

# WHOSE VOICE?: LA ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL EN EE.UU. EN 2004

MARCOS CRIADO DE DIEGO  
*Profesor de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Alicante*

ANTONIO DE CABO DE LA VEGA  
*Profesor de Derecho Constitucional*  
*Universidad Complutense de Madrid*

## SUMARIO

- I. Necesidad *v.* Libertades civiles en la teoría.
- II. Necesidad *v.* Libertades civiles en la práctica.
- III. Jurisprudencia.

*The laws thus will not be silent in time of war,  
but they will speak with a somewhat different voice*

William H. Rehnquist

Como de costumbre, la extensión y variedad de los temas jurídico-constitucionales abordados por la doctrina estadounidense en el año 2004, hacen imposible su reducción a uno o pocos criterios expositivos comunes, al tiempo que, dado el espacio reservado a esta panorámica, una referencia mínimamente exhaustiva a todos ellos, obligaría a avellanarlos de tal manera que resultara imposible no ya el análisis de quienes firman estas líneas, sino incluso de sus improbables lectores. Sin embargo sí es posible encontrar preocupaciones transversales a las que hacen referencia estudios de distinta índole: y es que el 11 de septiembre de 2001 y el estado de «guerra total» mantenido desde entonces por la Administración Bush Jr. siguen siendo el objeto, bien directo, bien contextual, de la mayor parte de los estudios doctrinales.

Si las respuestas doctrinales inmediatas a las medidas adoptadas por la Federación tras los atentados tenían un fuerte componente técnico-jurídico, de análisis positivo del derecho<sup>1</sup>, las respuestas de «segunda generación», como las llama el profesor Mark Tushnet<sup>2</sup>, están centradas en aspectos más teóricos, estructurales y complejos: la relación entre necesidad y derechos fundamentales en épocas de excepción constitucional<sup>3</sup> y su implicación en las relaciones entre los tres poderes del estado<sup>4</sup>; y la inadecuación del orden internacional existente a los desafíos de una nueva «era del terror»<sup>5</sup>, como presupuesto material que justificaría la conformación de un nuevo orden a partir de las determinaciones nacionales estadounidenses<sup>6</sup>. En esta entrega nos centraremos en la construcción doctrinal de diversas teorías generales sobre la necesidad constitucional y la interpretación que la tensión entre excepcionalidad y derechos civiles ha tenido en los casos relativos a los prisioneros de Guantánamo. La panorámica se completa con la reseña de jurisprudencia.

1 Vid. M. CRIADO y A. DE CABO, *¿El fin del garantismo?: La actualidad constitucional en EEUU en 2002*, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 12-13, 2.º semestre 2003, 1er semestre 2004, pp. 507-531. El profesor Mark Tushnet (*Issues of Method in Analyzing the Policy Responses to Emergencies*, 56 Stanford Law review, 2003-2004, p. 1581) llama a estas respuestas de «primera generación» y las caracteriza por la exaltación tanto de las defensas de las medidas del ejecutivo, de dudosa constitucionalidad, como de los ataques de los defensores de los derechos civiles.

2 M. TUSHNET, cit., p. 1582.

3 Como por ejemplo el número monográfico de la Notre Dame Law Review, vol. 79, núm. 4 July 2004, titulado «The Changing Laws of War: Do We Need a New Legal Regime after September 11?» o los artículos de E. CHERMERINSKY, *Losing Liberties: Applying a Foreign Intelligence Model to Domestic Law Enforcement*, 51 UCLA Law Review, 2003-2004, pp. 1619-1643 o el de J.M. HANNIGAN, *Playing Patriot Games: National Security Challenges Civil Liberties*, 41 Houston Law Review, 2004-2005, p. 1371-1406 que fue seleccionado para el premio Weil, Gotshal & Manges L.L.P. al mejor artículo en el área de derechos civiles de 2004. Igualmente es el hilo conductor del libro colectivo de reciente aparición P. Berkowitz, *Terrorism, Law of War and the Constitution*, Hoover Institution Press, 2005.

4 Sería el elemento inspirador del libro, recientemente aprecido, M. V. TUSHNET, *The Constitution in Wartime: Beyond alarmism and Complacency*, Duke University Press, 2005, donde aparecen algunos de los artículos que aquí se comentan.

5 Entre los diversos artículos sobre el tema, seleccionamos el número casi monográfico de la Florida Law Review, vol. 56, núm. 5, diciembre 2004, donde se discute la cuestión a partir de la *Dunwoody Lecture in Law* del profesor Viet. D. Dinh, titulada «Nationalism in the Age of Terror».

6 Un análisis histórico y comparado del unilateralismo estadounidense se encuentra en J. RUBENFELD, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 New York Law Review, 2004, pp. 1971-2028; como consecuencia de la adecuación del estado liberal postmoderno a los desafíos del terrorismo en M. O. CHIBUNDU, *For God, For Country, For Universalism: Sovereignty as Solidarity in Our Age of Terror*, 56 Florida Law Review, 2004, pp. 883-919; como la imposición de un orden natural nacional sobre el desorden internacional provocado por el terrorismo en W. C. BRADFORD, «*The Duty to Defend Them: A Natural Law justification for the Bush Doctrine of Preventive War*», 79 Notre Dame Law Review, 2003-2004, pp. 1365-1492. Son muchos los artículos que tratan el problema en relación con la posición estadounidense respecto del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional. Como muestra sirva J. R. WORTH, *Globalization and the Myth of Absolute National Sovereignty: Reconsidering the «Un-signing» of the Rome Statute and the Legacy of Senator Bricker*, 79 Indiana Law Journal, 2004, pp. 245-266.

## I. NECESIDAD V. LIBERTADES CIVILES EN LA TEORÍA

En el libro al que pertenece la cita que encabeza este trabajo, el Presidente del Tribunal Supremo estadounidense William H. Renhquist define las cuestiones relativas al papel del derecho y de los jueces en tiempos de guerra como una tensión entre las reclamaciones del ejecutivo basadas en la necesidad y el límite a la acción del mismo que suponen las libertades civiles<sup>7</sup>. Por tanto, los términos en los que se plantea esta tensión y el peso que se dé a uno u otro elemento, parecerían las cuestiones fundamentales a las que debería dar respuesta una teoría constitucional de la excepcionalidad.

Sin embargo, los defensores de las medidas adoptadas por la Administración Bush Jr. tras los atentados<sup>8</sup>, y por tanto del mayor peso de la necesidad frente a las libertades civiles en tiempos de guerra (lo que permitiría al ejecutivo suspender la vigencia de toda o parte de la Constitución) no adoptan esta perspectiva metodológica. Algunos, como Richard Posner, parten de una posición pragmática en la que ganar guerras cuando es necesario forma parte esencial de la protección constitucional<sup>9</sup> y por tanto, no es desde una teoría general de la Constitución desde la que hay que plantear la cuestión, sino desde la conformación de la función jurisdiccional, que es la encargada de proteger las libertades civiles. Para caracterizar la función jurisdiccional, Richard Posner parte de una máxima igualmente pragmática: vigente un estado de excepción, la función constitucional de los jueces no se compromete, pues sigue consistiendo en realizar un juicio, atendiendo a criterios empíricos, de la repercusión de sus decisiones sobre el sistema económico, social y legal en su conjunto y adoptar aquellas que menos lo violenten<sup>10</sup>.

El propio juez Renhquist también plantea la cuestión desde la relación entre poder ejecutivo y judicial, acudiendo a argumentos históricos para justificar que los tribunales aumenten su deferencia hacia las reclamaciones del ejecutivo en tiempos de crisis<sup>11</sup>.

Queda claro por tanto que, para estas posturas doctrinales, sea por razones históricas, sea por razones pragmáticas, los tribunales deben conceder un grado amplio de deferencia hacia las decisiones del ejecutivo en momentos de excepcionalidad. El problema es determinar la longitud de ese margen de deferencia. Atendiendo a razones históricas, parece que ese margen debe ser

7 W. H. RENHQUIST, *All the Laws but One. Civil Liberties in Wartime*, Knopf publishing, 1999, pp. 224-225.

8 Para un resumen de estas medidas vid. La panorámica de 2002 citada en la nota 1.

9 Richard A. Posner, *Security Versus Civil Liberties*, Atlantic Monthly, diciembre 2001, p. 46.

10 Id., *Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis*, 54 Stanford Law Review, 2002, p. 738. «Pragmatism (...) is unprincipled only if it is thought to entail the disregard of the systemic as well as immediate consequences of judicial decisions, which no pragmatist judge worth his salt believes».

11 W. H. RENHQUIST, cit., p. 225: «... it is both desirable and likely that more careful attention will be paid by the courts to the basis for the government's claims of necessity as a basis for curtailing civil liberty».

estrecho, dada la «penosa» historia que tiene el gobierno federal a la hora de violar derechos civiles en nombre de la seguridad nacional<sup>12</sup>. Atendiendo a razones pragmáticas, por definición no puede haber un margen fijo, y el criterio se resuelve en la falta de seguridad jurídica en la aplicación de las garantías constitucionales, dándose la paradoja de que la concesión de poderes extraordinarios al ejecutivo para mayor seguridad de los ciudadanos se resuelve en un estado de inseguridad permanente.

Para resolver este problema, autores partidarios del pragmatismo separan la cuestión de las libertades civiles de la del poder de los Tribunales respecto del ejecutivo. Así, Patrick Baude parte de la idea de que, perdido el «espíritu de la libertad» (lo que habría ocurrido en EEUU dado el amplio respaldo social que tiene el estado de guerra declarado por el ejecutivo, confirmado en la reciente reelección del Presidente Bush), no hay tribunal que lo recupere. Analiza cómo los argumentos pragmáticos, no pudiendo responder a la pregunta de cómo ha de valorar el ejecutivo las libertades civiles si los jueces no se lo dicen, terminan por obviar la cuestión de los derechos, para simplemente reducir el poder de los tribunales en tiempos de excepcionalidad a clarificar la responsabilidad del ejecutivo en las medidas que tome, sin que ello implique la posibilidad de anularlas por inconstitucionalidad. Sin embargo, esta reducción de la función jurisdiccional no se corresponde con la construcción de la *judicial supremacy*, aplicable únicamente en los casos en que estén involucrados derechos fundamentales del art. III de la Constitución<sup>13</sup>, que el Tribunal Renhquist ha venido aplicando. Con ella en la mano, el Tribunal Supremo no puede ya decir que, dada la excepcionalidad, el Presidente puede tomar libremente medidas restrictivas de los derechos fundamentales cuando piense que es necesario para la supervivencia del estado. Si concluye que estas acciones no vulneran la Constitución, tendrá que sostenerlo sobre la falta de protección real de los derechos afectados<sup>14</sup>. Oren Gross, por su parte, distingue entre «inconstitucionalidad» e «inconstitucionalidad según los tribunales», para afirmar que en ocasiones es necesario que los poderes actúen fuera del derecho, a condición de que sus acciones sean revisadas por los tribunales una vez que la emergencia haya terminado<sup>15</sup>, si bien no conforme a la construcción de la legalidad que han venido realizando en tiempos de normalidad, sino conforme

12 J.M. HANNIGAN, cit., p. 1374, que analiza a lo largo del artículo las violaciones de los derechos civiles ocurridas durante la vigencia de las *Alien and Sedition Acts* de 1798, los internamientos de ciudadanos norteamericanos de origen japonés durante la II Guerra Mundial y la *Subversive Activities Control Act* de 1950. En el mismo sentido, vid. la conferencia del anterior Presidente del Tribunal Supremo W. J. BRENNAN, *The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Time of Security Crises*, en la Facultad de Derecho de la Universidad Hebrea de Jerusalem, el 22 de Diciembre de 1987, en [http://www.brennancenter.org/resources/downloads/nation\\_security\\_brennan.pdf](http://www.brennancenter.org/resources/downloads/nation_security_brennan.pdf).

13 Por ejemplo, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S., 1 (1958).

14 P. BAUDE, *An Essay on the Spirit of Liberty in the Fog of War*, 79 *Notre Dame Law Review*, 2003-2004, pp. 1321-1334.

15 O. GROS, *Chaos and rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, 112 *Yale Law Journal*, pp. 1011 ss.

a un parámetro de inconstitucionalidad elástico que tenga en cuenta la necesidad de aquellos actos.

Un intento de justificación lógico-constitucional de estas posiciones se encuentra en Michael Paulsen. Según el profesor Paulsen, para abordar la cuestión debemos utilizar una «meta-norma de construcción» e interpretar la Constitución en el sentido de evitar la «implosión constitucional». Esta «meta-norma» sería la de la autoconservación: la Constitución contiene una excepción general (la regla de la necesidad) aplicable a todos sus derechos y prohibiciones, incluidos los de apariencia más rígida. Pensar lo contrario sería, según el autor, concebir el pacto constitucional como un «pacto suicida»<sup>16</sup>. Frente a ello, Saikrishna Prakash contrargumenta: en primer lugar, desde el punto de vista valorativo, que la posición del profesor Paulsen otorga a la duración de la Constitución el nivel valorativo máximo, cuando parece que son los valores solemnemente proclamados en ella los que los constituyentes querían perpetuar; en segundo lugar, desde el punto de vista lógico, la autoconservación de la Constitución consiste, precisamente, en castigar los incumplimientos de sus determinaciones y no en fomentarlos sobre bases de necesidad; y, en tercer lugar, desde el punto de vista histórico, que la tradición jurídica británica se basa en la indisponibilidad de la ley por parte de la corona<sup>17</sup>.

Esta especie de meta-norma de necesidad es elevada a principio de derecho natural por el profesor William C. Bradford, y consiste en el derecho a la autoconservación de la nación estadounidense. Este principio de derecho natural lo justifica lógicamente dentro del sistema constitucional nacional, para, sin más preámbulos, proclamarlo como norma de derecho internacional aplicable al tiempo actual que califica como «momento constitucional internacional»<sup>18</sup>. Frente a ello cabe decir que, como analizamos en la panorámica anterior, el derecho natural ha sido siempre concebido en la tradición anglosajona como un derecho de garantías del individuo frente al poder. Es de por sí llamativa su aplicación analógica a las garantías de los estados frente a «los terroristas», pero lo que resulta absolutamente ajeno a su tradición es la utilización como una cláusula de atribución competencial al ejecutivo en el orden interno.

## II. NECESIDAD V. LIBERTADES CIVILES EN LA PRÁCTICA

Centrándonos en la tensión entre los derechos propios del debido proceso y las decisiones del ejecutivo que los limitan, nos encontramos ante

16 M. S. PAULSEN, *The Constitution of Necessity*, 79 Notre Dame Law Review, 2004, pp. 1257-1298.

17 S. PRAKASH, *The Constitution as a suicide pact*, 79 Notre Dame Law Review, 2004, pp. 1299-1320.

18 W. C. BRADFORD, *The duty...* cit., pp. 1365-1492. Sobre la aplicación de la teoría de los momentos constitucionales del profesor Bruce Ackerman al orden internacional, vid. A.M. SLAUGHTER y W. BURKE-WHITE, *An International Constitutional Moment*, 43 Harvard International Law Journal, 2000, p. 2 ss.

dos tipos de casos. Respecto a los «combatientes enemigos» detenidos en la Base militar de Guantánamo, el ejecutivo, basándose en la decisión del Tribunal Supremo en *Jonson v. Eisentrager*<sup>19</sup>, mantiene que lo extranjeros no residentes en los EEUU y capturados fuera de su territorio, simplemente carecen de derechos constitucionales, y por tanto los tribunales no tienen ninguna función que desempeñar en estos casos<sup>20</sup>. Los detenidos dentro de los Estados Unidos pueden iniciar un proceso de habeas corpus y los tribunales deberán decidir la cuestión. Sin embargo, en *United States v. Moussaoui*<sup>21</sup>, el *Fourth Circuit* casa una decisión de un Tribunal inferior que condena al Gobierno por impedir la presencia en el juicio de uno de los detenidos en la Base de Guantánamo cuyo testimonio (conseguido por las autoridades militares sin asistencia de abogado y sin las garantías propias del debido proceso) era presentado como prueba contra el acusado. De esta manera, desde un punto de vista real, situaciones bien distintas (unos tienen derechos y otros no), se resuelven de igual manera: unos siguen sin tener las garantías propias del debido proceso y a los otros los tribunales no se los reconocen en tanto que el ejecutivo no lo autorice.

Respecto al primero de los casos, difícilmente el Tribunal Supremo podía utilizar *Eisentrager* para apoyar la posición del ejecutivo, cuando la situación material de Alemania en la II Guerra Mundial, ocupada por distintas naciones soberanas que ejercían un control coordinado, es sustancialmente distinta de la que tiene la Base militar de Guantánamo, sobre la que EEUU ejerce una soberanía *de facto*. Así el *Nine Circuit*, en *Al Odah v. United States* y en *Gherebi v. Bush*<sup>22</sup>, y el Tribunal Supremo en *Rasul v. Bush* (reseñada en el apartado de Jurisprudencia) han reconocido que el especial status de la Base de Guantánamo implica la competencia de los tribunales de distrito para revisar la legalidad de la detención. De esta manera, los casos de los detenidos en Guantánamo podrían llegar al mismo estado de suspensión de hecho de los derechos fundamentales, si el Tribunal Supremo aplica la misma deferencia al ejecutivo que el *Fourth Circuit* en *Moussaoui*.

El problema cobra relevancia porque en *Crawford v. Washington*<sup>23</sup> el Tribunal Supremo ha reconocido que el Estado de Washington violó el derecho de un acusado a confrontar y rebatir las acusaciones de un testigo sobre cuyo testimonio se basó el veredicto de culpabilidad. La decisión es de enorme importancia para los casos de los detenidos en Guantánamo, cuyos juicios militares se basan en procedimientos sin garantía procesal ni acusatoria alguna, en la que los testimonios de otros detenidos se presentan por escrito y han sido obtenidos

19 339 U.S. 763 (1950), donde el Tribunal niega que unos detenidos alemanes fusilados por una corte marcial en la II Guerra Mundial tuvieran derecho a presentar un escrito de habeas corpus.

20 Alegaciones de los Estados Unidos en contestación a 26 *Rasul v. Bush* y *Al Odah v. United States*, 142 S. Ct. 534 (2003) (Núms. 03-334 y 03-343).

21 336 F.3d 279 (4<sup>th</sup> Circuit 2003).

22 321 F.3d 1134, 1140 (D.C. Cir. 2003) y 352 F.3d 1278, 1288-89 (9<sup>th</sup> Cir. 2003) respectivamente.

23 541 U.S., 124 S. Ct., 1354 (2004).

en interrogatorios secretos sin asistencia letrada en la propia base de Guantánamo. La sentencia se ha convertido en el canon interpretativo en materia de utilización en juicio de pruebas incriminatorias testificales, pues anula la sentencia anterior *Ohio v. Roberts*<sup>24</sup>. El problema respecto a los detenidos en Guantánamo parece expresarse en el voto particular de los Jueces Renhquist y O'Connor, que aceptan la opinión mayoritaria en todo excepto en la anulación de la Jurisprudencia anterior, pues ello «extiende una manta de incertidumbre sobre futuros procesos penales».

La situación creada por *Rasul v. Bush* impide que el Tribunal Supremo pueda utilizar *Eisentrager* para negar los derechos procesales básicos a los detenidos de Guantánamo, puesto que su situación (al menos en materia de recursos) se ha equiparado con la de los detenidos en EEUU. Si tampoco puede utilizar los argumentos de necesidad sin entrar a valorar la violación o no de los derechos fundamentales, por ser incoherente con su propia construcción de la supremacía judicial, no tiene más opciones que: o bien aplicar *Crawford* a los detenidos de Guantánamo, con lo que las posibilidades de incriminación por parte del ejecutivo disminuyen y aumentan las de defensa, o invocar *Korematsu*<sup>25</sup> (que permitió la reclusión en campos de concentración de los ciudadanos norteamericanos de origen japonés durante la segunda guerra mundial) y aceptar una violación singular de derechos fundamentales en virtud de una «apremiante necesidad pública»<sup>26</sup>.

La literatura jurídica estadounidense ha venido considerando *Korematsu* durante sesenta años como una pura y simple discriminación racial injustificable<sup>27</sup>. Frente al elemento de raza, el Tribunal Supremo podría argumentar que lo que determina la pertenencia al grupo discriminado es la relación con el terrorismo, vínculo cuya apreciación corresponde en exclusiva al ejecutivo. Pero no sería más que una maniobra retórica, ya que existen más de 22 definiciones legales distintas de terrorismo en la legislación federal norteamericana<sup>28</sup>, muchas de ellas, como vimos en estas mismas páginas en la Panorámica de 2002, con un fuerte contenido racial discriminatorio.

### III. JURISPRUDENCIA

Durante el período cubierto por esta Panorámica, el Tribunal Supremo ha continuado aproximadamente con el mismo ritmo de producción jurisprudencial de la última década (es decir, desde que el Tribunal alcanzó su confi-

<sup>24</sup> 448 US 56 (1980).

<sup>25</sup> 323 U.S. 214, 214-24 (1944).

<sup>26</sup> *Id.*, 216.

<sup>27</sup> Vid. recientemente M. TUSHNET, *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, 2003 Wisconsin Law Review, pp. 273-308.

<sup>28</sup> Para un análisis legal sobre las dificultades de su interpretación uniforme vid. N. J. PERRY, *The Numerous Federal Definitions of Terrorism: the problem of too Many Grails*, 30 Journal of Legislation, 2003-2004, pp. 249-274.

guración actual), de 80 sentencias (*full opinions*) por año. Una de ellas, *McConnell v. FEC* es la más extensa desde *Dred Scott v. Sandford*<sup>29</sup> en 1857.

Los temas abordados por la Corte guardan, en parte, continuidad con algunas de sus preocupaciones tradicionales (libertad religiosa y de expresión, requisitos procesales de la detención y el registro) y, en parte, son el resultado de la relevancia alcanzada por ciertos hechos recientes (problemas con las elecciones, la «guerra total» y la respuesta terrorista).

## SEPARACIÓN DE PODERES

En *Cheney v. United States District Court*<sup>30</sup>, el Tribunal Supremo modificó su entendimiento tradicional del *Executive Privilege* al afirmar que los tribunales inferiores deben ponderar las implicaciones para la división de poderes de las peticiones de *mandamus* que afecten al Presidente o al Vicepresidente, incluso si éstos no han alegado su *Executive Privilege*. El *National Energy Policy Development Group* (NEPDG) creado en 2001 y formalmente integrado por el Vicepresidente y secretarios de gabinete, directores de agencias y asesores del Presidente redactó en mayo de ese mismo año lo que el Presidente aprobaría como la Política Nacional de Energía. Según los recurrentes, en dicho comité participaron regularmente particulares y empresas privadas, por lo que el Grupo debía considerarse sometido a los requisitos de información y publicidad de la *Federal Advisory Committee Act* (FACA). El Tribunal Supremo estimó que los tribunales inferiores «deben asumir la necesidad imperiosa de proteger al Poder Ejecutivo de cualquier litigiosidad temeraria que pueda distraerlo de la enérgica realización de sus deberes constitucionales»<sup>31</sup>. La relativa vaguedad con la que se ha expresado el Tribunal deja abiertas dos posibles interpretaciones. O bien, los tribunales deben considerar por sí mismos las implicaciones para la división de poderes de las peticiones contra el Presidente y Vicepresidente, lo que supondría liberar al Gobierno del coste político de la alegación del Privilegio Ejecutivo<sup>32</sup> (no hay que olvidar que se trata de un recurso excepcional que, desde el Watergate implica un considerable coste en términos de opinión pública), o bien, si nos atenemos exclusivamente a los hechos del caso, que un Tribunal puede denegar una petición irrazonablemente amplia, cuando otra más restringida podría satisfacer las aspiraciones del actor con una menor implicación para el equilibrio de poderes.

29 60, (19 How.), U. S. 393 (1857)

30 124 S. Ct. 2576 (2004).

31 Íd. at 2588.

32 Cf. Lyle Denniston, «Cheney Ruling: a Broad Expansion of Presidential Power», [http://www.goldsteinhowe.com/blog/archive/2004\\_06\\_20\\_SCOTUSBLOG.cfm#108809917461796179](http://www.goldsteinhowe.com/blog/archive/2004_06_20_SCOTUSBLOG.cfm#108809917461796179).



## FEDERALISMO

En *Tennessee v. Lane*<sup>33</sup> el Tribunal ha vuelto sobre su compleja interpretación de las relaciones entre la Sección 5 de la Decimocuarta Enmienda y la Undécima Emienda<sup>34</sup>. Tras haber declarado inconstitucional el Título I de la *American with Dissabilities Act* (ADA), la opinión generalizada entre los Tribunales de Distrito era que el Tribunal Supremo anularía también el Título II que prohíbe las discriminaciones en los programas, servicios y actividades realizados por los estados como un caso más de expansión sustantiva mediante un recurso jurisdiccional (el de reclamar indemnización ante la jurisdicción federal) de los poderes de la Federación. El Tribunal, en cambio, ha defendido la derogación de la *sovereign immunity* de los estados, al menos en aquellos casos que se refieran al acceso a los tribunales. Como se sabe, el Tribunal sostiene que la legislación derivada de la Sección 5 debe ser «*remedial*», es decir, emplearse para poner fin a las violaciones de poderes existentes conforme a la Decimocuarta Enmienda, no para crear otros nuevos. Según el Tribunal, dado que el Título II de la ADA defiende el derecho al debido proceso de acceso a los tribunales, la forma de escrutinio judicial aplicable debe ser más intensa que la que se usó en *Garrett*. Los jueces Rehnquist y Scalia en sus votos particulares<sup>35</sup> han objetado que al concentrarse exclusivamente en el derecho de acceso a los tribunales dentro de una norma que habla genéricamente de discriminación en los programas, servicios y actividades estatales, el Tribunal habría creado judicialmente una situación que no es aquella a la que la ley pretendió hacer frente y que habría incurrido, consecuentemente, en una forma ilegítima de *judicial law making*.

## REGISTROS Y DERECHOS PROCESALES

En relación con los crecientes índices de criminalidad asociados a los intentos de identificación y, en su caso, detención de sospechosos por parte de la policía, el Tribunal Supremo ha intentado establecer reglas clara que delimiten lo constitucionalmente permisible para la policía, sin poner en riesgo su seguridad personal. Originalmente, en *Chimel v. California*<sup>36</sup> el Tribunal autorizó el registro sin orden judicial del área inmediatamente contigua a un detenido, pero no de todo su domicilio. En *New York v. Belton*<sup>37</sup> el Tribunal consideró le-

33 114 S. Ct. 1978 (2004)

34 Se da aquí por reproducida toda la argumentación del Tribunal sobre la Sección 5 de la Decimocuarta Enmienda tal como quedó configurada en *Kimel v. Florida Board of Regents, Board of Trustees of the University of Alabama v. Garret* y *City of Boerne v. Flores* imprescindible para la comprensión de las actuales sentencias. Vid. *Panorámicas* del 2000 y 2001 en los números 5 y 7 de esta misma revista. Vid. también los comentarios a *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs* en la *Panorámica* del 2003, en el número 11 de esta revista.

35 114 S. Ct. at 2005 y 2007.

36 395 U.S. 752 (1969).

37 453 U.S. 454 (1981).

gítimo el registro del compartimento de viajeros de un vehículo sin orden judicial tras la detención de sus ocupantes. En *Thornton v. United States*<sup>38</sup> el Tribunal ha ampliado dicha regla al permitir los registros de vehículos de personas detenidas con las que la policía trabó contacto después de que hubieran abandonado su vehículo. Según el Tribunal, las razones de *Belton* (la posibilidad de que exista un arma al alcance del detenido o que puedan destruirse las pruebas) se aplicarían igualmente al caso de un detenido que ya ha abandonado su coche y, además, estaría demostrado que es más peligroso abordar a un posible delincuente dentro de su coche que esperar a que salga del mismo. Con la regla anterior, el policía debía elegir entre proteger su seguridad y perder la posibilidad del registro, o poner en riesgo su vida para encontrar posibles pruebas. Dado que los registros del coche se producen, en su caso, una vez que el detenido ha sido «asegurado» en la parte trasera del vehículo policial, la posibilidad de que desde allí se tenga acceso a armas en el interior del vehículo parece remota. Por tanto, el juez Scalia<sup>39</sup> defendió en su voto particular la exigencia de una «causa razonable» para creer que hay pruebas relacionadas con el delito que originó la detención en el coche, y no el mero hecho de haberlo ocupado con anterioridad. De todos modos, el aspecto más problemático de esta nueva regla es su aplicación práctica. Es decir, la necesidad de determinar, caso por caso, a qué distancia temporal y espacial debe encontrarse un detenido de su coche para ser considerado su «ocupante reciente».

En *Grob v. Ramirez*<sup>40</sup> el Tribunal ha realizado una lectura estricta de la *Warrant Clause* de la Cuarta Enmienda, al considerar responsable a un agente del FBI por un registro realizado con una orden incorrectamente cumplimentada por error (se incluyó una descripción de la finca en el lugar reservado para los materiales que se presume se incautarán) y debidamente autorizada por el juez competente. Según la nueva norma, el oficial al cargo del registro responde por los daños derivados de los defectos en la orden apreciables para un «funcionario razonablemente diligente que dé lectura a la orden antes de ejecutarla»<sup>41</sup>. Dado que la *Warrant Clause* trata de garantizar que el registro se realice por parte de la autoridad legalmente autorizada para ello, que se trata de un registro necesario y con límites precisos, la interposición judicial no basta (cuando la orden resulta defectuosa) para satisfacer el test de constitucionalidad.

En *Terry v. Ohio*<sup>42</sup> el Tribunal Supremo autorizó las llamadas «*Terry stops*», es decir, aquellas detenciones momentáneas (incluyendo cacheo superficial) sin orden judicial realizadas cuando existan hechos y deducciones razonables a partir de los hechos que permitan presuponer que existe un riesgo inmediato para la policía. En *Hibel v. Sixth Judicial District Court*<sup>43</sup> el Tribunal ha afir-

38 124 S. Ct. 2127 (2004).

39 Íd. at. 2137.

40 124 S. Ct. 1284 (2004).

41 Íd. at 1027-1028.

42 392 U. S. 1, 30-31 (1968).

43 124 S. Ct. 2451 (2004).

mado la constitucionalidad de una norma estatal que permite el procesamiento de quienes se nieguen a facilitar su nombre durante una *Terry stop*.

En *United States v. Patane*<sup>44</sup> el Tribunal Supremo ha matizado su doctrina tradicional de *Miranda v. Arizona*<sup>45</sup> que exige la voluntariedad de las declaraciones ante la policía (la «lectura de los derechos») para poder ser utilizadas en juicio. En su nueva formulación, el Tribunal autorizó la utilización de pruebas materiales facilitadas por un detenido al que no se advirtió de que serían utilizadas en su contra. En concreto, en este caso, la entrega de un arma. También en relación con los *Miranda rights* el Tribunal Supremo ha aclarado en *Missouri v. Seibert*<sup>46</sup> la doctrina que sentara en *Oregon v. Elstad*<sup>47</sup>. En esencia, el Tribunal sostuvo en *Elstad* que el hecho de que la policía hubiera interrogado a un detenido sin informarle de sus derechos, no invalidaba declaraciones posteriores en las que sí se cumplieron los requisitos de *Miranda*. En *Seibert*, el Tribunal invalidó una confesión obtenida mediante la técnica llamada de «preguntar primero» (es decir, primero preguntar sin informar de los derechos y luego repasar la declaración pidiendo confirmación al detenido tras informarle de los mismos) en la que las preguntas iniciales, la lectura de los derechos y el nuevo interrogatorio se realizaron consecutivamente y por un mismo oficial de policía.

Por otra parte, en *Schriro v. Summerlin*<sup>48</sup> el Tribunal ha aclarado su jurisprudencia de *Ring v. Arizona*<sup>49</sup>. En *Ring* se estableció que los procesados tienen derecho a un juicio con jurado en los procesos independientes para determinar las circunstancias agravantes, cuando dichas agravantes determinen la imposición de la pena capital. En *Schriro*, el Tribunal ha considerado esta regla como procesal y no sustantiva y, por tanto, la ha declarado no retroactiva.

## HABEAS CORPUS

En *Rasul v. Bush*<sup>50</sup> el Tribunal ha modificado la línea jurisprudencial comenzada en *Johnson v. Eisentrager*<sup>51</sup> para reconocer la jurisdicción derivada de las leyes federales (no de la Constitución) que los tribunales de distrito tienen para revisar la legalidad de la detención de extranjeros no residentes en un territorio sobre el que Estados Unidos tenga jurisdicción plena y exclusiva aunque no la soberanía, refiriéndose en particular a los detenidos en la base militar de Guantánamo.

44 124 S. Ct. 2620 (2004).

45 384 U. S. 436 (1966).

46 124 S. Ct. 2601 (2004).

47 470 U. S. 298 (1985).

48 124 S. Ct. 2519 (2004).

49 536 U. S. 584 (2002). Véase el comentario en la *Panorámica* del 2002 en el número 9 de esta misma revista.

50 124 S. Ct. 2686.

51 339 U. S. 763 (1950).

En *Hamdi v. Rumsfeld*<sup>52</sup>, por su parte, el Tribunal sostuvo (en minoría mayoritaria) que la autorización del Congreso al Presidente para entrar en guerra en territorio extranjero incluye la de detener a los combatientes capturados, incluyendo a ciudadanos de los Estados Unidos, pero que éstos tienen derecho a impugnar su detención ante un tribunal neutral. Todo ello, igualmente en relación con los detenidos en Guantánamo como consecuencia de las campañas de Afganistán e Iraq.

En *Rumsfeld v. Padilla*<sup>53</sup>, por último, el Tribunal no entró a considerar la cuestión planteada de si el Presidente tiene la potestad de mantener en prisión de forma indefinida a un ciudadano americano arrestado en suelo americano, basándose exclusivamente en la declaración del ejecutivo de que dicho ciudadano es un «combatiente enemigo», puesto que resolvió el caso atendiendo sólo a cuestiones formales de jurisdicción.

## DERECHO ELECTORAL

En *Davis v. Bandemer*<sup>54</sup> el Tribunal estableció que las prácticas de *gerrymandering* partidista (por oposición al motivado por cuestiones raciales o, en general, contra algún tipo de minoría) constituían un violación constitucional justiciable. Sin embargo, dado que en Estados Unidos la distribución de las circunscripciones electorales corresponde al propio poder legislativo (y no a algún tipo de agencia o comisión externa), el *gerrymandering* partidista constituye la forma normal de redistribución electoral. Una intensa litigiosidad no ha conseguido aclarar cuáles son las reglas que deberían seguir los tribunales a la hora de valorar si se ha producido o no violación constitucional, por lo que en *Vieth v. Jubelirer*<sup>55</sup> el Tribunal ha estado a punto de abandonar definitivamente toda intervención judicial en la materia. La minoría mayoritaria (*plurality*) ha sostenido que aunque la práctica de *gerrymandering* partidista resulte incompatible con los principios democráticos, la responsabilidad de poner freno a esos abusos debe corresponder al Congreso y no a los tribunales. Por eso, proponen el abandono de *Bandemer* al considerar que resulta de imposible aplicación, y su sustitución por una declaración de no justiciabilidad de dichas reclamaciones. De momento la *plurality* es de 4 por lo que el precedente no ha sido formalmente revocado, pero parece indicar el sentido de la posible evolución jurisprudencial futura en esta materia.

En *McConnell v. FEC*<sup>56</sup> el Tribunal ha defendido la constitucionalidad de la mayor parte de la *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) que en esencia venía a limitar la financiación de los partidos a través del llamado «*soft money*», es decir, aquellas contribuciones que al no realizarse directamente a los candida-

52 124 S. Ct. 2633 (2004).

53 124 S. Ct. 2711 (2004).

54 478 U. S. 109 (1986).

55 124 S. Ct. 1769 (2004).

56 124 S. Ct. 619 (2003).

tos ni utilizarse para pedir expresamente el voto quedaban fuera del alcance de la Federal Election Campaign Act (FECA). El Tribunal ha querido poner fin a la «apariencia» de corrupción que se generaba por las importantes contribuciones de particulares, sindicatos, empresas, etc. a ciertos partidos a cambio de diferentes formas de acceso privilegiado a los candidatos.

#### LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Internet ha vuelto este año a ocupar la atención del Tribunal Supremo. En *Ashcroft v. ACLU*<sup>57</sup> ha resuelto preliminarmente contra la constitucionalidad de la *Child Online Protection Act* (COPA) (Ley de protección infantil online) que sustituye a la *Communications Decency Act* (CDA) anulada por el Tribunal<sup>58</sup> por violación de la Primera Enmienda. La COPA establecía una serie de delitos para los que pusieran al alcance de menores material obsceno o de contenido sexual, salvo que se emplee un sistema de verificación de edad a través de tarjeta de crédito. Según el Tribunal, este requisito constituye una restricción excesiva a los derechos de los usuarios adultos que puede perjudicar económicamente a los proveedores de este tipo de contenidos. El Congreso no habría demostrado que la alternativa de los filtros paternos no es igualmente efectiva, siendo menor la intromisión que supone para la libertad de los adultos. Toda esta saga de casos parece poner en duda la posibilidad de que el Congreso pueda llegar a aprobar algún tipo de legislación en esta materia que supere el test de constitucionalidad.

#### DISCRIMINACIÓN INVERSA

En *General Dynamics Land System, Inc. v. Cline*<sup>59</sup> el Tribunal abordó la legalidad de un acuerdo entre la empresa y los trabajadores por el que, a diferencia de lo que había sucedido en años anteriores, sólo se concedían ciertas prestaciones de salud a los empleados mayores de 50 años. Según la *Age Discrimination on Employment Act* (ADEA), están prohibidas las discriminaciones a los mayores de 40 años debidas a la edad. Los recurrentes eran, por tanto, los trabajadores de entre 40 y 50 años de la empresa. El Tribunal determinó que la ADEA no prohíbe el trato más favorable a los empleados de mayor edad respecto de los más jóvenes, incluso cuando estos últimos están dentro del grupo de edad protegido (es decir, son mayores de 40). Según el Tribunal existirían suficientes indicios en los antecedentes legislativos de que la intención del Congreso fue la de proteger a los trabajadores comparativamente mayores frente a los comparativamente más jóvenes por lo que no debían admitirse las reclamaciones por discriminación inversa.

57 124 S. Ct. 2783 (2004).

58 En *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997). Véanse los comentarios a este y otros casos relacionados en la Panorámica del 2002 en el número 9 de esta misma revista.

59 124 S. Ct. 1236 (2004).



**TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL**

