

# El Derecho Administrativo rumbo a la guerra

Cass R. Sunstein<sup>(\*)</sup>(\*\*)

Considere los siguientes casos:

(i) El Presidente inicia acciones militares contra Iraq en el 2003, afirmando que la mejor evidencia sugiere que Saddam Husein asesoró los ataques terroristas del 11 de setiembre del 2001.

(ii) El Presidente inicia acciones militares contra Irán en el 2006, afirmando que la Agencia Central de Inteligencia puede mostrar que el gobierno de Irán ha refugiado miembros del grupo Al Qaeda desde 1999<sup>(1)</sup>.

(iii) El Presidente inicia acciones militares contra Corea del Norte, sosteniendo que la Agencia Central de Inteligencia puede mostrar que el gobierno de Corea del Norte ha “asistido” financieramente al grupo Al Qaeda desde el 2003.

(iv) El Presidente autoriza el uso de la fuerza para arrestar y detener a ciudadanos franceses, quienes son llevados y encarcelados en Estados Unidos por proporcionar, a sabiendas, significativa ayuda financiera a las organizaciones que apoyaron al grupo Al Qaeda en el 2000<sup>(2)</sup>.

(v) El Presidente detiene a un ciudadano norteamericano capturado en un aeropuerto norteamericano, afirmando que “el ciudadano ayudó

en los ataques terroristas ocurridos el 11 de setiembre del 2001”. El Presidente planea detenerlo por tiempo indefinido.

(vi) El Presidente ordena la muerte de un ciudadano norteamericano detenido en un aeropuerto norteamericano, afirmando que “el ciudadano ayudó en los ataques terroristas ocurridos el 11 de setiembre del 2001”.

¿Existe algún conjunto de principios que pueda ayudar a evaluar la legalidad de estas acciones bajo la Autorización para el Uso de la Fuerza Militar<sup>(3)</sup> (AUFM) del 2001? Yo sugiero que sí existe y que puede ser encontrado en una sola área: el Derecho Administrativo. Obviamente, la actuación presidencial bajo la AUFM del 2001, o bajo cualquier AUFM imaginable, debe estar sujeta a los principios que han emergido como resultado de la extraordinaria y muy influyente decisión de la Corte Suprema en el caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*<sup>(4)</sup>. Como se puede apreciar, la lógica de Chevron se aplica en el ejercicio de la autoridad ejecutiva a mitad de la guerra<sup>(5)</sup>.

Los profesores Curtis Bradley y Jack Goldsmith hicieron una importante contribución para

(\*) Publicado originalmente bajo el título: *Administrative Law goes to war*. En: *Harvard Law Review*. Volumen 118. Número 8. 2005. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor, estuvo a cargo de Isabel Ruidías, miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(\*\*) Karl N. Llewellyn es un distinguido profesor de Servicio, trabaja en la Escuela de Derecho y el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Chicago. Estoy agradecido a la Fundación Herbert Fried por el apoyo financiero. Gracias a Patrick Gudridge, Eric Posner, David Strauss y Adrian Vermeule por los valiosos comentarios; un especial agradecimiento a Adrian Vermelue por los largos debates.

(1) Véase: EGGEN, Dan. *9/11 Panel Links Al Qaeda Iran*. En: *Whas Post*. 26 de junio de 2004. p. A12. (“Mientras no se encontró un empate operacional entre Al Qaeda e Irak, la comisión investigadora de los ataques del 11 de setiembre ha concluido que la red de Osama Bin Laden tiene contactos desde hace largo tiempo en el vecino e histórico enemigo Irán”).

(2) Cfr. *In re Guantanamo Detainee Cases*. 355 F. Supp. 2d 443, 475 (D.D.C. 2005). (Nótese la afirmación del gobierno para detener a una “pequeña anciana en Suiza” quien inconscientemente giró un cheque que financia actividades de Al Qaeda).

(3) Autorización para el Uso de la Fuerza Militar. Ley pública. Número 107-40,115 Stat. 224. 2001.

(4) 467 U.S. 837, (1984).

(5) Véase: BRADLEY, Curtis A., *Chevron: Deferencia y Relaciones Internacionales*. En: *Virginia Law Review*. Número 86. 2000. p. 649.

comprender el poder presidencial en tiempos de guerra<sup>(6)</sup>. Sin embargo, creo que su análisis sería más claro, sencillo y directo si se concentrara más sistemáticamente en los principios del Derecho Administrativo<sup>(7)</sup>. Una ventaja especial de esta aproximación es que imparte incentivos adecuados en todos los involucrados, incluido el Congreso.

Mi conclusión general es que el Presidente debería tener mucha discreción al interpretar ambigüedades en la AUFM, sujeto a una constreñida razonabilidad. La principal calificación es que si el Presidente está infringiendo sensibles intereses constitucionales, la AUFM debe ser explicada estrictamente, independientemente de lo que diga el Presidente. Bajo este marco, el Presidente claramente puede usar su autoridad en los casos (i), (ii), y (iv) arriba mencionados. El no tiene autoridad para usarla en el caso (vi). Por razones que serán exploradas, los casos (iii) y (v) son extremadamente difíciles.

Este marco, cuyo origen está en el Derecho Administrativo, es usado apropiadamente tanto por Cortes Revisoras (sujetas a cualquier coacción justificable<sup>(8)</sup>) como por los miembros del Poder Ejecutivo, quienes advierten al Presidente de la legalidad de las formas de actuación propuestas. Ciertamente, este marco provee los principios adecuados para entender no solo cualquier autorización para el uso de la fuerza, sino también para evaluar todo el ejercicio del poder presidencial

cuando el Congreso autoriza al Presidente para proteger la seguridad de la Nación<sup>(9)</sup>.

## 1. Poder presidencial en el caso Chevron

Chevron crea una inquietud de dos etapas. La primera pregunta es si el Congreso ha decidido directamente cuál es la cuestión exacta en disputa; la segunda es si la interpretación de la agencia es razonable<sup>(10)</sup>. Déjenos ver cómo estas ideas se aplican a la AUFM. El análisis es de alguna manera técnico, pero la conclusión no lo es: el Presidente tiene amplia autoridad para interpretar ambigüedades como él tenga a bien.

### 1.1. Caso Chevron: etapa cero<sup>(11)</sup>

A consecuencia del caso Chevron, la Corte puso énfasis en la necesidad de responder una pregunta preliminar: ¿resultan aplicables los criterios de diferenciación o prerrogativas del caso Chevron en todos los casos<sup>(12)</sup>? En su importante decisión en *Estados Unidos v Mead Corp.*<sup>(13)</sup>, la Corte distinguió dos grupos de casos en los que las interpretaciones de la agencia sobresalieron: los casos de tipo Skidmore<sup>(14)</sup> y los casos de tipo Chevron<sup>(15)</sup>. En los casos Skidmore, la pregunta sobre el significado de la norma es resuelto judicialmente. No obstante, la Corte pondrá atención a lo que el Ejecutivo dice, concediendo a su interpretación “respeto de acuerdo a su persuasividad”<sup>(16)</sup>. En los casos Chevron, la

(6) Véase: BRADLEY, Curtis A. y Jack L. GOLDSMITH. *Autorización Congresal y la Guerra en Terrorismo*. En: *Harvard Law Review*. Número 448. 2005. p. 2047.

(7) Preguntas difíciles rodean en el fondo de su análisis. Por ejemplo, por qué exactamente los Profesores Bradley y Goldsmith pusieron tal énfasis en las leyes de guerra. Una posibilidad es que creyeron que el Congreso legisla contra la línea de base de los derechos de guerra y por lo tanto debería estar presuntamente alerta de ellos. Este panorama me parece artificial. Una posibilidad más prometedora es que los profesores Bradley y Goldsmith creen que las leyes de guerra proveen un recurso interpretativo si es que el Congreso está o no conciente de ello. Ellas proporcionan una serie de principios justificados por tradición contra aquellas autorizaciones para el uso de la fuerza que debieran ser entendidos.

Visto así, las leyes de guerra disciplinan y mejoran la interpretación para el uso de la fuerza. Esta segunda visión parece plausible y de este modo justifica la atención, en casos difíciles, para casos de guerra, pero esto es mejor para empezar con textos más familiares de Derecho Administrativo.

(8) Estas obligaciones incluyen una pregunta de doctrina política, véase: *Goldwater v. Carter*, 446 U.S. 996 (1979). Doctrinas de gobierno, véase: *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592 (1988), *Dickson v. Secretaría de Defensa*, 68 F. 3d 1396 (D.C. Cir. 1995).

(9) Véase: *Danes y Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981). *El acto internacional de emergencia de poderes económicos*. 50 U.S.C. 1701- 1706 (1976 y Supp. II).

(10) Véase: *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-45 (1984).

(11) Véase: MERRILL, Thomas W. y Kristin E. HICKMAN. *Chevron's Domain*. En: *Geo. Law Journal*. Número 89. 2001. p. 836; véase también: SUNSTEIN, Cass R. *Chevron Step Zero*. En: *Virginia Law Review*. Número 92. A ser publicado en abril de 2006 (archivado en la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard).

(12) Véase: *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 219-31 (2001).

(13) 533 U.S. 218.

(14) Véase: *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

(15) *Mead*, 533 U.S. pp. 234 y 235.

(16) *Ibid.*; p. 221.

interpretación de la agencia resulta vinculante a menos que viole alguna de las dos etapas del caso Chevron<sup>(17)</sup>.

En el caso Mead, la diferenciación del caso Chevron se aplica cuando “el Congreso pretendió” realizar la acción ejecutiva de “hacer cumplir la ley”<sup>(18)</sup>. Por supuesto que el Congreso inusualmente dice con alguna aproximación de claridad si pretende hacer eso<sup>(19)</sup>. En los casos ordinarios, las Cortes deducen que existe una delegación del poder legislativo de “una institución que tiene (que hace uso de) el poder de delegar u observar y comentar las leyes” o (y esta frase es crítica) “por alguna otra indicación de un intento comparable del Congreso”<sup>(20)</sup>.

¿Cómo se sostienen estos puntos en la Autorización para el Uso de la Fuerza Militar? Se podría argumentar que en el uso de la fuerza bajo la AUMF, el Presidente no está haciendo uso de la autoridad de delegar o de observar y comentar la ley, y de ahí que sus interpretaciones de la AUFM no tienen fuerza de ley.

Desde este punto de vista, la condición previa de la diferenciación por el caso Chevron está ausente. Pero, si damos un paso hacia atrás, veremos que este argumento no es convincente. El caso Mead no sostiene que las prerrogativas del caso Chevron no estén disponibles si la agencia no ha hecho uso de la delegación o del poder de observar y comentar la formación de la ley; por el contrario, la Corte ha sido clara en que las prerrogativas del caso Chevron algunas veces han sido apropiadas para las decisiones informales, y aun para las que no tienen fuerza de ley, si el Congreso tiene una mejor lectura llamando por esas

prerrogativas a la luz de “el método de interpretación utilizado y la naturaleza de la pregunta en cuestión”<sup>(21)</sup>. Así, un número de sentencias de las Cortes de inferior jerarquía ha dado mucho crédito a las interpretaciones de la agencia que no son resultado de un proceso formal<sup>(22)</sup>. En los casos Chevron y Mead, la verdadera pregunta es cuáles fueron las instrucciones del Congreso, y si la concesión de la autoridad para actuar con fuerza de ley es suficiente pero no una condición necesaria para encontrar una delegación del poder para interpretar términos ambiguos.

En los casos ordinarios del tipo Chevron, la delegación del poder de interpretar la ley se infiere de la autoridad de producir normas y disposiciones con fuerza de ley<sup>(23)</sup>. Pero con una autorización para usar la fuerza, lo que se autoriza es el uso de la fuerza<sup>(24)</sup>. El Congreso sabe que el Presidente explicará cualquier autorización para usar la fuerza, y ello incentiva la posibilidad de limitar su poder discrecional si así lo desea. En los casos (i) hasta (vi), la AUFM es mejor llevada, por su forma natural, como una delegación implícita al Presidente para resolver las ambigüedades como, razonablemente, desee<sup>(25)</sup>. Esta posición resulta ser, probablemente, una vía para las expectativas del Congreso, en el supuesto de que estas existan; esto también impone en forma exacta incentivos al Congreso, requiriéndolo para que limite la autoridad del Presidente a través del propio texto si así lo desea.

También podemos aproximarnos a esta pregunta desde una dirección distinta. ¿Por qué, exactamente, el caso Chevron toma la existencia de ambigüedades para contar como delegaciones implícitas? La respuesta descansa en un intento

(17) *Ibid.*; p. 229.

(18) Mead, 533 U.S. p. 221.

(19) “El Congreso (...) puede no haber delegado expresamente autoridad o responsabilidad para implementar una particular provisión o llenar un vacío particular. Aun puede ser aparente que la agencia generalmente confirió autoridad y otros estatutos, circunstancias que el Congreso hubiese esperado que la agencia esté disponible para hablar con la fuerza de ley (...)” (Citando *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837-845 (1984).

(20) *Ibid.*; p. 227.

(21) *Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212, 222 (2002) (cita Mead, 533 U.S. at 229–31).

(22) Véase, por ejemplo: *Mylan Labs., Inc. v. Thompson*, 389 F.3d 1272, 1279–80 (D.C. Cir. 2004); *Alfaro v. Comm'r*, 349 F.3d 225, 228, 231–32 (5th Cir. 2003); *Davis v. EPA*, 348 F.3d 772, 779 n.5 (9th Cir. 2003).

(23) Este punto aclara lo que Chevron contiene del entendimiento del estatuto orgánico, no de acto de procedimiento administrativo.

(24) La autorización para legislar y juzgar en la medida que tanto las reglas y juzgamientos sean necesarios o apropiados para el uso de la fuerza. Por ejemplo, el Presidente pudo seguramente hacer publicas las reglas del gobierno de detención de combatientes enemigos. Cualquier regla de este tipo habría sido, por supuesto, ser titulada distinta de Chevron.

(25) Véase: *Barnhart*, 535 U.S. en 222 enfatizando la importancia de la naturaleza de la problemática de relativa pericia de la agencia, la importancia del problema para la administración del estatuto y la complejidad de aquella administración.

por reconstruir la voluntad del Congreso<sup>(26)</sup>. Cuando el Congreso no se ha pronunciado, las interpretaciones deben depender, al menos en parte, de la evaluación de las consecuencias de una u otra perspectiva; las agencias están, comparativamente, en una buena posición para realizar dicha evaluación<sup>(27)</sup>. Cuando están en juego preguntas de valoración, las agencias, sujetas al control presidencial, deberían resolver esas cuestiones en la medida en que crean conveniente. Si estos son los fundamentos para el caso Chevron, el Presidente debe tener la autoridad para interpretar las ambigüedades en la AUFM de acuerdo a su elección. La interpretación de una autorización para usar la fuerza -por lo menos tanto como cualquier otra delegación de autoridad a las agencias, y posiblemente más- requiere apreciar las consecuencias y complejos juicios de valor.

### 1.2. Caso Chevron: etapa uno y etapa dos

Si el caso Chevron se aplica, la pregunta inicial es “si el Congreso se ha pronunciado directamente para precisar la pregunta en cuestión”<sup>(28)</sup>. Como los profesores Bradley y Goldsmith enfatizan, el Presidente no puede usar la fuerza contra las naciones o individuos que no están vinculados en forma palpable con los ataques del 11 de setiembre del 2001<sup>(29)</sup>. A decir verdad, el objetivo del AUFM es permitir al Presidente “prevenir cualquier acto futuro de terrorismo internacional contra Estados Unidos por tales naciones, organizaciones o personas”<sup>(30)</sup>. Pero aquel objetivo está para ser perseguido a través de un significado particular, que es el uso de la fuerza contra aquellos vinculados con los ataques del 11 de setiembre. El caso (iii)

es difícil porque el vínculo con Al Qaeda es de fecha posterior al ataque; así, el Presidente debe recurrir a argumentos complejos a favor del ejercicio del poder<sup>(31)</sup>.

De otro lado, un ataque contra Irak en el caso (i) habría sido permisible bajo la AUFM en el 2003, asumiendo que el Presidente “lo determinó” sobre la base de las evidencias durante el tiempo que Irak apoyó a Al Qaeda antes del ataque del 11 de setiembre. Irán está incuestionablemente sujeto al uso de la fuerza en el caso (ii). Cualquiera sea el significado de los términos relevantes, tales como “apoyado” o “refugiado”, en discusión, el Presidente tiene mucho poder discrecional para comprenderlos de acuerdo a lo que él considere conveniente. Aquellos que proveen de apoyo económico a Al Qaeda, al menos con la intención de hacerlo, parecen estar sujetos al ejercicio presidencial de la fuerza bajo la etapa uno; así, la acción presidencial está autorizada para el caso (iv).

En el caso Chevron, etapa dos, la cuestión es si “la respuesta del Ejecutivo está basada en una construcción permisible de una norma”, que requiere un juicio acerca de la razonabilidad de dicha construcción<sup>(32)</sup>. Enfoquémonos en el caso (vi). El Presidente puede usar “toda la fuerza necesaria y apropiada”. La ejecución de alguien que puede ser detenido en vez de ejecutado es arbitraria; no es ni “necesaria” ni “apropiada”<sup>(33)</sup>.

## 2. Reglas y contra reglas<sup>(i)</sup>

Las prerrogativas del caso Chevron pueden ser contrastadas con contra reglas. Las agencias no están permitidas de interpretar reglas de aplicación

(26) Véase: *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 865-66 (1984); SUNSTEIN, Cass R. *Law and Administration After Chevron*. En: *Columbia Law Review*. Número 90. 1990. pp. 2086 y 2087.

(27) Véase: 467 U.S. at 865; SUNSTEIN, *supra* nota 26, p. 2086.

(28) *Chevron*, 467 U.S. p. 842.

(29) BRADLEY, Curtis A. y Jack L. GOLDSMITH. *Op. cit.*; pp. 2107 y 2108. Un buen ejemplo de tal desconexión individual es la detención en Guantánamo, la cual estuvo aparentemente asociada con un grupo mínimo Islámico.

(30) *Authorization for Use of Military Force*. En: *Pub. L. No. 107-40*, § 2(a), 115 Stat. 224, 224 (2001).

(31) Hay preguntas difíciles acerca de si aquellos quienes asisten a Al Qaeda pueden considerarse accesorios después del hecho, o como el profesor Bradley y Goldsmith señalan, cobeligerantes. BRADLEY, Curtis A. y Jack L. GOLDSMITH. *Op. cit.*; p. 2112. El análisis de aquellos que ayudan a organizaciones terroristas después del acontecimiento de los actos que son predicados por el uso de la fuerza.

(32) *Chevron*, 467 U.S. p. 843. La Corte Suprema rara vez ha derogado una regulación en el paso dos. Véase: *AT&T Corp. v. Iowa Utils. Bd.*, 525 U.S. 366, 387-92 (1999), aunque el Circuito del Distrito de Columbia lo hace más frecuentemente. Véase, por ejemplo: *Republican Nat'l Comm. v. FEC*, 76 F.3d 400, 406-07 (D.C. Cir. 1996).

(33) Cfr. *Guantánamo Detainee Cases*, 355 F. Supp. 2d at 475. Nótese la irracional afirmación del gobierno de la autoridad para detener alguien que sin ser consciente dona pequeñas sumas de dinero para un fondo de caridad islámica que estuvo actualmente en frente del Al Qaeda.

(i) El autor utiliza los términos *canons* y *countercanons*.

fuera del territorio de Estados Unidos<sup>(34)</sup>. No están autorizadas para interpretar reglas ambiguas<sup>(35)</sup> ni para crear normas retroactivamente<sup>(36)</sup>. Y una agencia no puede construir normas ambiguas que eleven preocupaciones constitucionales. En estos y otros contextos, las Cortes han insistido en una serie de “reglas indelegables” que requieren la deliberación efectiva de las cuestiones referidas<sup>(37)</sup>. Por su propia naturaleza, las reglas indelegables traen abajo las diferenciaciones del caso *Chevron* ya que, específicamente requieren de los legisladores de la Nación para formar las decisiones más importantes de forma explícita.

### 2.1. La presunción de libertad

Los requerimientos de un claro permiso congresal han sido una característica típica del Derecho norteamericano, envuelto en la relación entre la libertad y la seguridad en tiempos de guerra<sup>(38)</sup>. Se considera en el caso *Duncan v. Kahanamoku*<sup>(39)</sup>, que involucraba la imposición de la ley marcial en Hawai durante la Segunda Guerra Mundial. La Corte concluyó que con la *Hawaii Organic Act* se permitió al gobernador declarar la ley marcial, pero no aceptó que, en virtud de una delegación normativa, el gobernador, incluso con la aprobación presidencial, pueda “cerrar todas las Cortes y sustituirlas con Tribunales Militares”<sup>(40)</sup>. La Corte reconoció que el lenguaje normativo y la

historia no estaban claros y enfatizó, como relevante para la cuestión interpretativa, “el nacimiento, desenvolvimiento, y crecimiento de nuestras instituciones políticas”. Dado que “las Cortes y sus salvaguardias procesales son indispensables para nuestro sistema de gobierno”<sup>(41)</sup>, la Corte no construirá una regla ambigua para autorizar la sustitución, por el Ejecutivo, de Cortes ordinarias por Tribunales Militares<sup>(42)</sup>.

Un principio similar es la base de una de las decisiones de libertad de expresión más celebradas en la historia americana: la decisión del juez Learned Hand en el caso de *Masses Publishing Co. v. Patten*<sup>(43)</sup>. La interpretación que hizo el juez Hand del *Espionage Act* como aplicación solo para materiales falsos, y no solo materiales subversivos, forzó la legislatura, no solo al Ejecutivo, a enfocarse específicamente en si la seguridad nacional justifica un compendio de libertad<sup>(44)</sup>. Hay muchos otros ejemplos<sup>(45)</sup>.

La lección para la AUFM del 2001, o para cualquier AUFM, es claramente directa: el Presidente no puede interferir con intereses protegidos constitucionalmente a menos que el Congreso lo haya autorizado específicamente<sup>(46)</sup>. De hecho, esta idea tiene un papel principal en la decisión de la Corte de Apelaciones en el caso *Padilla v. Rumsfeld*<sup>(47)</sup>. Un problema fue la legalidad de la detención de un ciudadano norteamericano

(34) *EEOC v. Arabian Am. Oil Co.*, 499 U.S. 244, 257-58 (1991).

(35) *Bowen v. Georgetown Univ. Hosp.*, 488 U.S. 204, 208-09 (1988).

(36) Véase: *Edward J. DeBartolo Corp. v. Fla. Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council*, 485 U.S. 568, 575 (1988).

(37) Véase: SUNSTEIN, Cass R. *Nondelegation Canons*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 67. 2000. p. 315.

(38) Véase: ISSACHAROFF, Samuel y Richard H. PILDES. *Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism: An Institutional Process Approach to Rights During Wartime*. En: *Theoretical Inquiries L*. Enero 2004. pp. 6-9; SUNSTEIN, Cass R. *Minimalism at War*. En: *SUP. CT. REV.* 2004. pp. 77-93.

(39) 327 U.S. 304 (1946).

(40) *Ibid.*; p. 315.

(41) *Ibid.*; p. 319.

(42) *Ibid.*; p. 323; véase también: *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283, 297 (1944) (negándose a construir reglas que permitan la detención de un leal americano japonés).

(43) 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917).

(44) Véase: *Ibid.*; pp. 542 y 543.

(45) Véase, por ejemplo: *United States v. Yates*, 354 U.S. 298, 318 (1957) (interpretando la prohibición contenida en el *Smith Act* sobre la adecuación de la derogación por la fuerza del gobierno aplicable solo cuando existe una provocación directa); Sunstein, *supra* nota 38.

(46) Los Profesores Bradley y Goldsmith argumentan que los principios en torno a las declaraciones explícitas han sido aplicados solo en los casos que involucran “acciones presidenciales (...) no apoyadas por prácticas históricas (que implican los derechos constitucionales de los estadounidenses no combatientes”. BRADLEY & GOLDSMITH. *Supra* nota 6. p. 2105. Parece, sin embargo, que en por lo menos algunas circunstancias, dichos principios deberían aplicarse también a casos que involucran a combatientes estadounidenses o extranjeros dentro de los límites territoriales de Estados Unidos. Si, por ejemplo, el Presidente intentara interferir con las prácticas religiosas de un combatiente ciudadano o extranjero, una declaración expresa del Congreso sería necesaria.

(47) 352 F.3d 695 (2d Cir. 2003), revisado, 124 S. Ct. 2711 (2004).

tildado como combatiente enemigo luego de haber sido detenido en suelo norteamericano<sup>(48)</sup>. En la opinión de la Corte, la autorización del Congreso para utilizar “toda la fuerza necesaria y apropiada” para responder a los ataques de setiembre debe ser entendida bajo la luz del *Ex parte Endo*<sup>(49)</sup>, que requería una específica declaración del Congreso para apoyar una intrusión al dominio de la libertad<sup>(50)</sup>. La Corte no encontró tal declaración<sup>(51)</sup>.

En su opinión concurrente en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*<sup>(52)</sup>, el juez Souter similarmente enfatizó en “la necesidad de una clara resolución expresada por el Congreso que fije las competencias demandadas”<sup>(53)</sup>. No habiendo encontrado tal resolución, concluyó que la detención de Hamdi era ilegal<sup>(54)</sup>. La mayoría que estaba del lado del Hamdi no estaba de acuerdo, pero no se cuestionó la afirmación del juez Souter de que una clara declaración era requerida. Se concluyó, por otro lado, que la AUFM proveyó tal declaración, porque la detención de “combatientes enemigos”, por lo menos durante el conflicto en donde la captura se da, “es aceptada y tan fundamental en un incidente de guerra como también lo es en el ejercicio de la fuerza necesaria y adecuada que el Congreso ha autorizado usar al Presidente”<sup>(55)</sup>.

La opinión del juez Souter en el caso *Hamdi* es razonable, pero la posición de la mayoría me parece correcta y consistente con lo que he enfatizado aquí: un requerimiento de claridad

legislativa para cualquier sensible interferencia con intereses constitucionales. En el caso (v), que es parecido al caso *Padilla*, la pregunta es si la AUFM contiene la claridad requerida. Me inclino a pensar que sí la tiene, aunque el punto es, con razón, muy discutido<sup>(56)</sup>.

## 2.2. La autoridad del Ejecutivo y el poder del Comandante a cargo<sup>(ii)</sup>

De acuerdo a la Constitución, el Presidente tiene Poder Ejecutivo y es el Comandante a cargo de las Fuerzas Armadas. Quizás el Presidente tiene una autoridad considerable para proteger a la Nación cuando su seguridad es amenazada; quizás sea esta una parte central de la autoridad “ejecutiva”<sup>(57)</sup>. Si esto es así, entonces la AUFM debe ser interpretada ampliamente y de una forma que tenga alto respeto por las prerrogativas presidenciales<sup>(58)</sup>. Bajo este acercamiento, también típico del Derecho Administrativo, promulgaciones reglamentarias que involucren el centro de la autoridad ejecutiva deben ser interpretadas favorablemente al Presidente para evitar las dificultades constitucionales que una construcción restringida puede introducir<sup>(59)</sup>.

En años recientes, este punto de vista es argumentado con mayor claridad en el disenso del juez Thomas<sup>(60)</sup>. El juez Thomas enfatizó que la Constitución concede al Presidente la “responsabilidad primaria (...) de proteger la

(48) *Ibid.*; p. 698.

(49) 323 U.S. 283 (1944).

(50) *Padilla*, 352 F.3d at 722–23 (citando la autorización para el uso de fuerza militar, Pub. L. No. 107-40, § 2(a), 115 Stat. 224, 224 (2001)) (citando *Endo*, 323 U.S. at 298–300).

(51) *Ibid.*

(52) 124 S. Ct. 2633 (2004).

(53) *Hamdi* 124 S. Ct. en 2655

(54) *Ibid.*

(55) *Hamdi*, 124 S. Ct. at 2640 (opinión de la mayoría) (citando la autorización para el uso de fuerza militar, § 2(a), 115 Stat. at 224).

(56) Tal como los profesores Bradley y Goldsmith enfatizan, la pregunta de la constitucionalidad de los procedimientos de la detención es independiente de la pregunta de la autoridad para detener.

(ii) El autor utiliza el término *Commander-in-Chief*.

(57) Véase: *Hamdi*, 124 S. Ct. at 2675 (Thomas, J., voto en contra).

(58) Por supuesto es posible que una acción ejecutiva pueda pasar los límites en autoridad legislativa. Véase: *Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer*, 343 U.S. 579,589 (1952). Pero una autorización de esta posibilidad me llevaría más allá del alcance de esta publicación.

(59) Véase: *Carlucci v. Doe*, 488 U.S. 93, 102 y 103 (1988). Léase los procedimientos de remoción estatutaria como las no autorizaciones ejecutivas para revelar empleados por razones de seguridad nacional. Departamento de Marina versus Egan, 484 U.S. 518,530 (1988). Favoreciendo fuertes diferencias para el Ejecutivo en decisiones de seguridad. *Estados Unidos v. Jonson*, 418 U.S. 681,691 (1987) (Nótese que las peticiones contra el gobierno por daños relacionados al servicio militar están bloqueados por la importancia de la deferencia militar). En estos casos, la Corte no necesitó de poder para inmiscuirse con el Presidente, pero de la lectura de los estatutos fue informado por una apreciación tradicional de las prerrogativas presidenciales.

(60) *Hamdi*, 124 S. Ct. at 2674 (Thomas, J., voto en contra).

seguridad nacional y de conducir las relaciones internacionales de la Nación<sup>(61)</sup>. Como sustento, el juez Thomas ha podido citar bien la decisión de la Corte en *Ex parte Quirin*<sup>(62)</sup>, en donde la Corte mantuvo el uso de las comisiones militares para poner a prueba a saboteadores alemanes capturados durante la Segunda Guerra Mundial<sup>(63)</sup>. En ese caso el Presidente pidió a la Corte mantenerlo como Comandante a cargo; el Presidente tenía inherentemente el poder de crear y usar Tribunales Militares. La Corte declinó en resolver este argumento, pensando que el Congreso había "autorizado tentativas de ofensas contra la ley de guerra antes de esas comisiones"<sup>(64)</sup>. ¿Pero dónde lo había hecho el Congreso? La Corte se basó en el artículo 15 de *Articles of War* <sup>(65)</sup>; sin embargo, como los profesores Bradley y Goldsmith anotaron, el artículo 15 no autoriza específicamente esas comisiones<sup>(66)</sup>. Así, la reglamentación de la Corte es vista como motivada por un deseo de abolir la reglamentación del Presidente con amplias demandas sobre su autoridad constitucional como Comandante a cargo.

De ese modo, como la AUMF es aplicada en un contexto que involucra los poderes constitucionales del Presidente, por ende debe ser interpretada generosamente. En este sentido, el Presidente recibe el tipo de prerrogativas superfuertes que se derivan de la combinación del caso *Chevron* con lo que plausiblemente son recogidas como sus responsabilidades constitucionales<sup>(67)</sup>.

### 2.3. Reglas de guerra

Algunos de los casos más difíciles aparecerán cuando las reglas más importantes apunten a direcciones opuestas. Supongamos, por ejemplo, que el Presidente haga un pedido razonable de autoridad inherente para participar en acciones que amenacen intereses constitucionalmente sensibles<sup>(68)</sup>. La cuestión es si es posible desarrollar reglas de prioridad y armonización para

organizar los conflictos relevantes.

En mi opinión, la respuesta es esclarecedora: los derechos constitucionales sensibles tienen un tipo de prioridad interpretativa, entonces el Presidente necesita un permiso legislativo explícito para invadirlos, incluso si plausiblemente demanda su legitimidad en el área general de su autoridad constitucional. Considerando la analogía constitucional, incluso si el Presidente está actuando en concordancia con el poder dado, permanece sujeto a las coacciones establecidas por las provisiones que protegen los derechos de la Constitución. Se sigue que, por la interpretación de una autorización para usar la fuerza, la libertad debe siempre recibir el beneficio de la duda. Este punto refuerza la conclusión de que el Presidente no puede actuar en el caso (vi), y ayuda a explicar por qué el caso (v) es tan difícil.

### 3. Conclusión

En tiempos guerra no menos que en tiempos de paz, la inquietud por la autoridad presidencial puede ser organizada y disciplinada si es reconducida con referencia cercana hasta los principios del Derecho Administrativo. Estos principios conceden al Presidente un gran criterio de discreción para interpretar las autorizaciones del Congreso para el uso de la fuerza, sujeto solo a los límites de la razonabilidad. En resumen, el caso *Chevron* tiene aspiraciones imperialistas.

La mayor calificación es una estándar: las interpretaciones ejecutivas son coaccionadas por principios que requieren una deliberación explícita del Congreso sobre la cuestión en disputa. En el contexto de la seguridad nacional, esta conclusión parece darle al Presidente menos autoridad de la que necesita. Pero si la seguridad nacional está genuinamente en riesgo, una autorización clara del Congreso será ciertamente casi venidera.  $\square$

(65) *Ibid.*; p. 27 (citando el artículo 15 de los *Articles of War*).

(66) BRADLEY, Curtis A. y Jack L. GOLDSMITH. *Op. cit.*; pp. 2129 y 2130.

(67) No estoy admitiendo que el Presidente tenga un claro poder constitucional para hacer lo que propone. Bajo ese supuesto, la AUMF sería relevante. La pregunta aquí es cómo la AUMF debe ser interpretada cuando hay un razonable reclamo -no como tenencia- que el presidente tenga el poder constitucional de actuar.

(68) Por supuesto la probabilidad de tales conflictos dependen de los juzgamientos acerca de méritos-la ausencia de los principios constitucionales fundamentales. Si el Presidente tiene autoridad inherente para actuar en temas relevantes, entonces dichos conflictos no saldrían a luz, simplemente porque una declaración de principios clara no sería requerido como tampoco saldrían a luz conflictos si los variadas salvaguardas de libertad de la Constitución raramente aplicados cuando la AUMF es apropiadamente invocada. Pero imaginemos que en una concreta visión disposiciones ambiguas deben ser construidas desde diferentes posiciones.