

# Pensamiento Constitucional

Escuela de Graduados  
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

## ENSAYOS

Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica

*Baldo Kresalja Roselló*

Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina

*Francisco Fernández Segado*

El amparo iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado)

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor*

El amparo como proceso «residual» en el código procesal constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable

*Francisco José Eguiguren Praeli*

El derecho de la lengua

*Diego Valadés Ríos*

La interpretación transnacional a la luz del reciente triunfo del orden internacional sobre la pena de muerte en Estados Unidos de América

*María Sofía Sagüés*

Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana

*Alberto Oehling de los Reyes*

## NOTAS

Sobre el poder constituyente y la rigidez constitucional

*Ramón Peralta Martínez*

Vieja-nueva constitución

*Francisco Zúñiga*



FONDO  
EDITORIAL

# La interpretación transnacional a la luz del reciente triunfo del orden internacional sobre la pena de muerte en Estados Unidos de América\*

*It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom.\*\**

Justice Kennedy

**María Sofía Sagüés\*\*\***

## Sumario

1. Introducción
2. El autismo en la jurisdicción constitucional
3. Acercando la mirada hacia el orden internacional
4. Génesis de la apertura
5. Un primer avance: el caso *Lawrence vs. Texas*
6. Retrocesos en el periodo 2003-2004 de la Suprema Corte

---

\* Algunos sectores de este trabajo tienen su origen en el artículo publicado por la autora en La ley 2005-F-1095.

\*\* «No minimiza nuestra fidelidad a la Constitución o nuestro orgullo en sus orígenes el reconocer que la expresa afirmación de determinados derechos fundamentales por otras naciones y pueblos subraya el carácter central de aquellos mismos derechos concebidos en nuestra herencia de libertad» (La traducción es de la autora), Justice Kennedy, *Roper vs. Simmons*, 2005.

\*\*\* Máster en Derecho por Georgetown University; profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina; profesora en cursos de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Austral.

## 7. Retomando el camino

7.1. La pena de muerte

7.2. El caso *Roper vs. Simmons*

7.3. Los recientes pronunciamientos en torno al debido proceso de los imputados de actos terroristas

## 8. Evaluación

## 9. Bibliografía

### 1. Introducción

Charlie y Chris eran adolescentes. Cometieron robo, secuestro y homicidio. Fueron sentenciados. Charlie, de quince años de edad, fue considerado demasiado joven para morir en manos de la pena capital. Chris, ya con diecisiete, no. Junto a él, otros 72 jóvenes a lo largo de Estados Unidos de América veían aproximarse la aplicación de sentencias a pena de muerte. Hoy, en 2005, la Suprema Corte ha considerado que privarles de su vida resultaría cruel e inusual. El orden internacional de los derechos humanos fue el gran protagonista de esta decisión.

### 2. El autismo en la interpretación constitucional

Durante siglos, la Corte Suprema estadounidense se ha mostrado reticente a la introducción de categorías de derecho transnacional en su proceso de elaboración de decisiones.<sup>1</sup> Aferrada al originalismo en materia interpretativa, sus argumentaciones se entroncaban en consideraciones sistemáticas, en apreciaciones de la literalidad de la norma suprema, y, principalmente, en una interpretación voluntarista histórica basada en el espíritu de los «*Frames*», grandes fundadores y arquitectos del constitucionalismo nacional.

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, el criterio vertido por LANE, Charles. «*Thinking outside the U.S.*». En *Washington Post* [Washington]. 4 de agosto de 2003, página A 13. Asimismo, véase DAY O'CONNOR, Sandra. «*Keynote Address(es) Before the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law*». En *American Society of International Law Procedure*, 2002, página 350.

Esta línea argumentativa se encuentra profundamente enraizada en la historia y los principios de legitimación política compartidos por Estados Unidos de América (Alford *s.a.*(b): 646),<sup>2</sup> y se estructura sobre la idea de que «[...] la fuente de las protecciones constitucionales se encuentra embebida en el texto, estructura, historia y experiencia nacional» (Alford *s.a.*(b): 788).<sup>3</sup>

Es decir, el originalismo implica una lectura de las normas constitucionales con la mirada orientada hacia dentro de las fronteras patrias. Esto conllevó lo que podría llamarse una interpretación «nacionalista» del texto supremo, ajena y, de alguna manera, autista respecto a la realidad internacional. En consecuencia, la jurisprudencia resultante parte de sugerir que las «[...] decisiones internacionales, declaraciones y exhortaciones no tienen cabida en aquellas fuentes. Concluir de otra manera sería un completo nuevo rango de materiales para los textos, precedentes y doctrinas de donde el objetivo herculeano de construir juicios constitucionales en casos particulares debe proceder» (Slaughter 2003: 203).<sup>4</sup> El ejemplo paradigmático respecto a la negativa a la introducción del derecho comparado o normas internacionales en el discurso jurídico jurisdiccional norteamericano puede encontrarse en la opinión del Justice Thomas al denegar el *certiorari* en *Foster vs. Florida*; allí, se sostiene que «[...] esta Corte no debería imponer modos, modismos o modas extranjeras en americanos».<sup>5</sup>

Dentro del marco de acción de la interpretación *originalista*, el campo de juego de las pautas internacionales o de derecho comparado se encuentra sumamente reducido a su capacidad de brindar luz a la «intención originaria» del constituyente, es decir, aquellos casos en que la experiencia extranjera o el derecho internacional contribuyen a desentrañar la génesis volitiva de la norma doméstica. Así lo explica Alford, al sostener que «[...] originalismo es una teoría constitucional que juzga la propiedad de la comparación constitucional basada en su habilidad para facilitar un entendimiento de su intención original» (Alford *s.a.*(b): 645).

---

<sup>2</sup> Al respecto, también puede consultarse a SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1998, pp. 30 y s(s).

<sup>3</sup> En este punto, ALFORD cita a Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*.

<sup>4</sup> La autora cita a FRIED, Charles. *Scholars and Judges, Reason and Power* (ambos autores son citados, también, por Alford).

<sup>5</sup> 537 U.S. 990, (2002), citada por Scalia en su posición minoritaria en *Lawrence vs. Texas*.

En consecuencia, sobre todo en los primeros años de la nación, existen antecedentes en los que, en el marco interpretativo señalado, las Cortes estadounidenses hacen referencia a normas extranjeras pertenecientes a países del *Common Law*, en particular del *Common Law* inglés.<sup>6</sup> Asimismo, también se verifican precedentes en los que se hace mención a la ley de gentes en casos relativos a comercio internacional. Sin embargo, posteriormente, la referencia al derecho comparado —dentro del marco de los sistemas partidarios del *common law*— se ha ido restringiendo. Así, O’Scannlain señala, por ejemplo, que, entre 1990 y 2003, solo 43 decisiones de las Cortes federales de apelaciones refirieron a precedentes británicos.<sup>7</sup>

Las razones que aportan fundamento a una lectura autista de las normas supremas son de diversa índole. Desde un punto de vista teórico, como señala Roger P. Alford, el recurrir o no al intérprete externo se encuentra determinado por la teoría constitucional y metodología interpretativa que subyace al operador. Es decir, «[...] debidamente entendido, el interés personal en incurrir en derecho comparado constitucional dependerá en la teoría de cada uno respecto de la argumentación constitucional» (Alford *s.a.* (b): 641).

Algunas posiciones argumentativas resultan más reticentes a la apertura. Así, se ha señalado anteriormente que ello se veía restringido en un primer momento dado que «[...] si un juez interpreta la Constitución basado en la teoría de la intención original, entonces las prácticas globales contemporáneas serán de poco servicio» (Alford *s.a.* (b): 641). Por su parte, dentro de la crítica al control contra mayoritario «[...] si un juez basa su argumentación en la teoría de la referencia a la legislatura, entonces las experiencias comparativas que ofrecen distintas concepciones de “lo bueno” serán de poca relevancia» (Alford *s.a.* (b): 641).

Otras líneas argumentativas resultan más flexibles, admitiendo la posibilidad de abrir las puertas a prácticas extranjeras y el derecho internacional; sin embargo, ello no se logra de manera automática. En este sentido, continúa explicando el autor citado «[...] si un Juez expone la teoría de que una constitución engloba principios de derecho natural, entonces la

---

<sup>6</sup> Véase, en este sentido, GLENSY, Rex D. «Wich countries Count?. Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority», página 361.

<sup>7</sup> Véase O’SANNLAIN, Diarmuid F. «Speech: What role should foreign practice and precedent play in the interpretation of domestic law?». En *Notre Dame L. Review*, Estados Unidos.

evidencia de normas universales va a solventar tal concepción. Si un juez es “constitucionalista pragmático” las consecuencias en el mundo real tanto en casa como en el exterior serán apropiadas para aportar luz empírica en las soluciones propuestas a problemas comunes» (*s.a. (b)*: 641).

### 3. Acercando la mirada hacia el orden internacional

Poco a poco, a través de diversas presentaciones, principalmente generadas mediante la utilización de la figura del *amicus curiae* y posiciones adoptadas en votos minoritarios, se han formulado frente y dentro del tribunal argumentos que exigen efectuar una mirada hacia el orden internacional. Así, la interpretación constitucional se moderniza con la incorporación de patrones internacionales en la creación de los estándares de revisión.

La recepción abarca distintos aspectos. Se tiene en cuenta tanto el derecho comparado, como fuente persuasiva, como también la normativa internacional, los pronunciamientos de organismos jurisdiccionales supranacionales, y la opinión de la comunidad internacional en general, todas como pautas que no pueden desconocerse y que, de alguna manera, impactan en la construcción de los esquemas valorativos propios, relativos no solo a cuestiones que tienen que ver con aspectos internacionales, sino también al derecho constitucional doméstico.

Explicando la mutación, el ex *Chief of Justice* William H. Rehnquist ha sostenido lo siguiente:

Por cerca de un siglo y medio, las Cortes en los Estados Unidos ejercieron su poder de jurisdicción constitucional sin mirar otra cosa que a sí mismos, porque las Cortes solamente ejercían dicho tipo de autoridad. Cuando muchas nuevas Cortes constitucionales fueron creadas tras la Segunda Guerra Mundial, esos tribunales naturalmente tuvieron en cuenta las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos, entre otras fuentes, para desarrollar su propia ley. Pero ahora que el derecho constitucional se encuentra tan sólidamente establecido en tantos países es hora que las Cortes de Estados Unidos comiencen a mirar las decisiones de otras Cortes constitucionales como ayuda para su propio proceso deliberativo (Rehnquist 1993 [1989]).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Véanse, además, sus opiniones en *Raines vs. Byrd*, 521 U.S. 811, 828 (1997); y *Washington vs. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 710, 718 n.16, 785-87 (1997), citadas por HONGJU KOH, Harold. «On American Exceptionalism». En *Stanford Law Review*, Estados Unidos, *nota número* 113.

Aquellas observaciones que en un principio se han mostrado de manera aislada, en pronunciamientos disidentes o particulares, hoy se han explayado en criterios mayoritarios relativos a temas viscerales para la sociedad americana. Durante los ciclos 2003 y 2004, las referencias adquieren carácter categórico. Ken I. Kersch señala que existen tres aspectos que remarcan la notabilidad e importancia de las alusiones de la Corte Suprema al orden internacional en sus recientes pronunciamientos. En primer lugar, dichas referencias se realizan en decisiones que no involucran asuntos internacionales, sino aspectos de política doméstica que son el corazón de la contienda política partidaria. En segundo plano, en lugar de consistir en alusiones casuales, representan un calculado paso de jueces claves de la Corte, liderados por *Justice* Breyer, pero también acompañado por *Justice* Ginsburg, Kennedy y O'Connor. En tercer término, estos esfuerzos de la judicatura americana están teniendo lugar en un contexto distintivo de reforma intelectual, en el que muchos activistas y doctrinarios, tanto de Estados Unidos como del resto del mundo, están comenzando a entender que el transnacionalismo es imperativo (Kersch *s.a.*: 345).

La respuesta no ha sido única. Harold Hongju Koh encuadra la postura de los miembros de la Corte Suprema de Estados Unidos respecto al rol de este país en el mundo en dos líneas: la jurisprudencia nacionalista y la jurisprudencia transnacionalista.<sup>9</sup> En la primera corriente, se ubicaría Scalia y Thomas, quienes «[...] se caracterizan por compromisos a la territorialidad, política nacional, deferencia al poder ejecutivo, y resistencia al compromiso hacia el derecho internacional en cuanto significa una limitación de las prerrogativas nacionales» (Hongju *s.a.*: 1513). La otra corriente, denominada *jurisprudencia transnacionalista*, se inició, según dicho autor, con John Jay y John Marshall; el ministro Gray en el caso *Paquete Habana*;<sup>10</sup> Duglas y White en la Corte Warren y Burger; y, finalmente, Blackmun. En la actualidad, sus exponentes son Stephen Breyer y Ruth Bader Ginsburg (Hongju *s.a.*: 1513).

Sin duda, el discurso legal se ha visto totalmente alterado. La mutación de la teoría argumentativa también implicó un cambio en la concepción

---

<sup>9</sup> Véase HONGJU KOH, Harold. «On American Exceptionalism». En *Stanford Law Review*, Estados Unidos, *nota número* 113.

<sup>10</sup> 175 U.S. 677.700 (1900), en cuanto dice que «[...] el derecho internacional es parte de nuestra ley», citado por HONGJU KOH, Harold. «On American Exceptionalism». En *Stanford Law Review*, Estados Unidos, *página* 1513.

misma de la actuación jurisdiccional. Melissa A. Waters plantea una nueva visión de la judicatura en el ámbito mundial. Sostiene que las Cortes, participando en el diálogo judicial internacional, crean «comunidades interpretativas» que se enganchan en un proceso de interacción, interpretación y reinterpretación judicial, e internalización doméstica de una determinada norma internacional. De esta manera, participan en la construcción y desarrollo de un amplio diálogo judicial internacional, tanto bajo la ley doméstica como bajo la internacional. Este diálogo contribuye en una gradual convergencia hacia una costumbre internacional (Waters *s.a.*: 487). En un sentido similar, Kersch señala que la judicatura es consciente de la transformación que está gestando, y cómo contribuye a la construcción de una comunidad judicial global (*s.a.*: 359).

El potenciamiento de la judicatura que acompaña a estas pautas interpretativas ha sido criticado por algunos autores que se mantienen enfrentados a esta doctrina. Kersch, por ejemplo, sostiene que «[...] mientras el nuevo transnacionalismo sostiene una preocupación por los reclamos de democracia y estado de derecho, si es aplicado dentro de Estados avanzados, industrializados y democráticos, como los Estados Unidos, cuando es dirigido hacia cuestiones domésticas de carácter político o constitucional, es parte de un manejo elitista, con motivaciones políticas de carácter internacional hacia el gobierno de los jueces, lo cual atenta contra la eticidad de la regla democrática del auto gobierno, si no también contra el estado de derecho» (Kersch *s.a.*: 346). Según dicho autor, estas pautas analíticas han permitido que la judicatura haya procurado la «revolución de los derechos», de tal manera que, consagrándose el poder judicial como auténtico intérprete de la Constitución, se instituye en guardián del sistema, y, como tal, en supremo rector de este.<sup>11</sup>

Finalmente, la resistencia se instauró también en el campo legislativo. La Cámara Baja del Congreso de Estados Unidos de América aprobó una resolución que determinaba que «[...] las leyes de Estados Unidos no deberían estar basadas en todo o en parte en juicios, leyes, o pronunciamientos de instituciones extranjeras, a menos que tales pronunciamientos extranjeros sean incorporados en la historia legislativa de leyes aprobadas por las ramas legislativas electas de los Estados Unidos, o de otra manera informen un

---

<sup>11</sup> Véase KERSCH, Ken I. «The new legal transnationalism. The globalized judiciary and the rule of law». En *Washington U. Global Studies*, Estados Unidos, pp. 350 y s(s).

entendimiento del sentido original de las leyes de Estados Unidos» (Setear 2003: 583).<sup>12</sup> Ello lo basa en que tal práctica jurisprudencial atentaría contra la división de funciones propia de un régimen republicano. Por su parte, algunos senadores también introdujeron un proyecto de ley conocido como el Acta de Restauración Constitucional de 2004, sobre la base de la cual se establece que, al interpretar y aplicar la Constitución de los Estados Unidos, una Corte no puede apoyarse en alguna Constitución, ley, decreto administrativo, resolución judicial u otra acción de cualquier Estado extranjero, u organización o agencia internacional, sino solo en el derecho constitucional y *common law* inglés (O'scannlain *s.a.*: 1899).

Sin embargo, los argumentos a favor de la interpretación transnacionalista varían tanto en torno a los aspectos morales relativos a un proceso histórico inexorable de globalización como a la relevancia técnica de incorporar conocimientos, sin discriminar su origen (Kersch *s.a.*: 360). El patrón de la tendencia jurisprudencial consiste en partir de la base de la interdependencia política y económica, de mirar hacia reglas de derecho internacional, y del compromiso hacia la necesidad de utilizar como medio la coordinación con sistemas internacionales de intereses y promover el desarrollo de un sistema internacional de justicia eficaz (Hongju *s.a.*: 1513-4).<sup>13</sup>

Algunos autores plantean el carácter inevitable del fenómeno, ya que, si bien este puede no encuadrar en la postura clásica interpretativista, es impuesto por una realidad universal. En este sentido, Spiro sostiene que «[...] el derecho internacional puede ser un proceso donde los Estados Unidos y entidades americanas puedan participar, pero no es una criatura de la Constitución. Sin embargo, resistir e aislarse no son opciones viables. Uno puede esperar un mayor frecuente desarrollo de normas internacionales dentro de los discursos respecto a derechos internos. En el largo plazo, las normas internacionales serán ubicadas no como solamente agentes persuasivos, sino como triunfos. Las concepciones nacionalistas son vulnerables frente al cambio de la arquitectura del derecho internacional y la comunidad internacional» (1999: 2027).

Rex D. Glensy sostiene que las críticas del análisis comparativo son incorrectas. Para ello se basa, en primer lugar, en la idea siguiente:

---

<sup>12</sup> Se trata, originalmente, de una expresión vertida por Tom Feeney en una sentencia.

<sup>13</sup> Quien cita, a su vez, a Jenny Martínez.

[...] el análisis comparativo difícilmente es un fenómeno «nuevo»; ha sido debatido y utilizado tanto en este país como en el exterior por centurias, si no milenios. Asimismo, el reclamo de que la soberanía de los Estados Unidos está, de alguna manera, comprometida por el uso de fuentes extranjeras es insostenible, planteado bajo escrutinio, por el solo hecho que jueces domésticos, guiados por su entrenamiento doméstico, van a ser siempre los que tomen la decisión que determine si debe realizarse este estudio comparativo (Glensy *s.a.*: 357).

De esta manera numerosos doctrinarios, órganos jurisdiccionales y sectores de la sociedad civil apoyan tal posibilidad e, incluso, argumentan mundialmente a favor de esta, muchos de ellos organizados a través de organizaciones no gubernamentales (Kersch *s.a.*: 360).

Sin embargo, también existen reticencias de orden práctico a la interpretación transnacionalista, ya que se cuestiona la posibilidad de adaptación de la norma comparada con la realidad sociopolítica de Estados Unidos. Así, se señala que «[...] dado que la ley extranjera puede ser inadecuada para las condiciones americanas, se recomienda recurrir exclusivamente a las autoridades domésticas» (O'scannlain *s.a.*: 1903). A ello se suman las críticas a la misma capacidad del Poder Judicial para comprender completamente aquellas instituciones «prestadas» (Kersch *s.a.*: 367). En lo concreto, se cuestiona la propia selección de la norma comparada. En las palabras del congresista Feeney: «Como un juez, si el análisis comparativo es un proceso apropiado, puede discernir cuál de los países es apropiado para citar y cuál de los países no» (Glensy *s.a.*: 357).

Sin duda, los cuadros judiciales, en virtud de estos cambios y desafíos, se han visto enfrentados a un replanteamiento. Roger A. Alford señala que «[...] las Cortes han quedado perplejas por el problema, y sus pronunciamientos reflejan un limitado entendimiento del rol del derecho internacional y tribunales internacionales en decisiones en Cortes domésticas» (*s.a.*(a)). Evidentemente, una interpretación transnacionalista requiere que los operadores jurídicos se formen en disciplinas no siempre estudiadas con la exigencia necesaria. Justamente, la interpretación transnacionalista y el recurrir al intérprete externo remiten a dos disciplinas como elementos determinantes que deberían ser conocidos por el intérprete: a) el orden internacional o regional de los derechos humanos que vincula a su país, y b) el derecho comparado en general, que abarca los diversos órdenes

normativos nacionales, así como los órdenes regionales de derechos humanos no aplicables directamente a dicho país.

En este sentido, Deena R. Hurwitz resalta la necesidad de formación transnacionalista del jurista del siglo XXI. Dicha autora sostiene lo siguiente:

[...] globalización podrá ser un proceso todavía en surgimiento, pero no es más un mero discurso teórico. Al contrario, se está convirtiendo rápidamente en el horizonte para todas las disciplinas. Hoy en día cualquier noción de que una ley nacional es independiente de la norma internacional es un chiste. Todos nuestros problemas son transnacionales y pueden ser controlados sólo por la cooperación transnacional. Existe un proceso constitutivo global de decisiones con autoridad en los que el derecho internacional público y privado, así como el derecho comparado todo se combina en lo que Philip Jessup llamó «*transnational law*». Es inútil hoy hablar de una jurisprudencia de derecho nacional. Lo que se necesita es una teoría y procedimiento para cuestionarse sobre todo el proceso de decisión. Los nuevos problemas de derechos humanos acompañan la globalización. Debido a su inherente carácter transnacional, estos aspectos hacen nacer la idea de que derechos humanos —y sus violaciones— afectan a los miembros de la comunidad global, sin importar donde ocurrió la violación. En miras a variar los paisajes, los abogados hoy deben familiarizarse, al fin, con los componentes de regímenes internacionales y normas de derechos humanos internacionales, así como elementos de ética legal transnacional (Hurwitz *s.a.*: 506-8).<sup>14</sup>

#### 4. Génesis de la apertura

Conforme se ha señalado, la Corte Suprema de Estados Unidos de América, al principio tímidamente, y luego con mayor vigor, dio lugar en su argumentación jurisdiccional a las valoraciones internacionales y de derecho comparado. Originariamente, más allá de las referencias a los países de *common law* que influyeron en la génesis histórica del sistema

---

<sup>14</sup> Asimismo, véase POWELL, Catherine. «Dialogic Federalism: Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States». En *University of Philadelphia Law Review*, Estados Unidos, 2001; y STEPHENS, Beth. «Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations». En *Yale Journal of International Law*, Estados Unidos, 2002 (ambos son citados por Hurwitz).

legal estadounidense, también pueden vislumbrarse algunas referencias a las prácticas de otros países. Así, en *Fong Yue Ting vs. United States*,<sup>15</sup> pueden encontrarse algunas alusiones a las naciones soberanas e independientes, al evaluar la constitucionalidad de una ley que preveía la expulsión de trabajadores chinos. Debe aclararse que este modelo argumentativo fue señalado por algunos autores como una mera acumulación de información, probablemente motivado por el carácter internacional de la ley en análisis (*Glensy s.a.*: 368). El problema que se planteaba es que, en aquellas raras instancias en que la Corte hacía referencias a sistemas comparados, estas aparecían como nada más que observaciones cortesés, sin constituir el elemento central o definitorio respecto a la Constitución americana que tenga un soporte independiente extranjero (*Glensy s.a.*: 372).

El aumento de la remisión al orden internacional y el derecho comparado se verifica conjuntamente con el crecimiento de los litigios relativos a derechos civiles a fines de la mitad del siglo XX en Estados Unidos (*Glensy s.a.*: 369). Ello se debe a la misma naturaleza de la temática. Explica *Glensy* lo siguiente:

[...] existe un elemento en materia de derechos civiles que, como una cuestión intrínseca, trasciende la noción de fronteras, y se refleja directamente en la sociedad que está enfrentando tales asuntos. Y es en estas instancias —cuando las cuestiones se acercan al corazón de nuestra conciencia colectiva— donde la Corte Suprema ha analizado si es apropiado consultar con otras naciones respecto a qué rutas, desde un punto normativo, deben ser seguidas. En otras palabras, es nuestra humanidad —sobre todas las cosas— lo que nos une con otras naciones, y consecuentemente, con otros sistemas legales (*Glensy s.a.*: 369).

En un primer lugar, aparecieron algunos votos minoritarios que referían a estas disciplinas. La referencia al derecho internacional, e incluso al orden internacional de los derechos humanos, se volcaba esporádicamente en numerosas opiniones disidentes o concurrentes. Como ejemplo de la referencia a pautas del orden internacional de los derechos humanos puede citarse *Thompson vs. Oklahoma*.<sup>16</sup> La opinión mayoritaria refirió a estándares internacionales para la ejecución de imputados de quince años de edad —*Justice O'Connor*, en su opinión concurrente, refiere a que

---

<sup>15</sup> 149 U. S. 698 (1893).

<sup>16</sup> 487 U. S. 815, 830 (1988).

Estados Unidos ratificó el artículo 68 de la Convención de Ginebra para establecer un mínimo de dieciocho años de edad para la pena capital en determinadas circunstancias—; por su parte, Kennedy, en *Zadvydas vs. Davis*,<sup>17</sup> sostuvo que una particular detención de extranjeros resulta acorde con la opinión internacional y citó la del Grupo de Trabajo en Detenciones Arbitrarias del Alto Comisionado para refugiados de la ONU; Breyer, en *Nixon vs. Shrink Mo. Gov't PAC*,<sup>18</sup> refirió que la jurisprudencia de la Corte respecto a la primera enmienda es acorde con las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, y, en *Knight vs. Florida*,<sup>19</sup> refirió que la Corte se ha remitido a patrones de derecho internacional.

Más recientemente, también puede citarse la opinión separada realizada por Ginsburg (a la que posteriormente remite Breyer) en el caso *Grutter vs. Bollinger*,<sup>20</sup> relativa a las acciones afirmativas. En dicha causa, el magistrado sostuvo que tales herramientas deben tener un punto final lógico, de acuerdo al entendimiento internacional del marco de las acciones afirmativas. Con miras a determinarlo, sostuvo que la referencia a veinticinco años como pauta de temporaneidad de una acción afirmativa resulta consistente con la Convención Internacional contra todas las Formas de Discriminación Racial, instrumento que había sido ratificado por los Estados Unidos.<sup>21</sup> Por otra parte, también cita la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual no había sido ratificada por Estados Unidos.<sup>22</sup>

Asimismo, existen variadas referencias al derecho comparado. Por ejemplo, en *Washington vs. Glucksberg*,<sup>23</sup> Rehnquist sostuvo que, en casi todos los Estados americanos y en casi todas las democracias occidentales, es un crimen asistir al suicida; también dicho ministro, en *Planned Parenthood vs. Casey*,<sup>24</sup> citó decisiones respecto al aborto del Tribunal Constitucional

---

<sup>17</sup> 533 U. S. 678, 721 (2001).

<sup>18</sup> 528 U.S. 377, 403 (2000).

<sup>19</sup> 528 U.S. 990, 997 (1999). Véase, en el mismo sentido, su opinión en *Printz vs. United States*, 521 U. S. 898, 977 (1997).

<sup>20</sup> 123 S. Ct. 2325 (2003).

<sup>21</sup> Recién fue ratificada por Estados Unidos en 1994 (citado por Lane. «Thinking outside the U.S.». En *Washington Post* [Washington]. 4 de agosto, 2003, sección A, página 13.

<sup>22</sup> Véase, en este sentido, a SETEAR, John K. «A forest with no trees: The Supreme Court and International Law in the 2003 term». En *Virginia Law Review*, 2003, Estados Unidos.

<sup>23</sup> 521 U.S. 702, 710, 718 n.16, 785-87 (1997).

<sup>24</sup> 505 U.S. 833, 945 n.1 (1992).

alemán y del canadiense; en *Enmund vs. Florida*,<sup>25</sup> J. White se refirió a la normativa de Inglaterra, India, Canadá y un número de países; Souter, en *Glucksberg*,<sup>26</sup> examina la jurisprudencia alemana respecto al suicidio asistido. Incluso Scalia, quien se ha mostrado más reticente a la inclusión de patrones internacionales en el discurso jurisdiccional norteamericano, en *McIntyre vs. Ohio Elections Comm'n*,<sup>27</sup> consideró que las normas australianas, canadienses e inglesas en torno a la prohibición de campañas anónimas sugestionan que tales negaciones no son requeridas en los sistemas democráticos; en *Holder vs. Hall*,<sup>28</sup> J. Thomas se refirió a los sistemas de votación belga, libanés, neocelandés, alemán y de Alemania Occidental, y de Zimbabue; O'Connor, en *United States vs. Stanley*,<sup>29</sup> se refirió a los procesos ante los Tribunales de Nuremberg relacionados con la experimentación en humanos no consensuada; Harlam, en *Poe vs. Ullman*,<sup>30</sup> buscó ayuda en el común entendimiento de los países angloparlantes para definir nociones de privacidad; en *Malinski vs. New York*,<sup>31</sup> Frankfurter también se refirió a la historia de la libertad en los países angloparlantes; en *Ingraham vs. Wright*,<sup>32</sup> se refirió a que el concepto de libertad ordenada no es solo americano, sino a que está enrostrado en la historia legal de los pueblos angloparlantes y sistemas legales vecinos; en *Miranda vs. Arizona*,<sup>33</sup> se comparó la práctica estadounidense con India, Sri Lanka, y Escocia; en *Quinn vs. United States*,<sup>34</sup> *Rochin vs. California*,<sup>35</sup> y *Rast vs. Van Deman & Lewis Co.*,<sup>36</sup> también se refirió a la tradición de naciones angloparlantes.<sup>37</sup>

Justice Breyer ha bregado en este sentido en sus posiciones disidentes en diversos precedentes. Así, ha sostenido lo siguiente:

---

<sup>25</sup> 458 U.S. 782, 796-797 n.22 (1982).

<sup>26</sup> 521 U.S. pp. 785-87 (1997).

<sup>27</sup> 514 U.S. 334, 381 (1995).

<sup>28</sup> 512 U.S. 874.906 n.14 (1994).

<sup>29</sup> 483 U.S. 669, 710 (1987).

<sup>30</sup> 367 U.S. 497, 548 (1961).

<sup>31</sup> 324 U.S. 401, 413-14 (1945).

<sup>32</sup> 430 U.S. 651, 673 n.42 (1977).

<sup>33</sup> 384 U.S. 436, 488 n.59, 521-22 (1966).

<sup>34</sup> 349 U.S. 155, 167 (1955).

<sup>35</sup> 342 U.S. 165, 169 (1952).

<sup>36</sup> 240 U.S. 342, 366 (1916).

<sup>37</sup> Véase ALFORD, Roger P. «Federal Courts, International Tribunals, and the Continuum of Deference». En *Virginia Journal of International Law*, Estados Unidos, nota número 345; y, asimismo, HONGJU KOH, Harold. «On American Exceptionalism». En *Stanford Law Review*, Estados Unidos, nota número 114.

Por supuesto, nosotros estamos interpretando nuestra propia Constitución, no aquella de otras naciones, y deben existir diferencias políticas y estructurales relevantes entre sus sistemas y el nuestro. Pero su experiencia puede, sin embargo, aportar una luz empírica sobre las consecuencias de diferentes soluciones a un problema legal común. En este caso el problema de reconciliar la autoridad central con la necesidad de preservar la libertad relativa a la autonomía de entidades gubernamentales menores.<sup>38</sup>

Asimismo, ha sostenido que «[...] el solo prestar atención al criterio de otras naciones puede ayudar al Congreso a determinar la justicia y propiedad de medidas adoptadas por América».<sup>39</sup>

También debe resaltarse un avance de la inclinación a la introducción de análisis comparativo o transnacional en planteos realizados por peticionantes o «*amicus curiae*» en diversos casos (Spiro 1999: 2026), como, por ejemplo, el escrito presentado por Mary Robinson, de Amnesty International USA como *amicus curiae*, en *Lawrence vs. Texas*, el cual se ha referido al hecho de que «Cortes internacionales y extranjeras han derogado la criminalización de la sodomía entre adultos consintientes» (Alford *s.a.*(a): 789).<sup>40</sup> En dicha presentación se argumentó que la igualdad ante la ley y derecho a la privacidad garantizados por la Constitución deberían ser interpretados bajo la luz, entre otros, de la Convención Europea de Derechos Humanos, conforme ha sido interpretada por la Corte Europea de Derechos Humanos (Alford *s.a.*(a): nota 436).

Existen, asimismo, antecedentes en pronunciamientos de Cortes inferiores que remiten a normas internacionales de los derechos humanos. Así, podría citarse, por ejemplo, la decisión de la Corte Federal del segundo circuito en *Filartiga vs. Pena-Irala*, y de la Corte Federal del Noveno Circuito en *Doe vs. Unocal*, en las que se analizó estándares brindados por el derecho internacional de los derechos humanos para su aplicación local (Alford *s.a.*(a): 757). También en el caso *Siderman de Blake vs. Republic of Argentina*, la Corte del noveno circuito se basó en los Juicios de Nuremberg y la Corte Internacional de Justicia en la definición de derechos humanos fundamentales que eran obligatorios bajo el derecho internacional, incluso

<sup>38</sup> *Printz vs. United States*, 521 U. S. 898, 977 (1997).

<sup>39</sup> *Foster vs. Florida*, 537 U. S. 990, 993 (2002).

<sup>40</sup> El autor cita a Mary Robinson.

en el supuesto de ausencia de consentimiento estatal (normas del *jus cogens*) (Alford *s.a.* (a): 757).

## 5. Un primer avance: el caso *Lawrence vs. Texas*

El 26 de junio de 2003, la Corte, en *Lawrence vs. Texas*,<sup>41</sup> da las bases de lo que podría considerarse un incipiente tercer salto cualitativo en la delimitación de su ámbito de accionar como Tribunal Constitucional.<sup>42</sup> El precedente citado, que declara la inconstitucionalidad de la penalización de la sodomía, habría realizado un giro de 180 grados en la política jurisdiccional respecto a la consideración de normas internacionales de derechos humanos y jurisprudencia de tribunales con jurisdicción internacional como pauta a los fines de la construcción de estándares de revisión. Específicamente, la Corte refiere a un pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual puede llevar a preguntarse si este pronunciamiento constituyó una primera auto consagración de la Corte Suprema de Estados Unidos como Tribunal Constitucional tutelador de los derechos humanos insertado en las actuales corrientes del orden internacional.

Kennedy, quien redactó la posición mayoritaria, en primer lugar argumentó en torno al precedente *Bowers vs. Hardwick*,<sup>43</sup> conforme al cual se negaba que la Constitución federal otorgue derecho fundamental a los homosexuales a realizar sodomía. Kennedy señaló que él mismo se encontraba, y se encontraría en la actualidad, equivocado.

Destruído el argumento de *Bowers* respecto a la existencia de raíces ancestrales en Estados Unidos de América en torno a la penalización de conductas homosexuales, Kennedy pasó a analizar si dicho precedente se encontraba acertado al considerar que decisiones de individuos respecto a conducta homosexual han sido objeto de intervención estatal a lo largo

---

<sup>41</sup> 539 U. S. (2003).

<sup>42</sup> Respecto a la actuación de la Corte Suprema de Estados Unidos de América como Tribunal Constitucional en la práctica, puede consultarse a SAGÜÉS, María Sofía. «Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de *Lawrence vs. Texas*». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, tomo I, enero-junio, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F.: Editorial Porrúa, 2004, pp. 199 y s(s).

<sup>43</sup> 478 U. S. 186 (1986).

de la «[...] historia de las civilizaciones occidentales».<sup>44</sup> Esta es la primera arista que vislumbra un análisis de derecho comparado.

La razón por la cual Kennedy se inmiscuye en un estudio de este tipo encuentra su fundamento en el hecho de que, en su voto concurrente en el caso *Bowers*, el *Justice Burger*, tras adherir la opinión mayoritaria, pasó a señalar especialmente que las decisiones de los individuos relativas a conductas homosexuales han sido sujetas a intervención estatal a lo largo de la «historia de las civilizaciones occidentales». En consecuencia, al haber sido dicha referencia al derecho comparado fuente parcial de un precedente cuya validez o aplicabilidad se discutió en el caso en estudio, se analizaría al derecho comparado no como fuente en sí, sino como presupuesto de un razonamiento anterior. Es decir, si había o no derecho comparado en el sentido que el fallo *Bowers* refería —en la opinión de Burger—, con el fin de concluir si dicho precedente se encontraba o no equivocado.

Kennedy no otorgó mayor relevancia, en este punto, a la referencia a las civilizaciones occidentales realizada por *Bowers*. En primer lugar, manifestó que los fundamentos de las aserciones de *Bowers* en dicho sentido son, de alguna manera, inconducentes. Sostuvo que existen dudas entre la doctrina respecto de si, realmente, ese fenómeno se había dado en torno a conductas homosexuales privadas consentidas entre adultos.

Resulta extraño que, si bien manifestó otorgar poco valor al citado argumento, señalando que las leyes y tradiciones americanas del pasado medio siglo resultan de mayor relevancia en torno a este tema —indicando, a la vez, que, justamente, estas muestran una emergente atención al hecho de que la libertad da protección substancial a una persona adulta de decidir cómo conducir sus vidas privadas en materias relativas al sexo—, volvió a analizar su validez de manera extensa. Refirió que, más allá de si fueron o no aparentes al momento de dictarse *Bowers*, la historia y tradiciones deben ser el punto de partida, pero no en todos los casos el punto de llegada del análisis del debido proceso sustantivo.

Puntualizó que no se tuvo en cuenta otras fuentes de derecho que se dirigían en dirección opuesta a la de aquel fallo. Así, por ejemplo, la postura mayoritaria de la Corte se remitió al comité asesor del Parlamento

---

<sup>44</sup> 478 U. S. 186 (1986), página 11.

británico (*Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*), el que, en el año 1957, ya había recomendado repeler leyes que penalicen la conducta homosexual, lo cual recibe consagración parlamentaria diez años después.<sup>45</sup> En torno a la validez del análisis externo efectuado en *Bowers*, sostiene que debió haberse dado especial relevancia a la posición de un tribunal de jurisdicción transnacional. Tras puntualizar la importancia de este, la postura mayoritaria de la Corte recalcó el criterio volcado por la Corte Europea de Derechos Humanos en un caso que reviste aristas similares a *Bowers* y *Lawrence*. Se citó, así, el caso *Dudgeon vs. United Kingdom*,<sup>46</sup> en el que la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que la penalización de la conducta sexual consentida entre homosexuales adultos resulta contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos. Kennedy resaltó que el hecho de que dicho pronunciamiento resulte mandatorio en todos aquellos países miembros del Consejo de Europa (veintiún naciones en aquel momento y 45 naciones ahora) demostró la equivocación de la premisa sostenida en *Bowers* en torno a que lo reclamado en dicho caso resulta insustancial en las civilizaciones occidentales.<sup>47</sup>

Finalmente, siguiendo el análisis, Kennedy pasó a sostener que «[...] desde el momento que *Bowers* se apoya en valores que nosotros compartimos con una más amplia civilización, debe ser notado que el razonamiento y criterio decisorio de *Bowers* ha sido negado en todas partes».<sup>48</sup> Esta última conclusión reviste vital importancia en cuanto sirvió como puente de transición hacia el análisis del tratamiento que el derecho comparado en general, y en particular el derecho internacional de los derechos humanos, otorga a la materia en la actualidad.

Así, la posición mayoritaria de la Corte tomó como referencia, en primer lugar, pronunciamientos de tribunales con jurisdicción transnacional, en concreto, el de la Corte Europea de Derechos Humanos, citando a los casos *Dudgeon vs. United Kingdom*,<sup>49</sup> y otros precedentes tales como *P. G. & J. H.*

---

<sup>45</sup> 478 U. S. 186 (1986), página 12. Wolfenden Report: report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution (1963).

<sup>46</sup> 45 Eur. Ct. H.R. (1981).

<sup>47</sup> 539 U. S. (2003), página 12.

<sup>48</sup> 539 U. S. (2003), página 16.

<sup>49</sup> 45 Eur. Ct. H. R. (1981).

*vs. United Kingdom*, App. 00044787/98<sup>50</sup> *Modinos vs. Cyprus*<sup>51</sup> y *Norris vs. Ireland*.<sup>52</sup>

En segundo lugar, pasó a realizar un análisis de derecho comparado en el ámbito internacional, tomando como referencia el informe presentado como *amicus curiae* por Mary Robinson (páginas 11 y 12). Básicamente, realizó una textual referencia al orden internacional de los derechos humanos, en cuanto, bajo la pluma de Kennedy, la posición mayoritaria de la Corte sostiene que «El derecho de los peticionados pretendido en el caso ha sido aceptado como una parte integrante de la libertad humana en muchos otros países». <sup>53</sup> Finalmente, sostuvo que no existe prueba de que en Estados Unidos de América el interés del gobierno por circunscribir o limitar la elección personal es, de alguna manera, legítimo o urgente.<sup>54</sup>

En virtud de la totalidad de los argumentos expuestos, Kennedy, y con él la mayoría de la Corte, concluyó que *Bowers* «[...] no era correcto cuando fue decidido, y es incorrecto ahora. No debe ser considerado precedente vinculante». <sup>55</sup> Desde el punto de vista sustancial, el fallo tuvo su andamiaje en el derecho a la libertad, consagrado bajo la cláusula del debido proceso, el cual les otorga el pleno derecho de realizar conductas sexuales sin intervención del Gobierno.<sup>56</sup> Desde el punto de vista de discurso jurídico, el fallo mayoritario posee aristas que se expanden, especialmente en cuanto al rol asumido por la Corte en el ambiente del orden internacional de los derechos humanos.

Finalmente, Kennedy adoptó, en la resolución del tema, la pauta exegética de la «interpretación evolutiva». El fallo concluye con una exhortación liberal respecto a la interpretación de los derechos civiles y libertades fundamentales constitucionales, señalando que «[...] como la Constitución asegura, las personas en cada generación pueden invocar sus principios en su

---

<sup>50</sup> 56 Eur. Ct. H. R. 25 de septiembre de 2001.

<sup>51</sup> 259 Eur. Ct. H. R. (1993).

<sup>52</sup> 142, Eur. Ct. H. R. (1988). Todos los casos son citados por la S.C.U.S., 539 U.S. (2003), página 16.

<sup>53</sup> «*The right the petitioners sep in this case has been accepted as an integral part of human freedom in many other countries*». 539 U. S. (2003), página 16.

<sup>54</sup> 539 U. S. (2003), página 16.

<sup>55</sup> 539 U. S. (2003), página 17.

<sup>56</sup> 539 U. S. (2003), página 18.

propia búsqueda de mayor libertad». <sup>57</sup> Esta frase, más allá de su elocuencia, llama particularmente la atención, ya que la interpretación evolutiva es uno de los patrones exegéticos de interpretación de normas relativas a los derechos humanos, conforme lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <sup>58</sup> Así, no solo se incorpora el orden internacional de las libertades desde el punto de vista de fuente sustantiva por considerar, sino también las pautas interpretativas propias de este.

En conclusión, el derecho internacional y el orden internacional de los derechos humanos golpeaban permanentemente las puertas de la jurisdicción constitucional norteamericana, ingresando esporádicamente por recovecos y pequeños pasadizos. En *Lawrence*, en cambio, hace una tímida entrada por la puerta principal.

## **6. Retrocesos y avances en el período 2003-2004 de la Suprema Corte**

El período 2003 de la Corte plantea ciertas dicotomías. La Corte Suprema se vio expuesta a varios relevantes casos que planteaban cuestiones de derecho internacional. No en todos ellos dio una respuesta contundente.

Veamos algunos ejemplos. En el plano internacional de los derechos humanos, algunos casos recibieron especial importancia y atención por parte de la comunidad mundial. Dentro de los denominados «casos post 9/11», numerosas disposiciones dictadas en Estados Unidos han sido cuestionadas en torno a su constitucionalidad. La *USA Patriot Act*, <sup>59</sup> con base en el uso de poderes de emergencia durante «circunstancias extraordinarias», en respuesta de los ataques terroristas del 11 de septiembre, ha sido imputada de «[...] hacer vulnerable la libertad civil más básica de todas, el derecho a la revisión judicial de la autoridad ejecutiva» (Mathews 2002: 464). Especialmente, la *Military Order 66 F. R. 57833* del 13 de noviembre de 2001, que establece que los tribunales militares tendrán jurisdicción

---

<sup>57</sup> «As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom». 539 U. S. (2003), página 18 (traducción de la autora).

<sup>58</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución del 31 de agosto de 2001 en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Serie C, número 79.

<sup>59</sup> H. R. 3162, *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools required to intercept and obstruct terrorism*” (USA PATRIOT) Act of 2001, Pub. L. N° 107 § 10756 (2001).

exclusiva con respecto a sospechosos de terroristas, fue considerada como ampliamente vulneradora de tales derechos.

La constitucionalidad de dichas disposiciones, junto al dictado de detenciones indefinidas, incomunicaciones, negaciones de acceso a asistencia letrada, son cuestiones que fueron presentadas ante la Suprema Corte (Mintz 2003: A3). Se procuraba la revisión del uso por el poder ejecutivo de la categoría de «enemigo combatiente» para englobar a los sujetos que son imputados de actos terroristas, puesto que dicha etiqueta, conforme el criterio del gobierno, los excluiría de ser considerados tradicionales prisioneros de guerra ni criminales ordinarios, y, en consecuencia, se verían privados del pleno goce de sus derechos civiles y libertades fundamentales, consagrados por la Constitución nacional.<sup>60</sup>

La Corte se ha pronunciado en tres casos englobados bajo la categoría de «*enemy combatant cases*»:<sup>61</sup> *Rasul, et al. vs. Bush*,<sup>62</sup> *Hamdi vs. Rumsfeld*,<sup>63</sup> y *Rumsfeld vs. Padilla*.<sup>64</sup> Estos coincidían en presentar la fundamental cuestión de los límites legales y constitucionales del poder ejecutivo en su manejo del arresto y detención de sospechosos de actos terroristas. Sin embargo, la Suprema Corte de los Estados Unidos no ha aportado una única y frontal posición en torno a los temas bajo su estudio. En sus fallos, la Corte reconoció algunos límites para el poder ejecutivo, pero dejó abierto el debate en torno a cuestiones sustanciales sobre cuáles son esos límites y quién debe implementar tales decisiones. Las decisiones jurisdiccionales en la guerra contra el terror parecen haber sido esbozadas por una Corte que solo tuviera en su paleta tonos grises. Puede encontrarse un poco de luz en algunos conceptos sumamente positivos desde el punto de vista del acceso a la justicia; sin embargo, no fueron relevantes las consideraciones del derecho internacional.

---

<sup>60</sup> Véase RICHEY, Warren. «Detainee cases hit Court». En *The Christian Science Monitor* [Estados Unidos]. 23 de enero de 2004; y GEARAN, Anne. «Supreme Court Mulls Enemy Combatant Case». En *The Associated Press*. 4 de febrero de 2004.

<sup>61</sup> Véase SAGÜÉS, María Sofía. «Justicia para el terror: un cauteloso ejercicio de la jurisdicción constitucional por la Suprema Corte de Estados Unidos de América». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, tomo III, enero-junio, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F.: Porrúa, 2004.

<sup>62</sup> 124, S. Ct. 2686 (2004).

<sup>63</sup> 124, S. Ct. 2633 (2004).

<sup>64</sup> 124, S. Ct. 2711 (2004).

El caso *Rasul* versaba sobre los aproximadamente seiscientos individuos extranjeros que, desde enero de 2002, el Gobierno de Estados Unidos mantuvo capturados durante la campaña en Afganistán contra Al Qaeda y el régimen talibán, reclusos sin expresión de cargos o acceso a asistencia letrada en una prisión militar especialmente construida en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo, Cuba. Dicha base es ocupada desde 1903 en virtud de un contrato de arrendamiento con Cuba, en virtud del cual esta última retiene «total soberanía»<sup>65</sup> sobre las áreas alquiladas, mientras que Estados Unidos ejerce completa jurisdicción y control.<sup>66</sup> En el año 1934, las partes firmaron un acuerdo en el que se establece que el contrato permanecerá vigente en la medida que Estados Unidos continúe explotando la base. Varias peticiones de hábeas corpus fueron intentadas ante diversas Cortes por familiares de dos ciudadanos australianos y doce ciudadanos de Kuwait detenidos en Guantánamo, básicamente con miras al respeto del derecho al debido proceso.

En dicha causa, la Corte abre la puerta de entrada de los estrados a los extranjeros «enemigos combatientes», básicamente al sostener que la base citada se encuentra sometida a la «jurisdicción» de Estados Unidos de América —sobre la base del análisis de los términos del contrato citado—, y al resolver no aplicable el precedente en sentido contrario. Planteado el marco circundante al debate, y dada la sensibilidad del pueblo norteamericano ante la cuestión, si bien la decisión es sumamente restringida en el reconocimiento de los derechos —ya que solo abre el acceso a las Cortes con base estatutaria y no constitucional, sin referir al control de la sustancia de las medidas adoptadas por el Ejecutivo—, ello igualmente constituye un primer paso en avance del reconocimiento de la plenitud de los derechos de los extranjeros al acceso a la justicia. Sin embargo, no puede dejar de puntualizarse que, al fallar la decisión en estudio, el Tribunal no ha hecho uso del derecho internacional como un componente determinante de su opinión (Setear 2003: 585).

Por su parte, Yacer Esam Hamdi es un ciudadano norteamericano nacido en Lousiana, detenido en Afganistán —en el campo de batalla, portando un rifle de asalto—, en virtud de considerársele sospechoso de colaborar como soldado con el régimen talibán. Habiendo sido definido por el Ejecutivo

---

<sup>65</sup> «*Ultimate sovereignty*».

<sup>66</sup> 124 S. Ct. 2690-91.

como «enemigo combatiente», fue detenido en la base de Guantánamo, y permaneció incomunicado.<sup>67</sup> Posteriormente, al verificarse su ciudadanía, fue trasladado sin término a las dependencias militares de Norfolk, V. A., USA.<sup>68</sup> Allí es mantenido detenido, y no recibe la imputación de ningún crimen.

Planeado el hábeas corpus, la decisión dictada en *Hamdi*<sup>69</sup> es otro cúmulo de tonos grisáceos. La habilitación de la potestad ejecutiva de aprisionamiento en virtud de la autorización del Congreso aparece como excesivamente generosa, dados los términos de la ley. Por su parte, no debe olvidarse que el test formal-institucional es el ámbito mínimo de control de constitucionalidad de los poderes de emergencia que ha sido reconocido generalmente por la Suprema Corte. Es decir, no hay innovación al respecto.

En materia de derecho humanitario, *Justice O'Connor*, quien redacta la postura mayoritaria, seguido por los *Justices Rehnquist, Kennedy y Breyer*, al ponderar la autoridad presidencial para mantener detenido en carácter de «enemigo combatiente» a un ciudadano norteamericano apresado en un país extranjero, remite a las Convenciones de Ginebra relativas al tratamiento de los prisioneros de guerra, si se verifica la existencia de conflicto bélico. La luz aparece al pretender canalizar dicho balance teniendo en cuenta el núcleo esencial del derecho en crisis y ponderando si existían medidas menos restrictivas. Ello de por sí es una apertura en el margen de control sustancial del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, si bien en la aplicación del primero de los criterios citados el test propiciado para sopesar tal aspecto, en la práctica, implica en concreto una vuelta al criterio de control de eficiencia de la medida que se vislumbró en precedentes anteriores. Es el segundo de los puntos por considerar el que resulta más destacable, puesto que el ponderar las diversas opciones o alternativas que poseía el Ejecutivo a la hora de limitar el derecho resulta, de por sí, en el afianzamiento de un recomendable criterio, antes apenas esbozado en algunos casos por el Tribunal.

---

<sup>67</sup> Posteriormente, el Gobierno ha autorizado a Hamdi el derecho a un abogado, pero en circunstancias consideradas por algunos como insuficientes. Véase GEARAN, Anne. «Supreme Court Mulls Enemy Combatant Case». En *As(s)ociated Pres(s)*. 4 de febrero de 2004.

<sup>68</sup> Véase RICHEY, Warren. «Detainee cases hit Court». En *The Christian Science Monitor* [Estados Unidos]. 23 de enero de 2004.

<sup>69</sup> 124, S. Ct. 2633 (2004).

Las sombras vuelven a abarcar la situación, dada la ambigüedad que expresa la mayoría de la Corte en torno a las características que deberían revestir los procesos ante los denominados «tribunales neutrales». Asimismo, la escueta cobertura del fallo, que solamente refiere a los supuestos de detenidos en guerra entre Estados, deja huérfanas a las instituciones políticas y judiciales respecto a los criterios para afrontar las nuevas causas que se ventilen en torno a la lucha contra el terrorismo.

El caso de Padilla presenta aspectos fácticos propios. El 8 de mayo de 2002, José Padilla, un ciudadano estadounidense convertido al Islam, fue arrestado en el aeropuerto de Chicago O'Hare, en virtud de una orden a fin de convocarlo como testigo para una causa tramitada en el Distrito de Nueva York en conexión con una investigación llevada a cabo por un gran jurado en torno a los hechos terroristas del 11 de septiembre. Una vez transportado a Nueva York, el 22 de mayo su defensor público introdujo una moción para declarar vacante la orden. Con anterioridad a que dicha moción fuera decidida, el 9 de junio el gobierno notificó al Tribunal que el Presidente había catalogado a Padilla como «enemigo combatiente», y ordenó su detención. Al respecto, se alegó que se encontraba planeando la construcción y explosión de una bomba sucia en los Estados Unidos. Así, fue trasladado en custodia a la prisión naval ubicada en Charleston, Carolina del Sur, donde fue mantenido incomunicado por veintiséis meses, sin que se presentaran cargos contra él.<sup>70</sup> Dos días después, el abogado en su anterior causa inició una petición de hábeas corpus ante la justicia de Nueva York, contra el presidente Bush, el secretario Rumsfeld y Melanie Marr (comandante de la Base de Charleston), en la que se indicaba que la detención resultaba inconstitucional.

La resolución del Tribunal en *Padilla*<sup>71</sup> debe su carácter gris, justamente, a la prevalencia de consideraciones formales por sobre el reclamo de tutela jurisdiccional. Se resuelve que el legitimado pasivo no era el correspondiente, conforme a la ley de hábeas corpus, y que, en consecuencia, el juez de Nueva York no tenía jurisdicción para dictar tal pronunciamiento. Dado que el demandante había sido detenido en territorio americano, y no en

---

<sup>70</sup> La noticia apareció así: «Supreme Court to Hear “Dirty Bomber” Case. Decision Will Determine Whether U. S. Can Hold Citizens Indefinitely as “Enemy Combatants”». En *The Associated Press*, 20 de febrero de 2004.

<sup>71</sup> 124 S. Ct. 2711 (2004).

el campo de batalla, cualquier definición del Tribunal hubiese implicado tomar criterio en torno a dicho punto controvertido, más allá del «detalle» respecto a su carácter de ciudadano americano. La templada respuesta del Tribunal no implica una luz para Padilla, quien deberá recorrer nuevamente todo el camino para obtener la sentencia que pondere sus méritos.

Vista desde esta óptica, la evaluación de los casos en estudio exigiría una conclusión negativa, pues la Corte ha pecado de excesiva cautela. La falta de contundencia puede verse aún más criticable si a ello se le suma el momento histórico del dictado de las resoluciones, en pleno proceso electoral. A favor del criterio de la Corte podría mencionarse el amplio campo de acción de la revisión pendiente. Si bien la solución a los cuestionamientos sociales e internacionales no se ha canalizado en su plenitud, el Poder Judicial en sí mismo podría aparecer fortalecido. Nótese que se ha abierto notablemente el ámbito de revisión respecto a los extranjeros detenidos, en el que incluso relevantes aspectos procesales quedarían bajo entendimiento de los tribunales, y se han ampliado las pautas de revisión de la sustancia de la decisión del ejecutivo en tiempos de guerra.

La falta de carácter asertivo en aquellas causas relativas a derecho internacional se repite en otros pronunciamientos, lo cual marcaría una regla general conforme a la cual el Tribunal evade el análisis o la aplicación de derecho internacional durante el término 2003 (Setear 2003: 586). Así, en *Sosa vs. Álvarez-Machain*<sup>72</sup> el Tribunal ha señalado que los individuos pueden demandar bajo la «*Alien Tort Claims Act*», en violación de la «ley de las naciones», pero no ha indicado y deja incierto cuándo dichas demandas serán permitidas.<sup>73</sup> Por su parte, tampoco se pronunciaron en profundidad respecto a temas relativos a asuntos comerciales. Sobre ellos versaban las causas *F. Hoffman-La Roche vs. Empagran*<sup>74</sup> —referente al marco del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* FITAIA—, *Olympic Airways vs. Husain*<sup>75</sup> —relativa a la responsabilidad de una aerolínea por la muerte de un pasajero— y *Republic of Austria vs. Altmann*<sup>76</sup> —concerniente a expropiación, inmunidad soberana y el deber de cumplimiento de las

---

<sup>72</sup> *Supreme Court of the United States of America*, 124, S. Ct. 2739 (2004).

<sup>73</sup> Respecto a este caso, puede consultarse «Note: The offences clause after *Sosa vs. Álvarez-Machain*», 118 *Harv. L. Rev.* 2378.

<sup>74</sup> 124, S. Ct. 2359 (2004).

<sup>75</sup> 124, S. Ct. 1221 (2004).

<sup>76</sup> 124, S. Ct. 2240 (2004).

disposiciones de la rama ejecutiva respecto a los efectos de los litigios sobre la política internacional de Estados Unidos—. Setear comenta que «[...] el principio de derecho internacional aplicado en *Empagran* es tan vago que incluso la menos inventiva Corte de Estados Unidos puede sentirse nada condicionada por él. *Olympic Airways* ignora las decisiones de Cortes extranjeras con una flagrancia suficiente que incluso sorprende a Justice Scalia. La Corte resuelve *Altmann* tratándolo como un caso de interpretación legal, y, en particular, sobre la aplicación retroactiva de estatutos» (2003: 584). Sin embargo, en otros pronunciamientos, la Corte adopta una postura aguerrida, y se vuelve al orden internacional de manera expresa y directa.

## 7. Retomando el camino

### 7.1. La pena de muerte

La doctrina señala que el más relevante ejemplo de la falta de éxito de los intentos de remitir derecho internacional en general, y decisiones de tribunales internacionales en particular, como elemento que permita dar contenido al ámbito de garantías constitucionales son los litigios respecto de la aplicación de la pena de muerte (*Alford s.a. (a): 776-7*). Por ejemplo, se ha intentado introducir la referencia a patrones internacionales al construir estándares de decencia que permitan categorizar cuándo una pena debe ser considerada cruel o inusual (*Alford s.a. (a): 777*).<sup>77</sup> Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido siempre favorable a dicha apertura, remitiendo de manera vacilante a patrones de la comunidad internacional o bien a parámetros netamente estadounidenses (*Alford s.a. (a): 777*).

Desde el año 1958, la Corte Suprema de Estados Unidos ha considerado que la prohibición de la octava enmienda contra una pena cruel e inusual contenía un «[...] estándar en evolución de decencia que marca el progreso de una sociedad madura» (Burlison 2005: 915).<sup>78</sup> En la causa *Trop vs. Dulles*, el Tribunal expresamente escrutó la práctica y opinión internacional para concluir en qué constituye un «evolutivo estándar de decencia» en

---

<sup>77</sup> Quien, a su vez, toma la información de *Trop vs Dulles*, 356 U. S. 86, 101 (páginas 102-3).

<sup>78</sup> En torno al concepto del derecho constitucional contra la penalidad excesiva, puede consultarse a LEE, Youngjae. «The constitutional right against excessive punishment». En *Virginia Law Review*, Estados Unidos.

términos de la enmienda citada.<sup>79</sup> Específicamente en torno al tema que nos ocupa, en el año 1988, en el caso *Thompson*, si bien analizó la condena internacional de la aplicación de la pena de muerte a juveniles, rechazó tal argumento (Burlison 2005: 915).

En el año 1989, la Corte estableció la línea en los dieciséis años. Ello lo decidió en el precedente *Stanford vs. Kentucky*,<sup>80</sup> en el que la Corte sostuvo que para procurar el establecimiento de los criterios de decencia que determinan si una pena es cruel e inusual los conceptos de Estados Unidos de América son dispositivos, mientras que las prácticas de otras naciones pueden ser relevantes para determinar si un uso uniforme es meramente un accidente histórico o un concepto de ordenada libertad que ocupa ese lugar no solo para los estadounidenses (Alford *s.a.* (a): 777). Como se desprende de este precedente, el derecho internacional, así como la jurisprudencia de tribunales de jurisdicción transnacional, ocuparían solo un lugar accesorio, de alguna manera «acompañante» de los criterios norteamericanos.

Un caso particular es el tratamiento de la aplicación de la pena de muerte en retardados mentales. En *Atkins vs. Virginia*,<sup>81</sup> la Corte Suprema sostuvo que dicha práctica es inconstitucional, por contrarrestar un consenso nacional que surge en contra de esta, pero no tomó como pauta determinante los usos o criterios de otras naciones. En su caso, señala que dicho consenso en generación en Estados Unidos es compartido por otras naciones (Alford *s.a.* (a): 348). En consecuencia, algunos autores sostienen que el análisis realizado por la Corte resulta un reflejo de *Stanford* (Alford *s.a.* (a): 779).

En realidad, dicho caso es criticado, en cuanto la referencia a la práctica internacional es meramente tangencial e intrascendente, consistente en una mera remisión a una sección del escrito presentado por la Unión Europea que sintetiza prácticas internacionales. Scalia, en su disidencia en dicho fallo, expresamente establece «[...] no debemos olvidar que es una Constitución para los Estados Unidos lo que estamos exponiendo. Allí donde no existe un consenso arreglado entre nuestra propia gente, las opiniones de otras naciones, si bien pueden iluminar a los Jueces de esta

---

<sup>79</sup> Véase HAAS, Andy. «Court finds juvenile execution unconstitutional; a change from historic perspective». En *Alaska Bar Rag*, Estados Unidos.

<sup>80</sup> *Stanford vs. Kentucky*, 492 U. S. 361, 369 (1989).

<sup>81</sup> 536 U. S. 304 (2002).

Corte como correctas, no pueden ser impuestas a los americanos a través de la Constitución» (Alford *s.a.*(a): 348). Generalmente, en síntesis, la Corte ha declinado el asociar la importancia del derecho internacional o de la jurisdicción transnacional al realizar un análisis constitucional (Alford *s.a.*(a): 781-2).

Otros autores otorgan mayor relevancia al antecedente citado, considerando que, si bien la referencia a la comunidad internacional se encuentra solo en una nota al pie, su inclusión influyó para llevar la temática al centro de discusión. Así, explica Spiro que tan relevante fue dicha consideración, que voces en contrario se levantaron en dos opiniones de los magistrados Scalia y Rehnquist, opuestos a la jerarquización o relevancia de la normativa internacional (Spiro 1999: 2027).

## 7.2. El caso *Roper vs. Simmons*<sup>82</sup>

Habíamos dejado la historia de Chris Simmons en 1993, cuando fue sentenciado a pena capital por un delito cometido a la edad de diecisiete años. Las apelaciones a las Cortes estatales y federales duraron hasta 2002, pero ambas apelaciones fueron rechazadas. Finalmente, la Corte Suprema de Missouri decidía sobre la ejecución de Simmons en 2002, al mismo tiempo que la Corte Suprema estaba decidiendo *Atkins vs. Virginia*.<sup>83</sup> Así, la Corte Suprema estadual reconsideró el caso, y sostuvo que ejecutar menores es inconstitucional.

El primero de marzo del corriente año, en una decisión también redactada bajo la pluma de *Justice Kennedy*, se invalidó dicha posibilidad mediante el dictado del fallo *Roper vs. Simmons*, en el que se deja de lado la jurisprudencia de la Suprema Corte, liderada por *Stanford vs. Kentucky*,<sup>84</sup> y se declara la inconstitucionalidad de la aplicación de la pena capital a aquellos delincuentes que cometieron el crimen en momentos en que eran menores de edad (dieciocho años), lo cual es considerado contrario a la enmienda octava, que estatuye la prohibición de penas crueles y degradantes. Para

---

<sup>82</sup> 544 U. S., 125 S. Ct. 1183 (2005).

<sup>83</sup> CARBASHO, Tracy. «ACBA members react as juvenile death penalty is outlawed by high Court: US Supreme Court rules 5-4 prohibit death penalty on those under age 18». En *Lawyers Journal*, Estados Unidos, 2005.

<sup>84</sup> *Stanford vs. Kentucky*, 492 U. S. 361, 369 (1989).

ello, la Corte se basa en la inexistencia de consenso nacional, ello expresado, en particular, por las legislaturas nacionales que derogaron la práctica, así como en el ejercicio de su criterio independiente de juzgamiento en cuanto Supremo Tribunal.

El caso no puede pasar inadvertido. En primer lugar, planteaba aristas lindantes con el problema del racismo, dado que algunos de los delincuentes juveniles privados de su libertad de por vida pertenecen a grupos minoritarios, tales como afroamericanos, o tienen nacionalidad latina.<sup>85</sup> Asimismo, el criterio de la Corte, como explica Jennifer Eswari Borra, abre la puerta a la posibilidad de declaración de la inconstitucionalidad de la pena de muerte en general, o por lo menos al establecimiento progresivo de mayores limitaciones a su aplicación (Eswari *s.a.*: 707).

Tres son las pautas sobre las cuales Kennedy construye su razonamiento: el consenso nacional, el juicio independiente de los miembros de la Suprema Corte, y la ley y práctica internacional (Burlson 2005: 919). En lo relativo a la construcción de su propio criterio, la mayoría analiza evidencia científica conforme a la cual la capacidad de los delincuentes juveniles para razonar y restringir sus impulsos es mucho menor que la de los adultos. Dada esa característica, combinada con un aumento de la vulnerabilidad debido a presión externa y a un carácter en desarrollo, se concluye que estas diferencias quitan peso a cualquier conclusión respecto a que los delincuentes juveniles caen entre los peores criminales (Burlson 2005: 920).

Si bien el caudal argumentativo de la Corte se concentra en la idea de si existe o no consenso interno o nacional en torno a la práctica de referencia, *Justice Kennedy*, expresamente, en el considerando IV, se aboca al cuestionamiento del impacto del orden internacional de los derechos humanos en la jurisdicción constitucional estadounidense. Cuantitativamente, el análisis no es en absoluto menor. No solo dedica

---

<sup>85</sup> México, al apoyar un escrito de *amicus curiae* presentado por la Unión Europea, explica que de los 73 condenados que se encuentran en esta situación, tres son nacionales de México. Véase BURLSON, Elizabeth. «Juvenile execution, terrorist extradition, and Supreme Court Discretion to consider international death penalty jurisprudence». En *Albany Law Review*, Estados Unidos, 2005. La información del escrito puede verse en <<http://www.internationaljusticeproject.org/juvSimmonsEUamicus.pdf>>.

plenamente un considerando al tema, sino que constituye el 20% del total de páginas de la sentencia (Kontorovich *s.a.*: 261).

Así, sostiene lo siguiente:

[...] es correcto el reconocimiento del significativo peso de la opinión internacional contra la aplicación de la pena de muerte a menores, basado gran parte de él en el entendimiento de que la inestabilidad y falta de balance emocional de los jóvenes puede ser en reiteradas oportunidades un factor en el crimen. [...] La opinión de la comunidad mundial, mientras no es determinante de nuestra decisión, aporta una respetada y significativa confirmación para la determinación de nuestras conclusiones.<sup>86</sup>

De lo expuesto, se desprende que, si bien se considera que los criterios del orden internacional de los derechos humanos no obligan a la Suprema Corte de Estados Unidos de América en sus pronunciamientos, la cual mantiene su obligación de interpretar por sí misma las disposiciones constitucionales, tales consideraciones sí constituyen un argumento positivo a ponderar, que contribuye a aportar solidez al razonamiento. En tal sentido, refiere a los precedentes *Trop*,<sup>87</sup> *Atkins*,<sup>88</sup> *Thompson*<sup>89</sup> y *Enmund*,<sup>90</sup> que se han citado con anterioridad, en los que se había hecho una referencia mínima al orden internacional, a las «naciones civilizadas de la tierra», a «otras naciones» y a los «puntos de vista de la comunidad internacional», en la interpretación de la enmienda octava, en cuanto estatuye la prohibición de las penas crueles y degradantes.

La referencia nominal a la «comunidad internacional» tiene relevancia. Explica Kontorovich que «[...] la frase “opinión de la comunidad mundial” es una políticamente correcta actualización de “opiniones del género humano” con respecto de las cuales la Declaración de Independencia sostiene que debe ser dado respeto decente. Recuérdese, en este sentido,

---

<sup>86</sup> En el idioma original, las palabras son las siguientes: «*It is proper that we acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty, resting in large part on the understanding that the instability and emotional imbalance of young people may often be a factor in the crime. [...] The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respect and significant confirmation for our own conclusions*» (La traducción es de la autora).

<sup>87</sup> 356 U. S., pp 102-103.

<sup>88</sup> 536 U. S. 304 (2002).

<sup>89</sup> *Thompson vs. Oklahoma*, 487 U. S. 815, 830 (1988).

<sup>90</sup> *Enmund vs. Florida*, 458 U. S. 782, 796-797 n.22 (1982).

que la declaración de independencia proclama que la recientemente formada república exhibirá un “decente respeto por las opiniones del género humano”». <sup>91</sup>

La similitud en el lenguaje no es fortuita. El *Justice Ginsburg*, hablando tan solo un mes después de *Roper*, dijo que la decisión representa «[...] tal vez la más completa expresión hasta la fecha en la propiedad y utilidad de mirar las opiniones de la humanidad». En años recientes, el preámbulo de la declaración ha sido frecuentemente citado por los capitanes de la visión internacionalista como evidencia de que la ley norteamericana debe mirar e incorporar valores internacionales. Porque Thomas Jefferson, el autor de la Declaración, insistió en prestar un «[...] decente respeto por las opiniones de la humanidad, los internacionalistas coinciden en que el uso de ley extranjera es tan estadounidense como la tarta de manzana, especialmente en tales “opinables” cuestiones como la moralidad de la pena capital. En esta vista, *Roper* no es una partida, sino un tradicionalista regreso a los principios de fundación» (Kontorovich *s.a.*: 261).

Siguiendo el mismo criterio que se señalara en *Lawrence vs. Texas*, la Corte parte tanto del análisis de Estados extranjeros en particular como de los instrumentos internacionales, si bien en el presente caso no se recurrió a la cita de pronunciamientos de tribunales internacionales. Así, a fin de arribar a su conclusión, la Corte, primero, tiene en cuenta que Estados Unidos sería el único país en mantener la práctica. Posteriormente, clarifica el punto al señalar que, desde 1990, solo siete países fuera de Estados Unidos aplicaron la institución (Irán, Pakistán, Arabia Saudita, Yemen, Nigeria, República Democrática del Congo y China), aunque posteriormente la han abolido, o realizaron una desaprobación pública de tal práctica. Cita especialmente el antecedente de Gran Bretaña, en virtud de los vínculos históricos que la unen con Estados Unidos, puntualizando que en dicho país se habría derogado la institución, incluso con anterioridad a la vigencia de las convenciones internacionales sobre la materia.

En segundo término, se refiere al artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, en virtud del cual se prohíbe la aplicación de la pena de muerte por crímenes cometidos por jóvenes

---

<sup>91</sup> En el original, aparece así: «*A decent respect for the opinions of mankind*» (La traducción es de la autora).

menores de dieciocho años, al señalar expresamente que dicho documento «[...] ha sido ratificado por todo país en el mundo con excepción de Estados Unidos y Somalia». Cabe aclarar que, si bien ambos Estados no han ratificado el documento, sí lo han firmado. De esta manera, la apertura de la jurisdicción constitucional estadounidense no solo se verifica en torno a la cita y ponderación del derecho comparado, sino de los valores que se desprenden del consenso internacional y del orden internacional de los derechos humanos.

Es importante aclarar, al respecto, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también prohíbe la aplicación de pena de muerte a menores de 18 años (artículo 6 apartado 5). Estados Unidos ha ratificado dicho documento; sin embargo, realizó una reserva al artículo 6, al establecer que «[...] reserva el derecho, sujeto a sus limitaciones constitucionales, a imponer la pena capital en cualquier persona (otra que mujeres embarazadas) debidamente condenadas bajo normas legales existentes o futuras que permitan la imposición de la pena capital, incluyendo tal pena en virtud de crímenes cometidos por personas menores a los dieciocho años de edad». El Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró que tal reserva es inválida, desde que entra en conflicto con el espíritu y propósito de la Convención.<sup>92</sup>

*Justice O'Connor*, en una opinión disidente, parte de considerar que no existe el consenso nacional en torno a la abolición de la figura. Asimismo, se manifiesta contrario a la argumentación efectuada por la mayoría en torno a si resultaría o no proporcional la distinción por edad en la aplicación de la pena de muerte. Sobre la base de tales conclusiones, manifiesta que, si bien existe una práctica internacional derogatoria, la evidencia de tal consenso internacional no altera su conclusión en torno a la interpretación de la octava enmienda. Sostiene que, evidentemente, hay un aspecto especial de dicha pauta, en virtud de lo cual esta se enlaza con los valores de las sociedades civilizadas. Así, sostiene lo siguiente:

[...] el evolutivo entendimiento nacional en lo que se refiere a la dignidad humana ciertamente no se encuentra totalmente aislado, pero tampoco

---

<sup>92</sup> En torno a este punto, puede consultarse BURLESON, Elizabeth. «*Juvenile execution, terrorist extradition, and Supreme Court Discretion to consider international death penalty jurisprudence*». En *Albany Law Review*, Estados Unidos, 2005, página 917.

inherentemente adherido a los valores preeminentes en otros países. Al contrario, no deberíamos estar sorprendidos en encontrar congruencias entre los valores domésticos e internacionales, especialmente donde la comunidad internacional ha encontrado un acuerdo [...], expresado en normas internacionales o internas. Por lo menos, la existencia de un consenso internacional de esta naturaleza puede servir para confirmar la razonabilidad de un consenso uniforme y genuino en Estados Unidos. El presente caso no presenta tal consenso doméstico, y el surgimiento reciente de un consenso global en contrario no puede alterar tal hecho básico.<sup>93</sup>

El accionar judicial, conforme la *Justice*, no puede llegar tan lejos. En sus palabras «[...] si fuera mi trabajo el de un legislador, en vez del de un juez, entonces yo también me encontraría inclinada a dar apoyo a la legislación que establezca un mínimo de dieciocho años en este contexto». Es decir, si bien recalca el carácter de relevante de la práctica internacional en el análisis del caso, ello de por sí no basta para contrariar la falta de existencia del consenso nacional (*Crook s.a.*: 488), y la alteración de las pautas normativas nacionales.

*Justice* Scalia, a cuya disidencia se adhieren Rehnquist y Thomas, adopta una postura más aguerrida. Sostiene, así, que «[...] a pesar de que los puntos de vista de nuestros propios ciudadanos son esencialmente irrelevantes para esta decisión adoptada por la Corte, las opiniones de otros países y la autoproclamada comunidad internacional toman el centro del escenario».<sup>94</sup> Expresa que la no firma de los tratados internacionales a la que hace referencia la mayoría no es más que una muestra de la opinión contraria de la nación. Rechaza la idea de que las normas de Estados Unidos de América deban conformarse con las del resto del mundo, citando jurisprudencia en la que el Tribunal sostiene criterios que no resultan acordes con los principios del orden internacional o del derecho comparado. De manera contundente, condena que el derecho comparado e internacional es citado para dejar de lado normas y tradiciones propias del pueblo americano.

Resulta relevante aclarar cómo *Justice* Kennedy responde a aquellas críticas en torno a la intromisión de pautas extranjeras en la jurisdicción constitucional estadounidense. Dicho ministro, llevando la bandera de la postura mayoritaria, sostiene que «[...] no minimiza nuestra fidelidad a la

---

<sup>93</sup> 544 U. S., 125 S. Ct. 1183 (2005).

<sup>94</sup> Véase «Disidencia» del doctor Scalia, considerando III.

Constitución o nuestro orgullo en sus orígenes el reconocer que la expresa afirmación de determinados derechos fundamentales por otras naciones y pueblos simplemente subraya el carácter central de aquellos mismos derechos concebidos en nuestra herencia de libertad».<sup>95</sup>

### **7.3. Los recientes pronunciamientos en torno al debido proceso de los imputados de actos terroristas**

Se ha señalado precedentemente el criterio adoptado por la Corte Suprema en torno a los detenidos en la base de Guantánamo, imputados de actos terroristas. Posteriormente, durante el ciclo iniciado en octubre de 2005, el Tribunal decidió aceptar revisar una petición presentada por Hamdan, quien fue uno de los diez detenidos sometidos al proceso ante la comisión militar. El Poder Ejecutivo y el Congreso regularon e instrumentaron los procedimientos por llevarse a cabo ante tales tribunales militares, señalando que no es posible articular apelaciones ante el Poder Judicial hasta que los procedimientos en trámite ante las comisiones se vean concluidos. Básicamente, la *Detainee Treatment Act (DTA)* o Ley de Tratamiento de los Detenidos, dictada en diciembre de 2005, cuando la Suprema Corte había aceptado revisar la petición presentada, acentúa la potestad presidencial. Según esta, se deja sin efecto la posibilidad de las cortes judiciales de pronunciarse sobre los hábeas corpus articulados por los detenidos, se habilita el procedimiento militar a fin de la revisión de su calidad de enemigos combatientes y, solo cuando este se encuentra finalizado, se afirma que cabe una apelación.

Asimismo, la causa Padilla volvió a los estrados del tribunal. Para que el detenido pueda intentar garantizar su derecho, se hizo necesario que intente recorrer un nuevo camino jurisdiccional, y el camino se ha bifurcado por segunda vez en el actual término de la Suprema Corte. Recientemente, el 3 de abril de 2006, el Tribunal ha rechazado la apelación introducida por José Padilla. En consecuencia, el caso ha sido considerado como el representante de una de las más agresivas afirmaciones de la autoridad presidencial en tiempos de guerra, desde el atentado realizado el 11 de septiembre de 2001 (Lane 2006: A6).

---

<sup>95</sup> En el original, aparece de la siguiente manera: «*It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom*» (La traducción es de la autora).

Una vez dictada la sentencia de la Corte en el año 2004, Padilla inició otro hábeas corpus, siguiendo las instrucciones señaladas, el cual fue despachado favorablemente en primera instancia. Sin embargo, en noviembre de 2005, el Poder Ejecutivo hizo un movimiento estratégico, al transferirlo de la base naval en que se encontraba a una prisión civil, a fin de ser sometido ante una corte criminal en Miami. En su momento, los abogados defensores de Padilla se opusieron al traslado, y solicitaron a la Suprema Corte que se considere la materia cuanto antes (Washington Post 2005: A4); sin embargo, en enero el Tribunal lo autorizó. El imputado fue trasladado a Miami para enfrentar los cargos criminales, ahora bajo la alegación de que formaba parte de una cédula terrorista ubicada en Norteamérica destinada a recolectar fondos y soldados para alentar la violencia fuera de Estados Unidos. Tras el traslado del detenido a Miami, el Gobierno argumentó que el debate respecto a su detención indefinida en la base anterior había devenido abstracto. Acogiendo tal posición, la Corte de Apelaciones del circuito número cuatro de Richmond sostuvo que los derechos constitucionales de Padilla no estaban siendo violados.

El nuevo planteo introducido por Padilla (*Padilla vs. Hanft*, número 05-533) fue que se «[...] clarifique hasta dónde puede ir el Gobierno cuando procura el apresamiento de terroristas norteamericanos en este país» (Holland 2006). En la Suprema Corte de Estados Unidos, el fallo de fecha 3 de abril de 2006 ha sido dividido por un voto de seis a tres. Si bien la mayoría de la Corte hizo lugar al planteo del Poder Ejecutivo y, por lo tanto, decidió no revisar la petición de Padilla, tres miembros, *Justices* Souter, Ginsbourg y Breyer, señalaron que el Tribunal debía haber abierto la causa.

El argumento de la mayoría parte de sostener que, estando actualmente sometido a la jurisdicción de un Tribunal criminal, el hábeas corpus generado en la privación de justicia anterior habría devenido abstracto. En consecuencia, los *Justices* han procurado dejar a dicho juicio el desarrollo su curso, antes de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

*Justice* Kennedy, en un voto concurrente acompañado por *Chief of Justice* Roberts y Stevens, explicó que no corresponde el tratamiento de los argumentos relativos a la separación de poderes, o el rol y la función de las Cortes, debido a que el curso de los actuales procedimientos legales ha vuelto a dichos planteos, por lo menos por ahora, hipotéticos. Sin embargo, recaló que el Tribunal criminal de Miami debe velar atentamente por el

cumplimiento de los derechos procesales y sustanciales del imputado; si así no lo hiciera, quedarían habilitados los respectivos remedios judiciales.

Como señala la doctrina (Lane 2003), la decisión es una victoria para la administración Bush, porque deja intacto lo resuelto por una Corte de apelaciones que ha convalidado la autoridad del presidente para detener a Padilla como un «enemigo combatiente». Sin embargo, los abogados defensores de Padilla han quedado muy conformes con la posición adoptada por Kennedy (Hudson 2006). El tema, en consecuencia, no ha quedado resuelto, y habrá que seguir de aquí en adelante el desarrollo de los procedimientos. Mientras tanto, tras varios años, ahora en Miami, Padilla continúa su búsqueda de tutela judicial efectiva.

Por su parte, el caso Hamdan merece ser juzgado con una conclusión más positiva. El 29 de junio de 2006, la Suprema Corte de Estados Unidos de América se levantó en pie en defensa de los derechos humanos, y enfrentó al Poder Ejecutivo, al indicar que había abusado de su poder frente a los extranjeros cautivos en Guantánamo. En la causa *Hamdan vs. Rumsfeld*,<sup>96</sup> el Tribunal adoptó criterios que permiten sostener que, en principio, abandonó alguna tibieza con que manejaba la materia en los anteriores pronunciamientos. Sin embargo, continúan pendientes temas nucleares cuya resolución se reclama imperiosamente.

La decisión citada contiene no solo aspectos fundamentales en la actual coyuntura de la lucha contra el terrorismo en dicho país, sino también en su ordenamiento jurídico en general.

En primer lugar, el Tribunal abandonó sus precedentes dictados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y retrocedió hacia los criterios que se manejaron durante la época posguerra civil americana. No obstante, también dio, así, muestra del impacto del orden internacional de los derechos humanos frente a los sistemas jurídicos regionales. Específicamente, *Justice Steven* refiere a que los precedentes no seguidos han devenido inaplicables en virtud de los cambios generados en las leyes federales y el derecho internacional de guerra.

En segundo término, reafirma la necesidad del respeto pleno del sistema de división de funciones, y frenos y contrapesos, ya que rechaza la posición

---

<sup>96</sup> Argumentado el 28 de marzo de 2006. Decidido el 29 de junio, 05-184. 2006.

invocada por el Ejecutivo en torno a la existencia de poderes inherentes del presidente que le permitan actuar de manera unilateral en materia de seguridad nacional. Básicamente, la Corte considera que el Presidente no puede actuar en contra de una decisión válidamente formulada por el Congreso.

Hace aplicables las Convenciones de Ginebra a los sospechosos de actos terroristas capturados en Afganistán y, de esta manera, permite considerar que los métodos de interrogación supuestamente utilizados en la base naval de Guantánamo constituirían crímenes de guerra.

Ahora bien, una lectura más particularizada de la decisión presenta algunas serias flaquezas, ya que implica un juego con un muy estrecho margen de mayoría, en el que un equilibrio de cinco a tres votos lleva a enlazar la resolución a la coyuntural composición del Tribunal. Asimismo, la Corte no se ha pronunciado sobre actos sumamente cuestionados del Poder Ejecutivo, lo que deja pendientes temáticas fundamentales.

El hábeas corpus en el que se dicta esta decisión histórica fue iniciado por Salim Ahmed Hamdan, quien fue detenido a fines de 2002 en Afganistán, y trasladado a la base naval de Guantánamo, Cuba. Los cargos que habían sido traídos contra él eran el haber conspirado para cometer crímenes juzgables por tribunales militares, al atacar civiles en su carácter de chofer y guardaespaldas de Osama Bin Laden. En el año 2003, el Presidente lo eligió para ser sometido a tribunal militar. Hamdan cuestionó la validez constitucional de las comisiones militares creadas por la administración del presidente Bush. Su petición había sido rechazada por la Corte de Apelaciones, por considerar la reclamación prematura, ya que aún no había sido dictado el pronunciamiento por el Tribunal Militar.

El problema se había suscitado cuando, una vez abierto el hábeas corpus ante la Suprema Corte, el Congreso dictó en diciembre de 2005 la Ley de Tratamiento a los Detenidos, en virtud de la cual, si bien se prohíbe la tortura, se limita sumamente la posibilidad de que estos interpongan acciones en cortes federales con miras a la revisión de su confinamiento o los procedimientos existentes para evaluar su culpabilidad. En concreto, solo se permite la interposición de un recurso, una vez finalizado el procedimiento ante la Comisión.

En consecuencia, el núcleo central de la decisión versa sobre la posibilidad de que se establezcan, legislativamente, límites a los casos ya presentados y abiertos a consideración de la Suprema Corte.

*Justice* Stevens tomó la responsabilidad de la redacción del pronunciamiento, al que suscribieron *Justices* Souter, Ginsburg y Breyer. Kennedy acompañó en parte a este. Por su lado, como era previsible, Scalia, Thomas y Alito disintieron. Roberts se excusó, dado que había fallado en la causa en una instancia anterior.

La decisión se encauza en los siguientes pilares argumentativos. En primer lugar, se habilita el tratamiento jurisdiccional del caso por la Corte Suprema de Justicia. Para arribar a dicha conclusión, el Tribunal considera que la Ley de Tratamiento de los Detenidos no ha alterado la jurisdicción de la Suprema Corte.

Esto es conforme a los debates parlamentarios de la norma citada, ya que en ellos no se ha hecho mención a los casos pendientes, de lo que debe concluirse que, si hubiese sido la intención del legislador aplicar la norma a casos en trámite, así se hubiese sostenido. Asimismo, explica que el Tribunal que juzga a Handam no forma parte de un sistema integrado de Cortes.

En cuanto al respeto por el principio de división de funciones, sostiene que el establecimiento de las «comisiones militares» resultó violatorio de este, y, en consecuencia, no están autorizadas para fallar el caso.

En primer lugar, la Corte declara que es necesaria una ley del Congreso o exigencia militar a fin de justificar el sometimiento de personas a su juzgamiento por comisiones militares. En este caso en concreto, no se verificaban ninguna de estas dos exigencias, dado que Handam se encontraba detenido por muchos años, sin participar activamente en el campo de batalla; por su parte, además, el Congreso no ha autorizado las comisiones militares. Asimismo, el Tribunal es contundente al sostener que el Poder Ejecutivo no tiene poderes inherentes para someter al procesado a la jurisdicción militar.

Por último, las comisiones también resultan violatorias del Código de Justicia Militar y del derecho de guerra. La argumentación realizada por el Tribunal parte de afirmar que, teniendo en consideración el precedente *Quirin* y el Código de Justicia Militar, estos tribunales deben actuar conforme al derecho de guerra. Dentro de este marco, el artículo común 3

de las Convenciones de Ginebra regula la situación de los prisioneros y no combatientes.

Una primera duda que se planteó es si dicho artículo es aplicable a las tácticas de guerrilla de Al Qaeda, dado que dicha organización terrorista no es signataria de la convención. Sin embargo, la Corte sostuvo que se aplican las convenciones, por considerar que el Código de Justicia Militar remite al derecho de la guerra, e igualmente se aplica el artículo 3 relativo a conflictos no internacionales.

Así, explica el Tribunal que, incluso cuando Handam sea un individuo peligroso que pueda causar un gran daño o la muerte de personas civiles inocentes, el Ejecutivo debe cumplir con las reglas prevalecientes del Estado de derecho al juzgarlo y someterlo a una sanción penal.

En consecuencia, los detenidos solo pueden ser procesados mediante el cumplimiento del debido proceso al que refiere el derecho de guerra, ante un Tribunal que satisfaga las mismas protecciones que una Corte marcial, aspectos que no son satisfechos por las comisiones militares.

Entre los vicios de los procedimientos por realizar ante la comisión, se menciona y analiza especialmente la posibilidad de exclusión del imputado y su asesor durante la producción de pruebas, en virtud del secreto de la información, la preservación de la integridad física de los testigos u «[...] otros asuntos de interés de la seguridad nacional».

Ello toma especial relevancia, debido a que, según el Tribunal, el Poder Ejecutivo no ha incorporado elementos que permitan verificar que no era posible el establecimiento de Cortes marciales. Básicamente, el Poder Ejecutivo habría dicho que esos procedimientos eran «impracticables», pero no dio explicaciones.

Asimismo, el pleno respeto por las Convenciones exige que el imputado no puede ser condenado por actividades normales en las hostilidades que llevan a su detención; debería recibir la decisión de un tribunal competente y tendría los mismos derechos al debido proceso que un soldado americano, por el principio de no discriminación. En consecuencia, correspondería llevar adelante un proceso conforme lo reconocen los pueblos civilizados (entre estas reglas, estar presente durante el testimonio, conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 inciso 3).

Dos argumentos sostenidos por Stevens no fueron compartidos por Kennedy. El primero de ellos parte de la base que la conspiración por sí misma, sin la imputación de otros actos al procesado, no constituye crimen de guerra.

Respecto al tema, el voto en estudio sostuvo que el Gobierno no ha imputado a Handam una ofensa que, conforme el derecho de guerra, pueda ser juzgada por comisiones militares. Para que así sea, debe existir un precedente pleno y no ambiguo, y no hay tal precedente en torno a la figura de la «conspiración».

La pregunta es si la conspiración es un crimen conforme al derecho de guerra, puesto que, caso contrario, no se podría juzgar a Handam por él debido a que no habría jurisdicción. Un amplio sector de la doctrina, entre los que puede citarse al profesor George P. Fletcher,<sup>97</sup> se pronunció de manera negativa. Así, partió de sostener que el derecho de la guerra rechazó la tipicidad de esta conducta. El autor citado señaló que dicho tipo penal es un crimen de preparación, por lo que no es aceptado actualmente, lo cual resulta contrastado con la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense. Efectivamente, cuatro votos de la mayoría aceptaron esta posición.

*Justice* Scalia, en su disidencia, entiende que no corresponde pronunciarse a la Corte Suprema, por aplicación de la DTA, debido a que no hay sentencia final de las comisiones militares. Para arribar a tal solución, prevalece la interpretación literal sobre la teleológica de la norma en análisis, y sostiene que los congresistas sabían que el caso estaba pendiente ante la Corte Suprema, y fueron concluyentes al establecer la imposibilidad de revisión jurisdiccional previa a la sentencia militar. Asimismo, considera que no hay fundamento para considerar que la decisión en revisión de la Corte de circuito de DC no es suficiente.

Finalmente, sostiene que, incluso en caso que correspondiera, razones de equidad recomiendan no hacerlo. Ello es así por cuanto el hábeas corpus es una solución residual, a lo que se suma que hay razones militares que justifican la jurisdicción militar. En síntesis, conforme el magistrado citado, tal aspecto es una decisión del Poder Ejecutivo, no de la Corte Suprema estadounidense.

---

<sup>97</sup> En su disertación brindada en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina, el lunes primero de agosto de 2006.

*Justice* Thomas centra su disidencia en la teoría de la división de funciones. Explica que es necesario reconocer los poderes de guerra del Presidente, en virtud de la imperiosa necesidad de una respuesta única en caso de conflicto bélico. Asimismo, manifiesta que las comisiones militares satisfacen los requisitos del Código de Justicia Militar, debido a que el *Common Law* es el orden que determina la jurisdicción de las comisiones. Finalmente, expresa que se han deducido imputaciones válidas contra *Hamdan*, las cuales son el formar parte o unirse a un grupo o empresa que comparte un propósito criminal, y conspiración.

En resumen, la posición mayoritaria de la Corte Suprema ha reafirmado algunos posibles límites de las potestades legislativas en la lucha contra el terrorismo. Para arribar a tal solución, se afianzó en el sistema de división de funciones y, asimismo, en una fuerte injerencia del derecho de guerra y el debido proceso consagrado dentro de sus pautas.

Sin embargo, muchos aspectos troncales han resultado irresueltos. Así, el pronunciamiento no rechazó la potestad del Ejecutivo de mantener prisioneros detenidos en Guantánamo sin límite temporal, ni la de otorgar a los sospechosos de actos terroristas la calidad de «enemigos combatientes». Esto lleva a muchos doctrinarios a preguntarse si realmente el fallo puede ser definido como una victoria de los derechos humanos,<sup>98</sup> o un cheque en blanco para la administración. Evidentemente, no es posible ponderar de manera extremista el fallo. Si bien se verifica un efectivo avance al resolver la aplicación de las Convenciones de Ginebra, y se sostiene que no es posible imputar a *Hamdan* el delito de conspiración, aspectos generales de política criminal de lucha contra el terrorismo aún se verifican como peligrosamente irresueltos.

Asimismo, queda abierta la duda relacionada con la revisión jurisdiccional de actos del poder ejecutivo fuera de Estados Unidos y la base de Guantánamo. Así, se alerta que, en virtud de la jurisprudencia de esta misma Corte<sup>99</sup> en la causa *Bush vs. Rasul*, los hábeas corpus pudieron ser interpuestos por los detenidos en Guantánamo dado que Estados Unidos tiene «jurisdicción»

---

<sup>98</sup> Véase DORF, Michael C. «The Hidden —and obvious— lessons in the Supreme Court's divided ruling invalidating military commissions». En *Washington Post* [Washington]. 30 de junio de 2006.

<sup>99</sup> Cuando esta aún se encontraba compuesta por *Justice* Renquist y Ginsburg, ahora reemplazados por Alito y Roberts.

sobre dicha base naval conforme surge del convenio celebrado con Cuba en 1903. Pero podría considerarse distinta la solución si los detenidos se encontraran en otras bases ubicadas en otro lugar del globo, fuera del marco territorial y jurisdiccional estadounidense.

En consecuencia, la respuesta jurisdiccional de la Corte no ha resultado conclusiva, y, por el contrario, en algunos temas concretos ha acentuado las potestades presidenciales en la lucha contra el terrorismo. Así, la evaluación es crítica. Sin embargo, no debe negarse el aspecto positivo que ha revestido la aceptación de la aplicación del artículo 3 de las Convenciones de Ginebra en torno al tema.

## 8. Evaluación

El principio de universalidad de los derechos humanos brilla en el centro de la decisión mayoritaria de la Suprema Corte de Estados Unidos de América. El reconocimiento de la Corte a los estándares legales internacionales y a la opinión de la comunidad internacional al determinar aquellas cuestiones relativas al «[...] evolutivo estándar de decencia es un reconocimiento de nuestra común humanidad y de la importancia de los valores universales» (Hass *s.a.*). Con la referencia a la interacción de su texto constitucional y el orden internacional de los derechos humanos, la Suprema Corte de Estados Unidos ha gestado su perfil, al dejar de lado no solo su rol de juez de legalidad o al pasar a constituirse en juez constitucional, sino también al convertirse, actualmente, en tribunal tuitivo de los derechos humanos.

En mérito de lo expuesto, puede concluirse, con Glensy, que «[...] con el apoyo de una sólida mayoría de jueces de la Corte Suprema, parece que el análisis comparativo ha ganado un espacio dentro del torbellino de ideas de la jurisprudencia americana» (*s.a.*: 399). Así, entra firmemente al escenario del discurso jurisdiccional norteamericano el derecho comparado y la normativa transnacional. La fuerza y mantenimiento de dicho espacio dependerá mucho de la analítica y lógica coherencia de los jueces que deciden emplear esta variable de interpretación judicial (Glensy *s.a.*: 399).

Resulta paradigmático cómo la Corte Suprema toma la voz cantante en este cambio de estructuras discursivas, justamente en una nación en la que, generalmente, las otras ramas del Gobierno se han mostrado a veces reticentes a la apertura hacia organismos jurisdiccionales del orden

internacional de los derechos humanos.<sup>100</sup> Si las normas internacionales pueden interiorizarse en sistemas legales domésticos a través de una variedad de canales legales, políticos y sociales (Hongju s.a.: 2333), en el caso de Estados Unidos de América, la Corte Suprema ha tomado un rol predominante en este fenómeno. La reacción positiva de la Suprema Corte de Estados Unidos de América frente al orden internacional de los derechos humanos, y su incorporación tanto desde el punto de vista sustantivo como hermenéutico, muestran cómo más allá de la posición de los Gobiernos, los órdenes jurídicos no pueden mantenerse aislados a la internacionalización de la dignidad humana.

## 9. Bibliografía

ALFORD, Roger P.

s.a. (a) «Federal Courts, International Tribunals, and the Continuum of Deference».

En *Virginia Journal of International Law*, Estados Unidos.

s.a. (b) «In search of a Theory for constitutional comparativism». En *Universidad de*

*California Law Review*, Estados Unidos.

BURLESON, Elizabeth

2005 «Juvenile execution, terrorist extradition, and Supreme Court Discretion to consider international death penalty jurisprudence». En *Albany Law Review*, Estados Unidos.

CARBASHO, Tracy

2005 «ACBA members react as juvenile death penalty is outlawed by high Court:

US Supreme Court rules 5-4 prohibit death penalty on those under age 18».

En *Lawyers Journal*, Estados Unidos.

CROOK, John R.

«Contemporary practice of the United States relating to international law:

U.S. Supreme Court Holds Juvenile Death Penalty unconstitutional, citing treaties and Foreign Practice». En *American Journal of International Law*,

Estados Unidos.

---

<sup>100</sup>Véase STEINER, HENRY J. y Philip ALSTON. *International Human Rights in Context*. Oxford University Press, pp. 987 y s(s).; y BERGENTHAL, Thomas, Dinah SHELTON y David STEWART. *International Human Rights*. Tercera edición. West Group, pp. 347 y s(s).

DAY O'CONNOR, Sandra

2002 «Keynote Address Before the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law». En *American Society of International Law Procedure*, Estados Unidos.

DORF, Michael C.

2006 «The Hidden—and obvious—lessons in the Supreme Court's divided ruling invalidating military commissions». En *Washington Post* [Washington]. 30 de junio.

ESWARI BORRA, Jennifer

2005 «Roper vs. Simmons» *Journal of Gender, Social Policy and the Law*. Vol. 13 N° 3, Washington D.C.

FRIED, Charles

2000 «Scholars and Judges, Reason and Power». En *Harvard Journal of Law and Public Policies*, Estados Unidos.

GEARAN, Anne

2004 «Supreme Court Mulls Enemy Combatant Case». En *The Associated Press*. 4 de febrero.

GLENSY, Rex D.

«Which countries Count? *Lawrence vs. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority*». En *Virginia Journal of International Law*, Estados Unidos.

HAAS, Andy

«Court finds juvenile execution unconstitutional; a change from historic perspective». En *Alaska Bar Rag*, Estados Unidos.

HONGJU KOH, Harold

«On American Exceptionalism». En *Stanford Law Review*, Estados Unidos.

HOLLAND, Gina

2006 «Supreme Court rejects challenge to Bush's wartime detention powers case». *Findlaw*. 3 de abril.

HUDSON, David L.

2006 «Padilla Decision leaves unanswered questions. Supreme Courts denies review, but the issue of detainee status still alive». *Findlaw*. 3 de abril.

HURWITZ, Deena R.

«Lawyering for Justice and the Inevitability of International Human Rights Clinics». En *Yale Journal of International Law*, Estados Unidos.

KERSCH, Ken I.

«The new legal transnationalism. The globalized judiciary and the rule of law». En *Washington U. Global Studies*, Estados Unidos.

KONTOROVICH, Eugene

«Disrespecting the “Opinion of Mankind”: International law in constitutional interpretation». En *Green Bag 2d*, Estados Unidos.

LANE, Charles

2003 «Thinking outside the U.S.». En *Washington Post* [Washington]. 4 de agosto. Sección A.

2006 «Justices Won’t Review Padilla case». En *Washington Post* [Washington]. 4 de abril. Sección A.

LEE, Youngjae

«The constitutional right against excessive punishment». En *Virginia Law Review*, Estados Unidos.

MARTÍNEZ, Jenny

2003 «Towards an International Judicial System». En *Stanford Law Review*, Estados Unidos.

MATHEWS, Melissa K.

2002 «Current Public Law and Policy Issues: Restoring The Imperial Presidency: An Examination of President Bush’s New Emergency Powers». En *Hamline Journal of Public Law and Politics*, Estados Unidos.

MINTZ, John

2003 «Both sides say Tribunals will be fair Trials». En *Washington Post* [Washington]. 23 de mayo. Sección A.

O’SCANNLAIN, Diarmuid F.

«Speech: What role should foreign practice and precedent play in the interpretation of domestic law?». En *Notre Dame L. Review*, Estados Unidos.

POWELL, Catherine

2001 «Dialogic Federalism: Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States». En *University of Philadelphia Law Review*, Estados Unidos.

REHNQUIST, William H.

1993 [1989] *Constitutional Court - Comparative Remarks*. Alemania: Paul Kirchhof & Donald P. Kommers Eds.

RICHEY, Warren

2004 «Detainee cases hit Court». En *The Christian Science Monitor* [Estados Unidos]. 23 de enero.

ROBINSON, Mary

2002 Escrito Amnesty International USA como *amicus curiae*, *Lawrence vs. Texas*.

SAGÜÉS, María Sofía

2004a «Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de *Lawrence vs. Texas*». En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, tomo I, enero-junio, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F.: Porrúa.

2004b «Justicia para el terror: un cauteloso ejercicio de la jurisdicción constitucional por la Suprema Corte de Estados Unidos de América». En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, tomo III, enero-junio, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F.: Porrúa.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

1998 *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

SETEAR, John K.

2003 «A forest with no trees: The Supreme Court and International Law in the 2003 term». En *Virginia Law Review*, Estados Unidos.

SLAUGHTER, Anne-Marie

2003 «A Global Community of Courts». En *Harvard Law International Law Journal*, Estados Unidos.

SPIRO, Peter J.

1999 «Treaties, International Law, and Constitutional Rights». En *Stanford Law Review*, Estados Unidos.

STEPHENS, Beth

2002 «Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations». En *Yale Journal of International Law*, Estados Unidos.

TRIBE, Laurence H.

2000 *American Constitutional Law*. Estados Unidos: University Textbooks Series.

WATERS, Melissa A.

«Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing international law». En *Georgetown Law Journal*, Estados Unidos.

Washington Post

2005 «Padilla's lawyers oppose transfer». En *Washington Post* [Washington]. 31 de diciembre. Sección A.