

# Un panorama jurídico alterado

Robert O. Varenik

**E**n noviembre del 2001, diez semanas después de los ataques, *ideale* me pidió identificar los elementos del alterado panorama legal, recientemente redefinido por una ráfaga de respuestas oficiales que parecían de lo más amenazantes a los derechos, libertades y valores centrales que se decían tan queridos por la sociedad norteamericana, defendidas por nuestras instituciones y promovidas por nuestra política exterior.

En efecto, aunque muchos cuestionarían la adhesión de los Estados Unidos a tales conceptos aún antes del 11 de setiembre, los eventos de ese día presentaron quizá la prueba contemporánea más dramática a nuestro compromiso con una sociedad libre. Los enormes costos humanos y materiales de un solo día, el hecho de que el Pentágono mismo fue violado, y la conciencia de que los secuestros de aviones y subsecuentes ataques con ántrax son tan repetibles como imposibles de prevenir, causaron rápidas y profundas alteraciones en el sentido colectivo de seguridad de la nación.

En diciembre pasado, el columnista del *New York Times* Bob Herbert enunció el desafío fundamental a una nación todavía sacudida:

"Tenemos una opción. Podemos pelear y ganar una guerra justa contra el terrorismo, y emerger con la grandeza de los Estados Unidos intacta. O, podemos ganar destrozando los principios de la justicia y el debido proceso, que decimos apreciar, avergonzándonos a nosotros mismos ante los ojos del mundo y —eventualmente, cuando el humo del temor y la cólera se aclare— ante nuestros propios ojos también.

El temor y la cólera quizá aún no se hayan disipado, pero podemos ahora evaluar con una distancia más crítica cuáles de las reacciones del gobierno presentan las más grandes amenazas —no solamente a los derechos de aquellos bajo sospecha, sino a las bendiciones generales que los americanos han disfrutado producto de los principios de un gobierno accesible y de libertades civiles. En efecto, como el paso del tiempo ha revelado mucho respecto de las intenciones de la administración de Bush, ~~y cómo~~ las respuestas de los otros poderes del gobierno ante el Ejecutivo cobran importancia trascendental. La elección que queda por revelarse ahora permanece principalmente en manos de los tribunales, los

Robert O. Varenik es miembro del Comité de Abogados para los Derechos Humanos.

legisladores electos y el público americano.

Como reconoce el Comité de Abogados para los Derechos Humanos (donde trabajo) en su informe —que salió en el primer aniversario del 11 de setiembre— muchas medidas posteriores a tal fecha reflejaron un simple sentido común. Se dio prioridad a la actualización de la tecnología de la computación y a las capacidades lingüísticas de las agencias relevantes, así como a la comunicación y coordinación entre aquellas. Pero tales medidas prácticas fueron acompañadas de muchas que revelaron la desesperación del momento, al menospreciar el sentido común y los derechos humanos. Estas acciones y mucho del discurso público sobre la respuesta apropiada a los ataques, reflejaron una concepción estrecha y miope de la seguridad.

A pesar de que los Estados Unidos nunca declararon una limitación formal de las garantías constitucionales luego de la declaración de estado de emergencia que hizo el presidente Bush el 24 de setiembre, se puso en marcha un ajuste fundamental de poderes y prerrogativas gubernamentales en poco tiempo, con muy poca deliberación. Tal vez debido a que la creciente intromisión del gobierno fue gradual y no fácilmente percibida por la mayoría de americanos, pasa-

ron muchos meses antes de que la oposición empezara a madurar. Para ese tiempo, realineamientos permanentes del balance entre el poder Judicial, el Legislativo y el Ejecutivo estaban en camino. Varios de estos pasos truncaron profundamente la dinámica tradicional de la participación política en sí misma, extendiendo nuevos poderes al Ejecutivo a través de normas administrativas que están mucho menos sujetas a debate público e inmunes al voto.

Hasta ahora la evaluación de dichas medidas ha recaído sobre todo en las cortes, que van analizando los métodos del gobierno en casos concretos, tratando de anticipar los posibles efectos de sus decisiones en el cumplimiento de las normas y el carácter de nuestra sociedad hasta mucho tiempo después del 11 de setiembre. En cada una de las áreas que analicé hace un año —detención de extranjeros, vigilancia, tribunales militares y revisión judicial— ha habido desarrollos importantes, y se ha establecido el escenario, sin duda, para confrontaciones jurídicas más definitivas en el futuro.

### Detención de extranjeros

Poco después de los ataques, las autoridades policiales comenzaron a ordenar extensamente arrestos de personas extranjeras en los Estados

Unidos, inmigrantes (incluyendo residentes legales) y unos cuantos ciudadanos norteamericanos. A pesar de que los oficiales federales rehusaron proveer información con respecto a estos arrestos, la creciente presión los obligó a dar a conocer periódicamente el número de detenidos. Para noviembre del 2001 había 1147 personas detenidas en conexión con la investigación de los ataques. De estos, el gobierno informó recientemente que 751 estaban detenidos bajo cargos vinculados a su estado de inmigración, y para el 13 de junio, 74 permanecían bajo la custodia del Servicio de Inmigración y Naturalización (INS).

Más de una docena de procesos han sido iniciados contra el Departamento de Justicia y otras agencias en conexión con estas detenciones. Las primeras decisiones sugieren que los tribunales están examinando minuciosamente las medidas antiterroristas y que con frecuencia se ponen del lado de los que accionaron en contra de tales medidas. Hace un mes, un juez federal ordenó al gobierno entregar a una agencia de noticias que había demandado judicialmente los *nombres* de los detenidos y de sus abogados, pero sin información específica con respecto a la fecha de detención y lugar del arresto, o los hechos del caso. En marzo, una corte estatal de Nueva Jersey decidió que los centros locales de detención debían dar información sobre los hombres que estaban detenidos bajo cargos migratorios, cosa que provocó que el

**... los Estados Unidos tienen la intención de decidir por sí mismos qué porciones del derecho internacional respetar.**



Departamento de Justicia, a través de su Servicio de Inmigración y Naturalización, demandara a las autoridades locales y estatales no revelar información sobre inmigrantes detenidos. En apoyo de la decisión de la corte estatal, un juez federal ordenó la no aplicación de la directiva del INS. La Corte Suprema, sin embargo, indicó que ninguna información necesitaba ser revelada hasta que se decidiera sobre la apelación hecha por el gobierno.

Otro tribunal federal decidió, en abril, que el INS había violado la Constitución cuando aplicó una regla posterior al 11 de setiembre para mantener en secreto los procesos de inmigración contra un ciudadano libanés detenido por el simple hecho de habersele vencido la visa. Una corte de apelaciones rehusó la solicitud de que se detuviera la aplicación de la decisión de la corte, por encontrar que el gobierno tenía poquísimas posibilidades de ganar la apelación.

Junto con la gran cantidad de capturas vinculadas con los temas de inmigración, uno de los más sorprendentes cambios en la aplicación de la ley después del 11 de setiembre fue el uso extendido del Departamento de Justicia del estatuto del "testigo material" para detener individuos, muchas veces sin acceso a un abogado, mientras que investigaban su potencial conducta criminal. El estatuto—que existe con la intención de asegurar la presencia de testigos claves en un juicio—había sido algunas veces estirado por los investigadores en el pasado, pero luego de los ataques del 11 de setiembre se volvió una maniobra perfeccionada. En abril, un juez federal de Nueva York decidió que los métodos del Departamento de Justicia habían violado el estatuto para detener a un estudiante jordano con una visa de residencia permanente, mientras se realizaba una investigación ante el gran jurado. Los fiscales acusaron luego al estudiante por perjurio, después de descubrir alguna indicios de que él había

mentido al negar que hubiera conocido a uno de los secuestradores de los aviones. Debido a que el estatuto permite detener a los testigos para un juicio, pero no para grandes jurados, el juez decidió que el estudiante había sido ilegalmente detenido, que sus declaraciones ante los fiscales habían sido producto de una detención ilegal y que, por tanto, no podían ser usadas en su contra, desestimando los cargos por perjurio.

Sin embargo, la legalidad de otros pasos controversiales — las llamadas "medidas administrativas especiales" que permiten el monitoreo de las conversaciones de los abogados con sus clientes detenidos— aún no ha sido resuelta por ninguna corte, aunque una decisión limitó su extensión declarándola inaplicable a presos *antes* del juicio, sobre la base de que el defendido (Richard Reid, el de la "bomba en el zapato") estaba bajo la custodia del tribunal y no de la autoridad carcelaria.

## Vigilancia e información compartidas

Uno de los signos más interesantes de la resistencia a la expansión de los poderes del Ejecutivo fue la decisión judicial en el mes de mayo, hecha pública hace poco por el Congreso, que incluye duras críticas al Departamento de Justicia y deniega un pedido secreto del gobierno para obtener mayor cooperación y compartir evidencia entre los investigadores de inteligencia y los fiscales. La corte encontró que este pedido no era razonable para salvaguardar la privacidad de los americanos y declaró que las acciones del gobierno intentaban sobrepasar la voluntad del Congreso.

## Revisión judicial

El Departamento de Justicia también ha demostrado su voluntad de desafiar la autoridad de las cortes, insistiendo en la discreción del Ejecutivo en materias relacionadas con la política exterior. Por ejemplo, en un caso en el que estaba involucrado un ciudadano norteamericano, Yaser Hamdi, mantenido bajo custodia militar sin cargos luego de haber sido detenido en el campo de batalla en Afganistán, el Departamento de Justicia ignoró recientemente la orden de una corte federal para que presentara documentos que respaldaran la clasificación de Hamdi como un "combatiente enemigo" sujeto a juicio ante una comisión militar. Los abogados del Departamento de Justicia sostuvieron que permitir a una corte revisar los documentos del gobierno en esta materia sería inconstitucional. Una corte federal de

apelaciones decidirá, y este parece ser el primer caso vinculado al 11 de setiembre que llegará a la Corte Suprema.

A pesar de las intensas críticas y la presión de tratar a los combatientes capturados de acuerdo con procedimientos establecidos, el Departamento de Defensa dio una norma en marzo estableciendo que los procedimientos de las comisiones militares no permiten que sus decisiones sean revisadas por cortes civiles. Bajo las Convenciones de Ginebra, el juicio de combatientes enemigos (o civiles) no está contemplado a menos que sean sospechosos de crímenes de guerra. En esos casos, las personas detenidas por los Estados Unidos tienen derecho a las garantías normalmente reconocidas a un soldado norteamericano, lo que incluye la revisión de la decisión por una corte civil de apelaciones independiente.

## El tratamiento de los "combatientes enemigos" y las comisiones militares

La posición formal de la administración de Bush en el caso Hamdi es que incluso los ciudadanos norteamericanos no tienen derecho al debido proceso (específicamente, no tienen derecho a contar con abogado) una vez que son designados "combatientes enemigos", una categoría que ni es legal bajo el derecho internacional o interno, ni ha sido definida con criterios claros y objetivos.

Aparte de sus arrasadoras consecuencias para el derecho constitucional norteamericano, la posición del gobierno fuerza

al señor Hamdi a un terrible dilema: él necesitaría un abogado para poder desafiar su designación como "combatiente enemigo", pero se le ha negado el acceso a uno porque precisamente ha sido designado un combatiente enemigo. El peligro de una designación errónea es real en el conflicto afgano, repleto de actores estatales y no estatales, incluyendo muchos que no usan uniforme, donde las alianzas son caprichosas y fluidas y donde Estados Unidos es representado por fuerzas comprometidas con un conflicto preexistente en contra del grupo al cual supuestamente se integró el señor Hamdi.

Más allá de esto está la perturbadora pregunta sobre la "duración" del conflicto, a través del cual el gobierno afirma su autoridad para detener a un ciudadano norteamericano sin reconocerle derechos constitucionales. ¿Cuándo se inició esta guerra no declarada, y cuándo Estados Unidos reconocerá su término?

Los militares retiraron bruscamente al señor Hamdi de la Bahía de Guantánamo cuando descubrieron su ciudadanía norteamericana, causando mucha especulación de que el gobierno temía que un ciudadano norteamericano tuviera derechos constitucionales que desafiaran las circunstancias de su detención y esto afectara a unos quinientos individuos. Las declaraciones públicas del secretario de Defensa en el sentido de que tratarían a los detenidos en forma "razonablemente consistente" con las Convenciones de

Ginebra y que aplicarían las Convenciones en la medida en que fuera "apropiado", llevaron a muchos a concluir que los Estados Unidos tienen la intención de decidir por sí mismos qué porciones del derecho internacional respetar.

Mientras una reacción influyente permitió que las primeras órdenes de la administración de Bush fueran mejoradas, estas todavía sufren serios defectos. A pesar de que la actual orden permite, por ejemplo, un juicio público y la presentación de la evidencia del fiscal (con excepciones), derecho a elegir un abogado, derecho a presentar testigos y evidencia en su defensa, estas garantías están sujetas a excepciones que aún no son revisables por una corte civil. Algo aún más preocupante es la posibilidad de que el gobierno se esfuerce por ganar aceptación judicial para su extendida autoridad de determinar quiénes son "combatientes enemigos", para mantener a las personas en estado de incomunicación por plazo indefinido, y dispensarse mediante su juzgamiento en cualquier proceso judicial fallido.

Estos y otros desarrollos nos recuerdan que la lucha por retener los valores centrales y las protecciones de la ley no se ha perdido irremediablemente con las reacciones iniciales del gobierno ante los hechos del 11 de setiembre, pero tampoco será posible lograr un resultado favorable sin invertir grandes esfuerzos y una conciencia profunda de lo que está en juego. ▲