya esterilización forzada (dispuesta por una Corte de Virginia) fue confirmada por una mayoría abrumadora de la Corte Suprema en 1927, incluyendo al Juez Holmes, quien dijo que "[t]res generaciones de imbéciles es bastante".¹³

El capítulo 5, intitulado "World War II and the Cold War", narra las acciones y programas llevados a cabo por el gobierno para combatir la subversión de sus instituciones, como asimismo la reacción del judiciario en diversos casos traídos al foro, todo ello en la víspera del estallido de la Segunda Guerra Mundial y en el apogeo de la Guerra Fría. El punto de partida fue la creación de la Comisión de Actividades Antiamericanas de la Cámara de Representantes en 1938, la que fue seguida de la actualización de la legislación sobre espionaje y extranjería en 1940 (la Smith Act); la investigación de empleados federales por el Subcomité Kerr en 1943; la aprobación de legislación sancionatoria y disciplinaria ex post facto en 1943 y 1959; el acoso e internación en campos de detención de japoneses americanos en 1942 (app. 100.000 personas), y la creación por orden ejecutiva de comisiones de lealtad política para los empleados federales, en 1942 y 1947, lo que permite situar el *macarthismo* como parte de un fenómeno más general de aquellos tiempos. Especial relevancia tienen las páginas sobre el control judicial de las acciones del gobierno, en las que queda de manifiesto el papel –a ratos bastante zigzagueante– del judiciario por una parte, y por la otra, la relevancia de las salvaguardias procedimentales de la dignidad y libertad humana cuando una persona es imputada administrativamente de deslealtad al gobierno y al Estado (v. gr., casos Dorothy Bailey, William Lewis Greene, Rachel Brauner).

El capítulo 6, intitulado "Military Tribunals and Detention", analiza la creación administrativa de tribunales militares para juzgar presuntos colaboradores de los ataques terroristas en contra del Centro Mundial de Comercio y su detención indefinida en prisiones secretas, acciones que se basaron supuestamente en precedentes judiciales y en los poderes supuestamente inherentes a la Presidencia. Al respecto, el autor expone la teoría y práctica estadounidense de los tribunales militares desde la Guerra de Independencia, demostrando que en todos los casos el Congreso Continental o el Congreso Federal, según la época, autorizó la creación de los antedichos tribunales y sus normas de procedimiento en forma previa. De hecho, en uno de los dos casos en que un presidente se apartó de dichas reglas –la ejecución de dos súbditos británicos durante la Guerra Seminola de Florida, en 1818, por orden del Presidente Jackson–, el Congreso igualó dicha acción con "la ejecución a sangre fría de

¹³ FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 128. Traducción libre.

prisioneros desarmados y en poder del conquistador". ¹⁴ En tanto, en Ex parte Quirin de 1942 (el caso de los ocho saboteadores alemanes), tanto la crítica judicial como académica concordó que la Corte Suprema había sostenido sin fundamento y por razones de oportunidad las acciones ilegales del Presidente Roosevelt, por lo que no constituyó sorpresa que él dejara de lado tales tribunales dos años más tarde. ¹⁵

La Administración Bush complementó lo anterior con la afirmación que la Ley de No Detención (Non-Detention Act) de 1971, que derogó la Ley de Detención de Emergencia (Emergency Detention Act) de 1950, no se aplicaba a los combatientes enemigos detenidos en tiempos de guerra por las fuerzas armadas o por orden del Presidente. 16 La Ley de Detención de Emergencia de 1950 autorizaba la detención por 48 horas de individuos que probablemente cometerían o conspirarían con otros para cometer espionaje o sabotaje. Estos individuos serían internados en campos de detención, cuya construcción fue autorizada por el Congreso en 1952; sin embargo, la presión de la opinión pública forzó su cierre en 1971. Desde ese año en adelante se interpretó que la ley prohibía todo tipo de detención por el gobierno, salvo autorización legislativa para ello, como la Corte Suprema lo afirmó en Howe vs. Smith en 1981. No obstante, esto no fue suficiente para la impedir detención indefinida de personas imputadas de ser combatientes enemigos, en virtud de los poderes de guerra de la Presidencia y, además, de la Ley de Autorización para el Uso de la Fuerza Militar de 2001 (Authorization for Use of Military Force Act), lo que lleva al autor a revisar los argumentos desplegados por las partes en tal sentido en los casos Hamdi, Padilla y Al-Marri.

El capítulo 7, intitulado "Guantánamo", dice relación con la aplicación de técnicas de interrogatorio ilegales a personas detenidas en la Base Naval de Guantánamo y en la prisión de Abu Ghraib. En este capítulo el autor revisa la secuencia de acciones gubernamentales realizadas para determinar que la Tercera Convención de Ginebra sobre Prisioneros de Guerra no se aplicaba a combatientes enemigos pertenecientes a Al Qaeda o al Talibán, por lo que éstos no eran prisioneros de guerra bajo los términos de dicha convención. El gobierno sostuvo que cualquier protección humanitaria provendría de una decisión unilateral, en lugar que de un conjunto de obligaciones legales exigibles a los Estados Unidos.¹⁷ Desde este punto de vista, resultan de interés particular los informes legales preparados para el Ejecutivo por abogados del Departamento

¹⁴ FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 174. Traducción libre.

¹⁵ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, pp. 176-182.

¹⁶ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 183.

¹⁷ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, pp. 216 y ss.

de Justicia, los cuales sostuvieron que la Base Naval de Guantánamo estaba fuera de la jurisdicción de las Cortes de Justicia, por lo que éstas no podían conocer de acciones legales de los detenidos, al tiempo que excluían de la protección legal internacional humanitaria a estas personas. Esta doctrina legal fue impugnada en una serie de casos ventilados en estrados, v. gr. casos Rasul, Hamdan, Boumediene, en los cuales el judiciario fue circunscribiendo la extensión de la autoridad presidencial, lo que no impidió que los actores estuvieren privados de libertad por años -algunos casi seis años- sin conocer los motivos de su detención. Estos eventos llevan al autor a concluir, casi desesperadamente, que "[e]n períodos de crisis nacional, las ramas legislativa y judicial han empeñado su independencia y ofrecido su apoyo a iniciativas presidenciales, sin importar cuán ruinosas sean para la nación y sus ciudadanos. Es la obligación de los estudiosos, los ciudadanos y de la prensa presionar constantemente la necesidad de salvaguardar los derechos individuales, los valores constitucionales y los controles estructurales, sobre el Congreso y las cortes. Esos valores son mucho más importantes que una muestra de unidad nacional detrás de un presidente particular. Un patriotismo que valga su nombre concede la más alta prioridad a la nación –no al Jefe del Ejecutivo– y conoce la diferencia entre los dos."18

El capítulo 8, intitulado "State Secret Privilege", presenta los antecedentes históricos y jurisprudenciales del denominado privilegio de secreto de Estado. El autor se detiene en esta institución por el efecto negativo que tuvo en la admisibilidad de acciones judiciales en contra del gobierno en los últimos años, especialmente luego de la revelación del programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad en 2005. Para ello, él analiza detenidamente los precedentes judiciales que incidieron en la interpretación de esta institución, especialmente Burr (1807), Totten (1875) y Reynolds (1953), y contrariamente a lo aseverado por el gobierno, revela que Burr no impidió al acusado examinar la evidencia empleada en su contra, sin perjuicio de tratarse de un caso criminal de traición; que Totten no fue un caso de secretos de Estado, sino de confidencialidad de la información contractual respecto de personas supuestamente contratadas como espías por el gobierno, y que Reynolds fue el primer caso decidido a favor del privilegio de secretos de Estado, pero terminó siendo un ejemplo de fraude a la justicia medio siglo más tarde, cuando la desclasificación de la información dejó al descubierto que el gobierno había encubierto un actuar negligente, con pérdidas de vidas humanas, haciendo creer a los tribunales que pretendía proteger documentos sensibles para la seguridad nacional.

El estudio de estos precedentes judiciales, de la doctrina sobre evidencia establecida por Wigmore en 1940 y de la historia de las Reglas de Evidencia

¹⁸ FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 247. Traducción libre.

aprobadas por el Congreso en 1975, incluyendo la Regla 501 sobre privilegios, permite al autor afirmar que el judiciario -y no el Ejecutivo- es el llamado a decidir si una determinada evidencia está cubierta o no por el privilegio, pudiendo inclusive examinar aquélla in camera. En tal sentido, el privilegio restringe la revelación de evidencia al público y no al juez, el cual tiene siempre la palabra final, descartando así toda posibilidad de un absolutismo presidencial. Por otra parte, la alegación del privilegio puede implicar eventualmente perder el caso para el gobierno, de acuerdo a la jurisprudencia, como ha sucedido cuando el gobierno interpone acciones criminales en contra de una persona, demanda civilmente a una persona o es demandado mediante acciones civiles o contencioso-administrativas, aunque la jurisprudencia no es conteste sobre esta última hipótesis a la luz de Reynolds. 19 Esto explica las palabras del autor sobre el impacto del absolutismo presidencial en la materia: "Las Cortes deben preocuparse de restaurar la confianza en el judiciario, en la santidad de la sala de audiencias y en el sistema de frenos y contrapesos. El privilegio de secretos de Estado es cualificado, no absoluto. De lo contrario, no hay proceso adversario en una corte, ejercicio de independencia judicial sobre la evidencia necesitada y justicia para los litigantes privados que desafían al gobierno".20

El capítulo 9, intitulado "NSA Surveillance", trata sobre el programa de vigilancia electrónica iniciado por la Agencia Nacional de Seguridad después del 11 de septiembre de 2001, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia sobre el privilegio de secretos de Estado. El autor critica la conducta del judiciario para decidir sobre la constitucionalidad y legalidad de dicho programa, con motivo de las acciones judiciales interpuestas en contra del gobierno y las empresas proveedoras de servicios de telecomunicaciones. Para estos efectos, él relata cómo el judiciario resolvió sobre las escuchas e intercepciones de comunicaciones desde el caso Olmstead, de 1928, que otorgó amplia libertad para ejecutar estas acciones, hasta el caso Katz, de 1967, que resolvió que la intercepción de llamadas telefónicas en cabinas públicas era inconstitucional si no contaba con una autorización judicial previa, conforme a la Cuarta Enmienda. Este fallo llevó al Congreso a dictar una ley al año siguiente (Title III Authority of the Omnibus Crime Control Act) que requirió, por regla general, autorización judicial previa para escuchas e intercepciones de comunicaciones.²¹ No obstante, su redacción indujo al Ejecutivo a sostener que no limitaba sus atribuciones constitucionales para adoptar las medidas necesarias para proteger la nación o sus instituciones.

¹⁹ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, pp. 281 y ss.

²⁰ FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 284. Traducción libre.

²¹ FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, pp. 285 y ss.

Esto permitió justificar acciones similares, para fines no judiciales, en contra de ciudadanos y organizaciones críticas del gobierno hasta mediados de la década de 1970. Frente a esto, el judiciario resolvió que la autorización judicial previa, prevista en dicha ley, se aplicaba también a la recolección de información para fines de seguridad nacional, en 1971 y 1972. Ante los excesos del gobierno, el Congreso aprobó una nueva ley en 1978 (*Foreign Intelligence Surveillance Act*), más conocida como la FISA, que creó una corte especial (*FISA Court*) y una corte revisora (*Court of Review*), para el control judicial previo de las solicitudes de vigilancia electrónica.²²

Con todo, la Administración Bush sostuvo que los poderes de guerra inherentes a la Presidencia y la Autorización para el Uso de la Fuerza Militar (Authorization of Use of Military Force) de 2001, más conocida como la AUMF, le autorizaban para llevar a cabo un programa de vigilancia electrónica de comunicaciones, sin necesidad de autorización judicial previa. Él sostiene que la Constitución creó todos los poderes de la Presidencia y que no existió una reforma indirecta de la FISA, de acuerdo a la historia de la AUMF. De ahí en adelante, él relata los casos judiciales más emblemáticos ventilados en las cortes (v.gr., casos Hepting, ACLU e Islamic Charity) y las medidas adoptadas para apuntalar este programa ante la embestida judicial y otorgar inmunidad legal a los proveedores de servicios de telecomunicaciones. Esto le permite expresar que "[e]n tiempos de emergencia, los oficiales gubernamentales empujan las fronteras para hacer lo que creen que es necesario. En lugar de perseguir una estrategia legislativa y trabajar conjuntamente con el Congreso, la Administración Bush decidió actuar unilateralmente e invocar un poder presidencial inherente, que es un campo del derecho constitucional repleto con dudas, ambigüedades e invitaciones abiertas para el abuso. El ejercicio de poderes inherentes siempre viene a expensas de los frenos y contrapesos, la separación de poderes y las salvaguardias estructurales que los redactores adoptaron para asegurar que una concentración de poder no ponga en peligro las libertades individuales".23

El capítulo 10, intitulado "Extraordinary Rendition", analiza la juridicidad de la entrega extraordinaria de individuos a terceros países para interrogación y tortura, ejecutada por agentes de seguridad estadounidense y/o sus aliados, la que se justificó en los poderes de guerra inherentes a la Presidencia. El autor señala que la extradición y entrega de fugitivos se efectuó previa autorización legislativa y para comparecer en juicio, desde los tiempos de Jefferson. La prosecución penal también se aplicó a la captura o rapto internacional de fugitivos,

²² FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 291.

²³ FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 320. Traducción libre.

desde la consagración de la Doctrina Ker-Frisbie en 1952.²⁴ Esto experimentó una modificación con la Directiva de Decisión Presidencial (Presidential Decision Directive) 39, de 1995, que permitió la captura internacional de personas sospechosas de terrorismo y su entrega a países en que tenían investigaciones criminales pendientes, sin considerar cuestionamientos de derechos humanos hechos a esos países. Como sugiere el autor, esta directiva -y otras posteriores- formaron parte de la política antiterrorista y fueron ejecutadas con mayor amplitud luego del 11 de septiembre de 2001, lo que llevó a que innumerables personas fueran raptadas en diferentes continentes y conducidas a prisiones secretas, fuera del control de la Cruz Roja Internacional, para ser interrogadas bajo condiciones inhumanas por agentes locales o extranjeros. Luego, el autor revisa dos casos judiciales (casos Arar y El-Masri) en que ciudadanos extranjeros agraviados demandaron el pago de indemnizaciones del gobierno, los que fueron desestimados en virtud del privilegio de secretos de Estado. Ambos casos constituyeron ejemplos de la deferencia judicial al absolutismo presidencial en tiempos de emergencia, pues impusieron a los demandantes probar que su interés individual sobrepasaba el interés colectivo en la seguridad nacional y la conducción de las relaciones internacionales, lo que supone bloquear de antemano toda litigación al respecto.²⁵ Al respecto, el autor rechaza esta doctrina judicial con palabras que resuenan más allá del campo del derecho público: "No [...] existe una disputa legal entre el interés de una persona y el interés colectivo. Ningún litigante puede prevalecer alguna vez con esa prueba. [...] Hay un interés colectivo en asegurar que los valores constitucionales prevalezcan sobre los atajos políticos y partidistas. El Juez Hugo Black atacaba estas 'pruebas de equilibrio' artificiales que colocaban al individuo en un extremo de la balanza y al gobierno en el otro extremo. A menudo un individuo habla por los intereses de la sociedad y el estado de derecho, y esos intereses deben ser protegidos en contra de los reclamos y afirmaciones del gobierno, especialmente reclamos de secretos de estado".26

En las conclusiones el autor reitera sus comentarios sobre el impacto que tuvieron los sucesos posteriores al ataque al Centro Mundial de Comercio sobre el prestigio nacional, la separación de poderes, el Estado de derecho, la comunidad política y el ejercicio de los derechos. Él critica la postura doctrinal que hizo de una agenda gubernamental activista algo sinónimo de la promoción del bien nacional, porque sembró las semillas de los últimos sucesos. Por lo mismo, él reitera que el judiciario exhibió una gran deferencia ante el absolutismo

²⁴ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, pp. 321 y ss.

²⁵ Fisher, *The Constitution*, cit. nota n. 1, pp. 346 y ss.

²⁶ FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 356. Traducción libre.

presidencial, lo que permitió la violación de los derechos de muchas personas, en circunstancias que "[l]as partes y el juez deben tener la oportunidad de ganar acceso a los hechos necesarios para un juzgamiento informado. La rama facultada para decidir el interés nacional y el interés colectivo es el Congreso –no el judiciario o los oficiales ejecutivos".²⁷

IV. APRECIACION GENERAL

Más allá de algunos pequeños detalles de edición y al hecho que el argumento de la obra se diluye a ratos en los capítulos 3 a 6, el libro que reseñamos constituye una obra que estimula la reflexión de los estudiosos del derecho constitucional, del derecho procesal y de la ciencia política, ya que muestra el impacto "estructural" que tiene la violación de las salvaguardias procesales de la libertad y los derechos de las personas en una democracia constitucional en tiempos de tensión nacional. Esta es una visión distinta a la que estamos acostumbrados a tener acerca del derecho constitucional de ese país, aun cuando provenga de la corriente académica principal, pero ello obedece a que dice relación con tiempos extraordinarios o de emergencia, usualmente ignorados por la academia. Por lo mismo, la obra reviste gran interés para el estudio comparado de procesos políticos, porque su argumento se extiende más allá de las fronteras de dicho país, toda vez que el efecto de la violación de las salvaguardias procesales de la libertad y los derechos de las personas es siempre el mismo: el ser humano pasa a ser esencialmente súbdito antes que ciudadano.

Esta no es una historia aislada, pues el autor apunta a la funcionalidad que estas prácticas abusivas han tenido para la persecución de los grupos minoritarios y aislados, es decir, para aquellos que son más vulnerables políticamente. Tampoco es una historia nueva. Hace casi medio siglo atrás, durante el apogeo de la lucha anti-comunista, Shils se refirió a los efectos nefastos que las políticas de seguridad estadounidenses tenían sobre la civilidad, la ciencia, la esfera privada y el pluralismo.²⁸ Sin embargo, el hecho que sea una historia recurrente dificulta su comprensión, porque por una parte supone que los ciudadanos y sus líderes han aprendido poco o nada de su capacidad para hacer el mal a sus semejantes y, por otra parte, sugiere que las cortes no han sido muy eficaces para resistir la irrupción de la Presidencia en tiempos de tensión.

Curiosamente, esta ineficacia de las cortes no debiera asombrarnos. Mirando en retrospectiva el debate entre federalistas y antifederalistas sobre la extensión del poder judicial, pareciera que Hamilton –y no Brutus– intuyó

²⁷ FISHER, *The Constitution*, cit. nota n. 1, p. 367. Traducción libre.

²⁸ Shils, *The Torment*, cit. nota n. 9, pp. 153 y ss.

mejor (aunque inadvertidamente) la variabilidad del comportamiento judicial en tiempos de tensión nacional. Efectivamente, mientras Brutus intuía que el judiciario extendería constantemente sus poderes y los del gobierno federal, destruyendo finalmente al ejecutivo y al legislativo²⁹, Hamilton sostuvo que el judiciario carecería de influencia sobre la espada del ejecutivo o la cartera del legislativo y que la libertad tendría mucho que temer de aquél si se unía al ejecutivo o al legislativo.³⁰

Lo anterior sugiere que una defensa eficaz de los derechos ciudadanos se encuentra con mayor probabilidad en la arena política y no en la arena judicial, lo que introduce un escepticismo fundado en el proceso judicial, similar al que ha rodeado su papel en el cambio social³¹. Con todo, el nacionalismo característico del Estado democrático moderno suele llevar a la mayoría del legislativo, por razones electorales, a plegarse o ser indiferente a estos episodios de irracionalidad política, como ha acontecido en más de una oportunidad en los Estados Unidos. Frente a este desafío, la lectura de la obra sugiere que las ideas sobre el buen gobierno y sus instituciones tienen un papel que jugar en la mantención de la democracia constitucional, especialmente si ellas se encarnan en el judiciario y el legislativo. Por lo tanto, lejos de ser insignificantes, *ideas matter*!

²⁹ Brutus, "Essays I, VI, X-XII, XV", en Ketcham, Ralph (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, A Mentor Book, New York, 1986, pp. 296 y ss.

³⁰ Hamilton, Alexander, "The Federalist N° 78", en Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, *The Federalist Papers*, Garry Wills (ed.), Bantam Books, New York, 1988, pp. 393 y ss.

³¹ ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope*. The University of Chicago Press, Chicago: Ill, 1993, p. 336.