
CONSIDERACIONES SOBRE LA CUESTIÓN POLÍTICA Y SU APLICACIÓN EN LAS RELACIONES EXTERIORES DE LOS ESTADOS UNIDOS

HERNANDO V. CAÑARDO¹

En este trabajo se intentará realizar un análisis sobre la génesis y el desarrollo de la cuestión política en el sistema judicial de los Estados Unidos. Posteriormente se procederá al estudio de algunas de las disposiciones constitucionales en materia de relaciones exteriores; y la aplicación de la doctrina de la cuestión política en ese ámbito. Finalmente se pondrá especial énfasis en algunos temas planteados recientemente ante los Tribunales Federales y la Corte Suprema de Justicia al respecto.

I. Origen y Evolución de la Doctrina en el Sistema Judicial Estadounidense

A través de la historia de la justicia federal las llamadas cuestiones políticas, se han considerado no justiciables, y por tanto no sujetas a ser “*case or controversy*” como lo define el Art. III de la Constitución. *Marbury vs. Madison*, es considerado el caso paradigmático, donde el Juez de la Suprema Corte John James Marshall reconoce la existencia de una variedad de casos relacionados con actos políticos del Poder Ejecutivo o Legislativo, que la Constitución coloca dentro de su orbita exclusiva.² La Corte Suprema aprecia, en consecuencia, la génesis de la doctrina en la separación constitucional de los poderes, y su dispersión entre las diferentes ramas del Gobierno. Un caso anterior *Ware vs. Hylton*³ ya había reconocido, que en el campo de las relaciones exteriores, consideraciones políticas, hacían que esos temas no fueran competencia de los Tribunales. Posteriormente y en forma coherente, *Coleman vs. Miller*, reconoce que la doctrina no solo está basada en la separación de poderes sino en las limitaciones del Poder Judicial, afirmando: “*In determining whether a question falls within the category, the appropriateness under our system of government of attributing finality to the action of the political departments and also the lack of satisfactory criteria for a judicial determination are dominant considerations.*”⁴

Un primer acercamiento en busca de una definición demostraría que la cuestión política es una construcción judicial determinada por contenidos que los Tribunales rehúsan

1 Profesor Titular Derecho Internacional Público. Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires.” Profesor Titular. Doctorado en Ciencias Jurídicas Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires.” Miembro del Centro de Derecho Político. Facultad de Derecho Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires.”

2 1 Cranch 137, 164-166, 2 L.Ed. 60 (1803),

3 En *Ware vs. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796) se establece, si bien con una Corte dividida, que un Artículo del Tratado de París que establecía que los acreedores no tendrían impedimentos legales para recuperar el pago de sus deudas *bona fide*. El Tratado tenía precedencia y revocaba una ley del Estado de Virginia, establecida en tiempos revolucionarios que consideraba nulas esas deudas. El título completo del Caso es *Ware, administrator of Jones, Plaintiff in Error vs. Hylton et al.* También se lo conoce como el Caso de las Deudas Británicas.

4 *Coleman vs. Miller* 307 U.S. 433, 59 S.Ct. 972, 83 L.Ed. 1385 (1939),

decidir, ya sea porque está en la esfera de decisión de las autoridades electas del Estado, o por otras razones. Estas materias incluyen en los Estados Unidos áreas como la conducta de las relaciones exteriores, la ratificación de enmiendas constitucionales, la organización de los Gobiernos estatales; y en otros sistemas como el del Reino Unido hay criterios similares, así como materias relacionadas con políticas de carácter económico.⁵

La justiciabilidad se basa en la idea de una distinción de estilos entre el judicial por una parte y el ejecutivo, administrativo, o legislativo por la otra. Hay asimismo una diferencia entre el razonamiento legal y la toma de decisión política. Los jueces se restringen no solo por estos factores mencionados; sino porque es más apropiado que los órganos políticos tenga la decisión final, ya que su base es en los Estados de Derecho la legitimidad democrática. Es importante distinguir los roles de los Poderes Ejecutivo y Legislativo frente al Judicial, y evitar el avance de este último sobre los dos primeros. De allí que los Tribunales pueden desestimar la cuestión y de hecho lo hacen, aún teniendo jurisdicción sobre el tema.

Es sin embargo una construcción jurídica que no tiene un contenido preciso y ha seguido un desarrollo impredecible desde su formulación, porque los esfuerzos para convertir a la cuestión política en una doctrina han sido difíciles de lograr. Si bien algunas veces se politiza el derecho, jamás se ha podido con éxito legalizar la política. La política aquí no es entendida en el sentido partidista, si bien es posible que estas circunstancias estuvieran presentes en 1803 cuando la misma nace con *Marbury vs. Madison*⁶ y también lo están en la actualidad. La política, al analizar este tema, comprende una serie de criterios para tomar decisiones que están fuera del ámbito de la ley, y específicamente del derecho constitucional.

De allí la dificultad de que se desarrolle una doctrina sobre estas cuestiones, porque las mismas en realidad operan fuera del derecho constitucional. La abstención de los tribunales de decidir las mismas, busca aislar a los jueces de la política y que estos resuelvan solo cuestiones jurídicas.

Pero en la práctica se observa que es un concepto esquivo, equivoco, variable, y sin lugar a dudas una de las áreas más peligrosas del derecho constitucional.

5 En el Reino Unido donde estas ideas de no justiciabilidad se han articulado en parte, las cortes han debido pronunciarse sobre cuestiones relativas a la toma de decisiones políticas difíciles en circunstancias donde hay escasez de recursos. Por ejemplo en los casos de provisión de medicamentos o servicios de salud. Ver *R (Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust* [2006] 1 WLR 2649. En cuanto a la política exterior y la guerra los criterios son similares a los de Estados Unidos. Ver *R (Gentle and Another) v Prime Minister and Others* [2008] UKHL 20, [2008] 2 WLR 879.

6 *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch). 165. Muchos entienden que Marshall intencionalmente no interpreta bien el Artículo III Sección 2 en tres formas. En primer lugar cuando dice que Marbury se equivoca de Tribunal, es decir que la Corte podría tratar el caso en apelación y no con jurisdicción originaria; así resuelve su problema con Jefferson. La segunda es cuando afirma que la Corte Suprema no podía emitir un *writ of mandamus* bajo su jurisdicción original; es decir que la parte relevante de la Sección 13 de la Judiciary Act de 1789 violaba el Artículo III, y así establece la revisión judicial. La tercera es cuando se olvida o no menciona la frase "*both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations, as the Congress shall make*" del Artículo III, y esto debía hacerse para alcanzar los dos objetivos antes mencionados. Cualquiera validez que tenga otra parte de la sentencia, lo cierto es que toda la Sección 13 de la Judiciary Act de 1789 era un ejercicio legal de autoridad del Congreso. Los argumentos de Marshall al contrario de ella eran artificios ingeniosos para desenredarse él y a la Corte de la situación política en que se hallaban, por un lado y para establecer una Corte Suprema como un verdadero tercer poder en base de igualdad, y arbitro de la Constitución. Que logró el éxito para él y su posteridad está a las claras.

Marshall la estaleció cuando afirmó que hay casos donde las tareas y decisiones corresponden a otros Poderes: *“the executive possesses a constitutional or legal discretion, nothing can be more perfectly clear than that his acts are only politically examinable.”*⁷

En su formulación inicial de la doctrina Marshall entendió que la aplicación de la misma era diferente que la decisión sobre el fondo del asunto. Así antes de llegar a los meritos o fondo de la cuestión se preguntó si: *“the act of delivering or withholding a commission is a mere political act, belonging to the executive department alone, for the performance of which, entire confidence is placed by our constitution in the supreme executive; and for any misconduct respecting which, the injured individual has no remedy.”*⁸ Al mencionar estos actos y guardar silencio sobre cuales son realmente los mismos crea un enigma que dura 200 años.

Si efectivamente la Constitución tiene entera confianza en el Ejecutivo con respecto a ciertos actos, la Constitución no sería violada si el Ejecutivo los realiza. Pero si no hay violación el Ejecutivo gana el fondo del caso y no hay necesidad de echar mano a la doctrina de las cuestiones políticas en forma preliminar. Por el contrario si la Constitución no tiene plena confianza en el y la viola, la doctrina fracasa en proteger su conducta de revisión judicial.⁹ De esta manera la Corte se ha convertido en el árbitro final de la Constitución.¹⁰

Como otras doctrinas judiciales la regla es auto impuesta. No es resultado de legislación alguna, ni proviene expresamente de la Constitución, si bien emana implícitamente de la separación de Poderes. Nace a partir de la noción de *justiciability* o judicialidad, es decir si la materia es apropiada o no para ser revisada por un Tribunal. Las materias judiciales pueden ser juzgadas pero las cuestiones políticas no judiciales no son consideradas sujetas a revisión.

Pero como la historia de la Corte de Estados Unidos lo demuestra si una cuestión es política o no, es algo que queda en gran medida a su propia discrecionalidad, lo cual es un criterio político.

En 1849 la idea será elaborada con mayor detalle, en respuesta a una crisis en el Estado de Rhode Island conocida como la rebelión Dorr. Es esta una revuelta que tuvo como consecuencias la sanción de dos diferentes Constituciones estatales, la declaración de la Ley Marcial, y la posible intervención por el Presidente John Tyler.

A la Corte se le solicita pronunciarse sobre una serie de cuestiones constitucionales relacionadas con la naturaleza del gobierno republicano, pero esta se niega. En *Luther vs. Borden*,¹¹ el Juez Roger Taney desarrolla una articulación de la doctrina: *“federal courts*

7 *Marbury vs. Madison*. 5 U.S. (1 Cranch) 166.

8 *Marbury vs. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 164.

9 Así Thomas Franck, quien ataca no solo el abstencionismo sino también las interpretaciones que permiten excesos del Ejecutivo en su accionar desbocado. Thomas F. Franck *Political Questions. Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs*. Page 18 (1992) .

10 Como la Corte afirmó en *Baker vs. Carr*: *“Deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of his Court as ultimate interpreter of the Constitution”*. 369 U.S. at 211. Esto la convierte en el guardian e intérprete de la Constitución.

11 *Luther vs. Borden*. 48 U.S. (7 How.) 1, 12 L. Ed. 581 (1849)

should leave certain constitutional questions to the legislative and executive branches in any matter that is "a political question to be settled by the political power."¹² La Constitución Federal establece el poder de los Estados Unidos de garantizar a cada Estado la forma republicana de Gobierno,¹³ y la referida cláusula establecía la decisión de la cuestión a las ramas políticas del Gobierno Federal: "Under this article of the Constitution it rests with Congress to decide what government is the established one in a State. For as the United States guarantee to each State a republican government, Congress must necessarily decide what government is established in the State before it can determine whether it is republican or not. And when the senators and representatives of a State are admitted into the councils of the Union, the authority of the government under which they are appointed, as well as its republican character, is recognized by the proper constitutional authority. And its decision is binding on every other department of the government, and could not be questioned in a judicial tribunal." Here, the contest had not proceeded to a point where Congress had made a decision, "yet the right to decide is placed there, and not in the courts."¹⁴ Si bien el Presidente no había aún llamado a la Milicia en Rhode Island, había dado su apoyo a una de las dos facciones y este apoyo había hecho que la otra facción capitulase: esta determinación del Ejecutivo no podía ser revisada por la Corte.

Desde mediados del Siglo XIX hasta 1960 la doctrina no sufre modificaciones de importancia, pero con posterioridad la Corte comienza a estrechar su interpretación, y cuestiones que hubieran sido rechazadas como políticas se convirtieron en controversias justiciables. Antes de *Baker vs. Carr*,¹⁵ los casos referidos a la distribución del poder político a través de modificación de distritos,¹⁶ voto calificado,¹⁷ y restricciones en la acción política¹⁸ eran consideradas cuestiones políticas no justiciables.

*Baker vs Carr*¹⁹ de 1962 es uno de las sentencias más importantes por su contenido y servirá de guía en lo referente al análisis de la cuestión política por los Tribunales. La Corte Suprema de los Estados Unidos debió resolver sobre si la igual protección ante la ley era violada por el rediseño de un distrito para ajustar los movimientos de poblaciones. ¿Podía la Corte investigar y fallar en esas cuestiones sin violar el principio de separación de poderes? Esta entendió que la modificación de un distrito era posible de ser revisada pero la doctrina de la cuestión política fue reafirmada y desarrollada, estableciéndose una serie de parámetros para determinarla, que hasta la fecha son seguidos por la Corte y Tribunales Federales.²⁰ "La Corte afirma que "Decidir cuando una materia

12 *Luther vs. Borden*. 48 U.S. (7 How.) 1, 12 L. Ed. 581 (1849)

13 *Luther vs. Borden*. 48 U.S. at 42 Citando el Artículo IV, 4.

14 *Luther vs. Borden* 48 U.S. 42

15 *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

16 *Colegrove vs. Green*, 328 U.S. 549 (1946); *Colegrove vs. Barrett*, 330 U.S. 804 (1947).

17 *South vs. Peters*, 339 U.S. 276 (1950) referido al sistema de elección de condados.

18 *MacDougall vs. Green*, 335 U.S. 281 (1948) referidos a sistema de petición de firmas en condados con poblaciones desiguales.

19 *Baker vs. Carr* 369 U.S. 186, 82 S. Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663.

20 La Corte siguiendo la opinión del Juez Brennan identifica las siguientes cuestiones como tests fundamentales o parámetros para determinar que asuntos eran considerados como cuestiones políticas:

Si hay una determinación demostrada textual en la Constitución de que una cuestión debe ser decidida por un departamento político.

Si hay falta de estándares de investigación que puedan ser utilizados por la Corte.

ha sido encargada por la Constitución a otra rama del Gobierno o si la acción de esa rama ha excedido su autoridad que se la encargada, es un delicado ejercicio de interpretación constitucional y es una responsabilidad de la Corte como árbitro e intérprete final de la Constitución.”²¹

La Corte ha considerado a la doctrina doctrina como una de las reglas básicas al sistema federal.”²²No obstante, el concepto continuó siendo ambiguo, elusivo, sin generalizaciones; y en consecuencia sujeto a una infinita serie de items.²³

La doctrina de la cuestión política, en consecuencia se ha aplicado para evitar la adjudicación en una amplia variedad de temas, y una de las aplicaciones más consistentes ha sido en el ámbito de las relaciones exteriores.

Si bien parecería que todas las cuestiones relacionadas con asuntos exteriores son “políticas” su adjudicación depende del contexto, lo cual aumenta el grado de discrecionalidad y la consiguiente confusión. Así la decisión de el Ejecutivo de reconocer o no el gobierno de otro Estado²⁴ o quién es el gobernante de *jure* o de *facto* en un Estado²⁵ es definitiva para la Corte. Sin embargo, en ausencia de una decisión del Ejecutivo que sea definitiva, los Tribunales revisan para determinar si los Estados Unidos han acordado un grado suficiente de reconocimiento para permitir que las cortes tomen nota de la existencia del Estado.²⁶En muchos casos las Cortes han determinado por si mismas que efecto se debe otorgar a los actos de Estados extranjeros, sean estos reconocidos o no.²⁷ Al referirse a casos relacionados con Tratados y el *treaty power*, ha tratado como cuestiones políticas si el Estado extranjero tenía autoridad constitucional para entrar en una obligación en particular,²⁸ o si el tratado había perdido vigencia por la pérdida de independencia del Estado,²⁹ o por cambios en la soberanía territorial de un Estado extranjero.³⁰ La

La imposibilidad de decidir el asunto sin una determinación política inicial.

La imposibilidad de la que la Corte tome una decisión sin expresar al mismo tiempo una falta de respeto debido a las otras ramas del Gobierno.

La posibilidad que al resolver la cuestión crease una situación embarazosa por causa de pronunciamientos múltiples de varios departamentos u órganos sobre la misma cuestión.

21 *Baker vs. Carr* 369 U.S. 211.

22 *Rescue Army vs. Municipal Court*, 331 U.S. 549, 570 (1947); *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186, 278 (1962). Ver Scharpf, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 *Yale Law Journal*, 517 (1966).

23 Thomas Frank, *Political Questions*. En *Supreme Court and Supreme Law* 36 (E. Cahn ed., 1954).

24 *United States vs. Palmer*, 16 U.S. (3 Wheat.) 610 (1818); *Kennett vs. Chambers*, 55 U.S. (14 How.) 38 (1852).

25 *Jones vs. United States*, 137 U.S. 202 (1890); *Oetjen vs. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918). *Ex parte Hitz*, 111 U.S. 766 (1884).

26 *United States vs. The Three Friends*, 166 U.S. 1 (1897); *In re Baiz*, 135 U.S. 403 (1890). Cf. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).

27 *United States vs. Reynes*, 50 U.S. (9 How.) 127 (1850); *Garcia vs. Lee*, 37 U.S. (12 Pet.) 511 (1838); *Keene v. McDonough*, 33 U.S. (8 Pet.) 308 (1834). See also *Williams v. Suffolk Ins. Co.*, 38 U.S. (13 Pet.) 415 (1839); *Underhill vs. Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897). *United States vs. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937). Con respecto a la Doctrina del Acto de Estado se pueden comparar: *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964), con *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972), y con *First National City Bank vs. Banco Para el Comercio de Cuba*, 462 U.S. 611 (1983); *W. S. Kirkpatrick Co. Vs. Environmental Tectronics Corp.*, 493 U.S. 400 (1990).

28 *Doe vs. Braden*, 57 U.S. (16 How.) 635 (1853).

29 *Terlinden vs. Ames*, 184 U.S. 270 (1902); *Clark vs. Allen*, 331 U.S. 503 (1947)

30 *Kennett vs. Chambers*, 55 U.S. (14 How.) 38 (1852). Con respecto a la violación de los Tratados y su efectividad o continuación ver *Ware vs. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796); y *Charlton vs. Kelly*, 229 U.S. 447 (1913).

Corte no solo ha interpretado los efectos domésticos de los Tratados,³¹ sino también los efectos de los mismos en materias internacionales,³² así como que el Congreso establezca la existencia de un Estado de guerra, y el inicio y fin de la beligerancia entre Potencias.³³

De esta revista limitada de las principales áreas en que la doctrina ha sido establecida es posible extraer algunos factores que convencieron a las Cortes que las cuestiones estaban más allá de revisión.

Los mismos serían la falta de información pertinente y la dificultad de conseguirla,³⁴ la necesidad de uniformidad en las decisiones, el respeto a la responsabilidad de los departamentos u órganos políticos,³⁵ y la falta de estándares adecuados para resolver una controversia.³⁶

Pero siempre presente en todos los casos ha estado y está el elemento de la prudencia en la actitud sobre el ejercicio de la revisión judicial que enfatiza la precaución o cuidado de los Tribunales en la decisión de los meritos de una causa que podría terminar dañando a los propios Tribunales o a los principios que dice defender.

Sin embargo, en otras ocasiones, la Corte se ha negado a una interpretación restrictiva en materia de asuntos exteriores. Así cuando trata la cuestión del Secretario de Comercio en negarse a certificar de acuerdo a la ley que las prácticas balleneras japonesas perjudicaban la efectividad de las convenciones internacionales, la Corte rechaza los argumentos del Gobierno de que la cuestión política impedía la decisión sobre los meritos, afirmando: "*The Court's prime responsibility, it said, is to interpret statutes, treaties, and executive agreements; the interplay of the statutes and the agreements in this case implicated the foreign relations of the Nation. "But under the Constitution, one of the Judiciary's characteristic roles is to interpret statutes, and we cannot shirk this responsibility merely because our decision may have significant political overtones."*³⁷

En consecuencia podemos considerar que la cuestión política es una determinación de un Tribunal Federal o de la Corte Suprema que establece que una conducta de la administración pública es política, y en consecuencia la resolución de él conflicto o situación debe ser determinado por la Legislatura, o el Ejecutivo y no por los Tribunales. En un sentido estricto la doctrina debe invocarse cuando el tema que se le presenta a la Corte es tal que el mismo ha sido textualmente encomendado o otra rama del Gobierno. Si quienes crea-

31 *Ware vs. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796); *Chinese Exclusion Cases*, 130 U.S. 581 (1889) conflicto entre Tratado y Ley Federal. Una formulación más actualizada se observa en, *Japan Whaling Association vs. American Cetacean Society*, 478 U.S. 221, 229-230 (1986).

32 *Perkins vs. Elg*, 307 U.S. 325 (1939); *United States vs. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886).

33 *Commercial Trust Co. vs. Miller*, 262 U.S. 51 (1923); *Woods vs. Miller Co.*, 333 U.S. 138 (1948); *Chastleton Corp. vs. Sinclair*, 264 U.S. 543 (1924); *Ludecke vs. Watkins*, 335 U.S. 160 (1948); *Lee vs. Madigan*, 358 U.S. 228 (1959); *The Divina Pastora*, 17 U.S. (4 Wheat.) 52 (1819). Algunos casos relacionados con el status de las tribus indias como Estados extranjeros han sido considerados como cuestiones políticas, pero no siempre. Ver *The Cherokee Nation vs. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *United States vs. Sandoval*, 231 U.S. 28 (1913); *Worcester vs. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

34 *Chicago & S. Air Lines vs. Waterman Steamship Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948); *Coleman vs. Miller*, 307 U.S. 433, 453, (1939).

35 *Williams vs. Suffolk Ins. Co.*, 38 U.S. (13 Pet.) 415, 420 (1839)

36 *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186, 217, 226 (1962) 268, 287, 295, Opinión Disidente de el Juez Frankfurter.

37 *Japan Whaling Association vs. American Cetacean Society*, 478 U.S. 221, 230 (1986).

ron la Constitución determinaron que el poder judicial no resolvería una determinada cuestión, eso se debe respetar. En la interpretación amplia, la cuestión política se invoca cuando no hay estándares judiciales apropiados para decidir los meritos de la causa, o cuando la intervención demostraría poco respeto por la acción de otras ramas del gobierno o cuando la decisión pudiese afectar la integridad de la justicia.

II. Análisis de la Constitución. La Formulación de la Cuestión Política en el Ámbito de las Relaciones Exteriores

Debe tenerse en cuenta que en numerosos casos la Corte Suprema ha tratado temas relacionados con las relaciones exteriores, por lo cual sería imposible hacer en este trabajo un análisis de la totalidad de los mismos.³⁸

Es este un ámbito de extrema importancia no solo por las relaciones entre los Poderes, sino para la sociedad en conjunto y los individuos. Algunas de estas cuestiones se refieren a si las protecciones constitucionales a la vida, la libertad, y la propiedad se aplican en tiempos de guerra, el alcance de la actividad extraterritorial del Gobierno de los Estados Unidos, y a la protección de personas que no son ciudadanos americanos dentro del territorio de los Estados Unidos.

Estos temas y otros vinculan las reglas del Derecho Internacional con el texto mismo de la Constitución. Como leerlo y cuando limitar, calificar, y dar sentido al mismo en referencia a otras cláusulas y otros textos no constitucionales es el desafío.

De allí la importancia de determinar el ámbito temporal, territorial, y personal de la Constitución. Una de las preguntas a plantearse es: ¿Cuándo, donde, en que materias, y en nombre de quien la Constitución provee protección contra el Gobierno?

Los derechos mencionados en el *Bill of Rights* y la Constitución Original de 1787 están expresados en términos amplios y aparentemente no están restringidos en cuanto a lugar, persona, *status*, o naturaleza de la actividad gubernamental o del interés a proteger. Por ejemplo la llamada Clausula del Debido Proceso o *Due Process Clause* establece que “no person shall... de deprived of life, liberty or property without due process of law.”³⁹

³⁸ Esta enumeración no pretende ser exhaustiva en modo alguno, sino útil a efectos de estudio:

Arizona vs. United States, 132 S. Ct. 2492 (2012); *Zivotofsky ex rel. Zivotofsky vs. Clinton*, 132 S. Ct. 1421 (2012); *Medellín vs. Texas*, 552 U.S. 491 (2008); *Sanchez-Llamas vs. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006); *Am. Ins. Association vs. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003); *Crosby vs. National Foreign Trade Council*, 530 U.S. 363 (2000); *Breard vs. Greene*, 523 U.S. 371 (1998); *Regan vs. Wald*, 468 U.S. 222 (1984); *Dames & Moore vs. Regan* 453 U.S. 654 (1981); *Haig vs. Agee*, 453 U.S. 280 (1981); *De Canas vs. Bica*, 424 U.S. 351 (1976); *Zschernig vs. Miller*, 389 U.S. 429 (1968); *Zemel vs. Rusk*, 381 U.S. 1 (1965); *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964); *Perez vs. Brownwell*, 356 U.S. 44 (1958); *United States vs. Caltex (Phil.) Inc.*, 344 U.S. 149 (1952); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952); *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 U.S. 579, 634–35 (1952) *United States vs. Pink*, 315 U.S. 203 (1942); *United States vs. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937); *United States vs. Curtiss Wright Export Corporation* 299 U.S. 304 (1936). *Russian Volunteer Fleet vs. United States*, 282 U.S. 481 (1931); *MacKenzie vs. Hare*, 239 U.S. 299 (1915); *Juragua Iron Co. vs. United States*, 212 U.S. 297 (1909); *Neely vs. Henkel*, 180 U.S. 109 (1901); *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900); *Fong Yue Ting vs. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *In re Ross*, 140 U.S. 453 (1891); *Jones sv. United States*, 137 U.S. 202 (1890); *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Ker vs. Illinois*, 119 U.S. 436 (1886); *Fleming vs. Page*, 50 U.S. (9 How.) 603 (1850)

³⁹ U.S. Constitution. Enmienda V; Ver también Art. I, § 9 (“The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended. . . .”); (“No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.”); Enmienda I (“Congress shall make no law. . . .”); Enmienda II (“The right of the people. . . .”); Enmienda IV (“The right of the people. . . .”); Enmienda VI (“In all criminal prosecutions.”)

Se plantea sin embargo, la cuestión de que exactamente quería decir persona: ¿Era este un término amplio o estaba limitado a ciertas categorías de individuos, en ciertos lugares y otros estaban fuera de la protección? La cuestión cobra importancia en los casos relacionados directa o indirectamente con las relaciones exteriores:

¿Tenían derechos los extranjeros que las *Alien Acts* de 1791 podían afectar? ⁴⁰ ¿Después de la Secesión y durante la Guerra Civil había límites o garantías constitucionales en relación a la conducta del Gobierno de la Unión frente a los ciudadanos de la Confederación? ¿Que derechos tenían los ciudadanos en un Estado leal a la Unión durante la Guerra Civil? ⁴¹ ¿Tenían los ciudadanos de Estados Unidos juzgados por cortes consulares en países “no civilizados” derechos constitucionales? ⁴²

Otra cuestión es la planteada cuando miembros de las fuerzas armadas alemanas que entran subrepticamente a los Estados Unidos en una misión de sabotaje, y si tenían o no derecho al *habeas corpus* junto a otros derechos constitucionales contra juicios por comisio-

40 *Alien and Sedition Acts*. En 1798 el Congreso sanciona cuatro leyes. Las Alien and Sedition Acts deciden la suspensión del *habeas corpus* dándole poderes al Presidente para arrestar, detener o deportar a los ciudadanos extranjeros de países que estuvieran en guerra con los Estados Unidos, y demorar los procesos de naturalización para inmigrantes. En 1918 durante la Primera Guerra Mundial se dictó legislación similar que convertía en delito interrumpir los esfuerzos de guerra o apoyar a Alemania. Así la Sedition Act. The Sedition Act of 1918 made it a felony (1) to convey false statements interfering with American war efforts; (2) to willfully employ "disloyal, profane, scurrilous, or abusive language" about the U.S. form of government, the Constitution, the flag, or U.S. military or naval forces; (3) to urge the curtailed production of necessary war materials; or (4) to advocate, teach, defend, or suggest the doing of any such acts. Violations were punishable by fine, imprisonment, or both.

41 *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2, 118 (1866). En este caso la Suprema Corte decide que la suspensión del *habeas corpus* era legal pero los tribunales militares no se aplicaban a ciudadanos que residieran en Estados de la Unión que habían aceptado la autoridad de la Constitución y donde las cortes civiles continuaran operando. Para regular esto se sanciona posteriormente la Posse Comitatus Act que es una ley federal de los Estados Unidos (18 U.S.C. § 1385) aprobada el 18 de junio de 1878, cuyo fin era establecer límites al Gobierno Federal en el uso de militares como fuerzas del orden. La ley prohíbe a la mayor parte de los cuerpos uniformados federales ejercer atribuciones propias de las fuerzas de orden público, como la policía, en propiedades no federales dentro del territorio nacional de los Estados Unidos.

Ex parte Merryman, 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861) (No. 9487) Es una decisión de un tribunal federal que surge a consecuencia de la Guerra de Secesión, referida al derecho del Presidente de suspender el *habeas corpus* basado en la clausula constitucional de suspensión. Roger Taney por entonces juez de Circuito Federal entendió que esa autoridad radicaba en el Congreso y no en el Presidente. Lincoln ignora esa sentencia así como el Ejército de la Unión. La cuestión pierde importancia cuando en 1862 son liberados todos los prisioneros políticos.

42 *Ross v. McIntyre*, 140 U.S. 453, 462–65 (1891). Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos del 21 de mayo de 1891, relacionada con la aplicación de la ley estadounidense a marineros extranjeros en buques de bandera americana en otros Estados. John M Ross un marinero del buque estadounidense S.S. *Bullion*, fue convicto de un asesinato a bordo mientras el mismo estaba en el puerto de Yokohama, y fue juzgado por el Consul estadounidense en Kanagawa. Sentenciado a muerte el Presidente Rutherford B. Hayes conmuta la sentencia por la de prisión perpetua en la penitenciaría de Albany. Si bien Ross acepta la conmutación, más tarde presenta un *habeas corpus* para su liberación, afirmando que había nacido en la Isla Prince Edward. En consecuencia era súbdito británico y no estaba sujeto a la jurisdicción de las Cortes Consulares. La Corte Suprema rechaza la petición y mantiene la jurisdicción del Tribunal Consular. En este caso se citó como antecedente principal a *United States v. Holmes*, 5 Wheat. 412, donde varios individuos fueron juzgados por la Circuit Court for the District of Massachusetts y condenados por asesinato en alta mar. El buque en que viajaban era aparentemente español y había sido capturado por corsarios procedentes de Buenos Aires. Una tripulación de presa es colocada en el buque de la cual los prisioneros formaban parte. Uno de ellos era ciudadano de los Estados Unidos y los otros eran extranjeros. El crimen fue cometido tirando a la persona por la borda, a consecuencia de lo cual esta se ahoga. La cuestión a plantear era si había alguna diferencia de jurisdicción, si los prisioneros o alguno de ellos era estadounidense, o si la ofensa había sido cometido a bordo de un buque en alta mar. La Corte entendió que la pregunta contenía dos proposiciones: uno sobre o referente a la nacionalidad del delincuente y de la persona que había sido víctima; y la segunda al lugar de comisión del delito. Con respecto a la primera la Corte era de la opinión que no importaba si el autor era o no ciudadano de los Estados Unidos, sino el lugar de la comisión, es decir el buque de bandera estadounidense. Se establece así la jurisdicción del pabellón en estas causas.

nes militares.⁴³ Similar el tema de los espías militares alemanes juzgados por un tribunal militar norteamericano en China, después de la Segunda Guerra Mundial, y presos o encarcelados en la Alemania ocupada militarmente por Estados Unidos en la post guerra.⁴⁴

¿Finalmente que ocurre con aquellos que no son ciudadanos en un territorio controlado, pero en el cual Estados Unidos no es soberano, y estas personas están detenidas por ser supuestamente combatientes en grupos terroristas contra los cuales el Congreso había autorizado el uso de la fuerza militar? ¿Tenían derecho al *habeas corpus* y otras garantías constitucionales?⁴⁵

Los Fundadores que redactaron la Constitución, eran en muchos casos hombres de leyes, expertos en el arte de gobernar, y concedores del *common law* y del Derecho de Gentes. En consecuencia estas normas pueden aumentar o restringir el efecto de los actos de Gobierno y expandir o contraer los derechos individuales. Las disposiciones constitucionales tendrían un dominio limitado en aspectos determinados, por la condición de ciudadanía, la localización territorial y el *status* de enemigos. James Madison explica en la Convención de Virginia que el lenguaje del Artículo III de la Constitución sobre la jurisdicción estaba calificado por las reglas del *common law* y el derecho de gentes en el sentido

43 *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942). La Suprema Corte durante la Segunda Guerra Mundial establece la validez de la jurisdicción de los tribunales militares en un juicio a ocho saboteadores alemanes en territorio norteamericano. *Quirin* es el precedente para la validez de las comisiones militares que juzgan a cualquier combatiente ilícito contra los Estados Unidos, después de los atentados del 11 de Septiembre de 2001. La decisión establece que: "... the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals.

44 *Johnson vs. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 765–66 (1950). En este caso los acusados eran soldados alemanes, considerados extranjeros, y enemigos no residentes. Los mismos fueron capturados en China por el Ejército de los Estados Unidos, juzgados y condenados en ese país bajo comisiones militares estadounidenses por violaciones a las normas del derecho de guerra cometidas en China antes de su captura. Con posterioridad son transportados a la Alemania ocupada por Estados Unidos y encarcelados bajo custodia del Ejército. En momento alguno estuvieron bajo la jurisdicción de un juez civil estadounidense. Reclamando que el juicio, la condena, y la prisión violaban los Artículos I y III de la Constitución, la Quinta Enmienda, otras disposiciones constitucionales, leyes y la Convención de Ginebra, los alemanes peticionan ante la District Court for the District of Columbia para obtener una orden de *habeas corpus*, dirigida al Secretario de la Defensa, al Secretario del Ejército y otros oficiales que tenían jurisdicción sobre ellos en custodia. Se establece que: *A non resident enemy alien has no access to our courts in wartime. (a) Our law does not abolish inherent distinctions recognized throughout the civilized world between citizens and aliens, nor between aliens of friendly and enemy allegiance, nor between resident enemy aliens who have submitted themselves to our laws and nonresident enemy aliens who at all times have remained with, and adhered to, enemy governments. (b) In extending certain constitutional protections to resident aliens, this Court has been careful to point out that it was the aliens' presence within its territorial jurisdiction that gave the Judiciary power to act. (c) Executive power over enemy aliens, undelayed and unhampered by litigation, has been deemed, throughout our history, essential to wartime security.*

45 *Hamdi vs. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). En este caso la Corte Suprema reconoce el poder de el gobierno de detener combatientes enemigos, incluyendo ciudadanos norteamericanos, pero estableciendo que aquellos detenidos que sean ciudadanos americanos tienen el derecho a un debido proceso y la capacidad de establecer que no son combatientes ante una autoridad imparcial. El mismo se inicia con una petición de *habeas corpus* por parte de Yaser Esam Hamdi, ciudadano americano detenido como combatiente ilegal enemigo, tras ser capturado en Afganistan en 2001. Con posterioridad a la decisión de la Corte el 9 de Octubre de 2004, el Gobierno lo libera y deporta a Arabia Saudita, con la condición que renuncie a su ciudadanía y a la consiguiente prohibición de ingresar a los Estados Unidos.

Boumediene vs. Bush, 553 U.S. 723, 732 (2008). Estableciendo que los prisioneros tienen el derecho a un *habeas corpus* bajo las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos y que la *Military Commissions Act* del 2006 era una suspensión inconstitucional de ese derecho. En *Rasul vs. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), se establece que el sistema judicial norteamericano tiene la autoridad para decidir si los extranjeros en Guantánamo estaban o no ilegalmente detenidos.

de que los enemigos extranjeros no tenían acceso a los tribunales en tiempos de guerra.⁴⁶

En consecuencia se puede afirmar que el termino persona no se aplicaba a todos en la *Due Process Clause*, ya desde los orígenes de la Constitución.

Otras cuestiones que generan duda en el texto constitucional, no se refieren a la interpretación semántica, sino a la redacción ambigua de los términos en algunas cláusulas. El Artículo I por ejemplo le da al Congreso el poder de declarar la guerra,⁴⁷ otorgar patentes de corso y represalias,⁴⁸ así como la creación y manutención del ejército y la marina⁴⁹. El Artículo II a su vez nombra al Presidente Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.⁵⁰

Pareciera que se le otorga al Congreso decidir la iniciación de las guerras,⁵¹ pero otros entienden que es el Presidente quien puede iniciarlas,⁵² ya que el poder o *war power* del Congreso es solo la proclamación formal de un estado internacional de guerra con sus consecuencias.⁵³

¿Que cambió con el tiempo en relación a estas cuestiones mencionadas? La expansión de los poderes de guerra del Presidente *que transformó el deber ser en el ser*. La confusión, proviene de las normas que no son determinadas o claras en cuanto a donde radica ese poder.

Las cláusulas de guerra y las disposiciones del Artículo II referidas a los poderes del Ejecutivo fueron redactadas apresuradamente y poco discutidas, de allí la indeterminación que en definitiva fue favoreciendo al Ejecutivo.⁵⁴

El Presidente como Comandante en Jefe es el responsable de la conducta en guerra y el Congreso en declararla y mantener las fuerzas militares. El Presidente negocia y firma los Tratados y el Senado los aprueba. El Congreso otorga fondos para que el Presidente use en la diplomacia internacional. Si bien el Artículo III, Sección 2 de la Constitución otorga jurisdicción originaria en casos relacionados con Tratados, Embajadores y causas de Almirantazgo y en controversias donde los Estados Unidos sean parte, no aparece una clara responsabilidad del Poder Judicial en los asuntos de política exterior.

46 *Debates in the Several State Conventions on the Adoption in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution* Pages 484–86 (Jonathan Elliot ed., Washington, 2d ed. 1836) (Statement of James Madison)

47 U.S. Constitution. Art. I, § 8, cl. 11

48 U.S. Constitution. Art. I, § 8, cl. 11.

49 U.S. Constitution. Art. I, § 8, cl. 12–13.

50 U.S. Constitution. Art. II, § 2.

51 No hay evidencia que los redactores entendieran que la Constitución autorizara al Presidente a iniciar una guerra.

52 Robert F. Turner, War and the Forgotten Executive Power Clause of the Constitution: A Review Essay of John Hart Ely's War and Responsibility, 34 Virginia Journal of International Law . 903, 906–10 (1994)

53 Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, Congressional Authorization and the War on Terror, 118 HARV. L. REV. 2047, 2057–58 (2005); Stephen L. Carter, The Constitutionality of the War Powers Resolution, 70 VA. L. REV. 101, 111 (1984).

54 Los registros de la Convención de Filadelfia indican que el lenguaje determinando en el Congreso el poder de “declarar la guerra” fue producto más del poca satisfacción con la fórmula original que decía que el Congreso debía tener el poder de “hacer la guerra”, que una sesuda interpretación de la concepción del significado de “declarar la guerra. Cuando se redactan los poderes del artículo II la Convención ya finalizaba, los Delegados estaban agotados. En consecuencia fueron descuidados al terminar sus labores y el Artículo II estableciendo los poderes del Ejecutivo no fue redactado con la claridad suficiente.

Esta es la razón por la cual la Corte en muchas oportunidades ha rechazado casos relacionados con la política exterior o los asuntos exteriores con la base de que son precisamente “cuestiones políticas” que pueden ser solucionadas solo por las ramas políticas del Gobierno, es decir el Congreso y el Presidente. La Corte adopta este criterio en relación a los Tratados y a su jerarquía en *Ware vs. Hylton* y también en *Foster & Elam vs. Neilson*⁵⁵, en relación a una controversia internacional sobre el título de parte del Territorio de Luisiana.

La abstención judicial relacionada con estas cuestiones, presenta sin embargo algunas controversias. Por un lado la Constitución no establece poderes expresos para el mismo en asuntos exteriores, pero los poderes generales sobre asuntos exteriores distribuidos entre el Ejecutivo y el Legislativo si bien están enumerados presentan vaguedades y contradicciones. Debido a la naturaleza emocional de la guerra, a la ausencia del Poder Judicial de herramientas para ser aplicadas en la política externa y su dependencia en el ejecutivo para cumplir las decisiones, el respeto es la única avenida que la Corte puede tomar. Por otro lado esta la cuestión de si ese respeto o deferencia al Ejecutivo es una abdicación de las responsabilidades constitucionales del Poder Judicial, pues el Artículo III Sección 2 establece la responsabilidad del mismo para la revisión de los casos bajo las leyes y Tratados de los Estados Unidos.

Si bien entonces, no hay evidencia en la Constitución que sus redactores considerasen los asuntos exteriores como privilegiados y por encima de las salvaguardas establecidas para la separación de poderes, la Corte ha considerado cuestiones políticas y se ha auto limitado en las relacionadas con la soberanía, ya sea de Estados Unidos o de otro país; los límites y la autoridad territorial; la determinación de la neutralidad, la existencia de paz y guerra, la duración de una ocupación militar; el reconocimiento de la independencia o de la beligerancia de un Estado o de un Gobierno; el reconocimiento de la inmunidad diplomática; la situación de o el status de los extranjeros y la validez o quiebre de un Tratado.

La otra cara esta autolimitación es la existencia de la legislación que aumenta la autoridad del Ejecutivo para manejar los asuntos exteriores. Las Cortes han utilizado la llamada “*necessary and proper clause*”⁵⁶ para aumentar el ámbito de esos poderes. Conocida como la *clausula elástica* la misma ha sido interpretada ampliamente por la Corte comenzando con el Caso *McCulloch v. Maryland*⁵⁷ para dar considerable espectro de discrecionalidad en las formas en que el gobierno Federal utiliza sus poderes explícitos. Asimismo en *Missouri v. Holland*,⁵⁸ establece que la mencionada clausula podía justificar la supremacía de los Tratados Internacionales

El respeto o la abstención judicial también fue controversial en otros casos, como Harisiades

⁵⁵ *Foster & Elam vs. Neilson* - 27 U.S. 253 (1829) En el mismo la Corte afirma que: “In the United States, a different principle is established. Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is consequently to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the Legislature whenever it operates of itself, without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the Judicial, Department, and the Legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court.” Page 27 U. S. 315

⁵⁶ Contenida en el Artículo 1, Sección 8: *The Congress shall have Power To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by the Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.*

⁵⁷ *McCulloch vs. Maryland*. 17 U.S. 316 (1819).

⁵⁸ *Missouri vs. Holland*, 252 U.S. 416 (1920.)

*vs. Shaughnessy*⁵⁹, donde la Corte recibe la apelación de un extranjero que era deportado por su membresía en el Partido Comunista, en una etapa previa de su vida. La opinión de la Corte es que la política hacia los extranjeros es un componente de las relaciones exteriores y esas materias “are so exclusively entrusted to the political branches of government as to be largely immune from judicial inquiry or interference.”⁶⁰

Muchas de estas decisiones y otras que serán analizadas son discutidas porque esa auto restricción de la Corte en materias de seguridad nacional y política exterior podían entrar en conflicto con valores constitucionales como las libertades civiles..

La cuestión política y la doctrina del *sole organ* referida al Ejecutivo en el manejo de las relaciones exteriores, fue expuesta por Marshall por primera vez, antes de *Marbury* en el discurso referido al Caso del *Jonathan Robbins* en 1801, cuando defiende la decisión del Presidente Adams de extraditar a Gran Bretaña a una persona convicta de asesinato.⁶¹

Ya desde los inicios de los Estados Unidos se observa en consecuencia, que las relaciones exteriores son el dominio por excelencia de la doctrina de la cuestión política. Si bien *Baker v.s Carr* contiene el catálogo de las condiciones de aplicación para la misma,⁶² es en *U.S. vs. Curtiss-Wright Export Corp*⁶³ donde se establece una discrecionalidad exclusiva del Presidente en la conducta de los asuntos extranjeros más allá del control de las ramas legislativas y judiciales. Debido a la naturaleza delicada en muchos casos de las cuestiones relacionadas con la política exterior y el poder exclusivo del Presidente en esa área la legislación relacionada otorga una discrecionalidad que no existe en los asuntos domésticos o internos. Así se distinguen los poderes del gobierno federal sobre asuntos exteriores y asuntos internos.

La Corte lo expresa en *U.S. vs. Curtiss-Wright Export Corp.* con claridad: “Es importante tener en consideración que esta no es una autoridad investida en el Presidente por delegación de el Legislativo, sino una autoridad plena, delicada, y exclusiva del Presidente como el único órgano del Gobierno Federal en el campo de las relaciones internacionales, un poder que no requiere para su ejercicio una Ley del Congreso, pero que por supuesto requiere para su ejercicio una subordinación a las disposiciones de la Constitución. Es evidente que si en el mantenimiento de nuestras relaciones internacionales un serio bochorno quiere ser evitado y el éxito para nuestros objetivos logrado, la legislación...en el campo internacional debe otorgarle al Presidente un ámbito de dis-

59 *Harisiades vs. Shaughnessy*. 342 U.S. 580 (1952).

60 *Harisiades vs. Shaughnessy*. 342 U.S. 580 (1952).

61 Speech of the Hon. John Marshall, Delivered in the House of Representatives, of the United States, on the Resolutions of the Hon. Edward Livingston, Relative to Thomas Nash, Alias Jonathan Robbins. “(...) Si un asesinato es cometido en los Estados Unidos, y el asesino solicita asilo en Gran Bretaña la cuestión sobre si el *casus foederis* del artículo veintisiete ha ocurrido, y que su entrega debe ser requerida es una cuestión de derecho, pero nadie diría que es una cuestión a ser decidida en las cortes (...) Porque? Pues se trata de dos Estados... *They cannot come into court to litigate their claims, nor can a court decide on them. Of consequence, the demand is not a case for judicial cognizance. The President is the sole organ of the nation in its external relations, and its sole representative with foreign nations. Of consequence, the demand of a foreign nation can only be made on him. He possesses the whole Executive power. He holds and directs the force of the nation. Of consequence, any act to be performed by the force of the nation is to be performed through him.*”

62 *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962). Este mismo principio ha sido establecido por las Cortes inglesas Así el *dictum* de Lord Atkin: “*Our State cannot speak with two voices on such a matter, the judiciary saying one thing, the Executive another*”. *The Arantzazu Mendi*, [1939] AC 256 at 264. En Estados Unidos la Corte claramente lo expresa: “*There are sweeping statement to the effect that all questions touching foreign relations are political questions.*” 369 U.S. 186, 211

63 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

crecionalidad y libertad."⁶⁴

Tras haber analizado la génesis y el ámbito de la cuestión política, se tratarán a continuación algunos casos específicos recientes donde la Corte y los Tribunales Federales han debido considerar cuestiones relacionadas con la misma

III. La cuestión Política en relación a la Terminación de los Tratados. Casos Goldwater y Kucinich.

Recientemente la Corte se enfrentó con el tema de la autoridad para la denuncia de los Tratados. El Presidente George W. Bush había decidido la terminación unilateral del Tratado ABM entre Estados Unidos y Rusia,⁶⁵ en un acto desapercibido, en gran parte por el trauma y caos que siguen al atentado del 11 de septiembre de 2001.⁶⁶

El mismo renueva la controversia de larga data sobre la autoridad constitucional para la denuncia de Tratados. El anuncio del presidente el 13 de Diciembre de 2001 de que daba el aviso previo de seis meses de acuerdo al Tratado desencadena un juicio: *Kucinich vs. Bush*,⁶⁷ donde treinta y dos miembros de la Cámara de Representantes entendían que el Presidente no podía denunciar un Tratado sin autoridad del Congreso. La Corte de Distrito Federal rechaza la acción no analizando los méritos primero por falta por falta de *locus standi* y en segundo lugar por tratarse de una cuestión política no justiciable.

La falta de interés en llegar a los méritos por parte del tribunal, muestra una tendencia preocupante en el poder judicial de eludir los asuntos de fondo que se relacionan a las relaciones exteriores, cuando se entiende que puede haber abuso del Ejecutivo y usurpación de funciones. El resultado de la abstención judicial tipificada por la invocación de la cuestión política, sería el descontrol del ejecutivo en materia de relaciones exteriores, y el peligro en tiempos de crisis ⁶⁸

Como afirma Louis Henkin: "Al considerar a una demanda como una cuestión política los Tribunales dan lugar a la percepción de que no es una cuestión constitucional y permite el avance del poder político sin el control debido que ese encuentra en el texto constitucional mismo."⁶⁹

El fundamento de *Kucinich*, es *Goldwater vs. Carter* de 1979, donde la Corte también

64 *United States vs. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

65 Entrada en Vigencia el 3 de Octubre de 1972. 23 UST 3435

66 El Artículo XV, cl.2 establece la denuncia o retirada "Each party shall, in exercising its national sovereignty, have the right to withdraw from this Treaty if it decides that extraordinary events related to the subject matter of this Treaty have jeopardized its supreme interests. It shall give notice of its decision to the other Party six months prior to withdrawal from the Treaty."

67 *Kucinich vs. Bush*, 236 F. Supp. 2d 1, 4 (D.D.C. 2002),

68 Otros casos relacionados con los poderes de guerra que también fueron desestimados como cuestión política son: *Crockett vs. Reagan*, 720 F.2d 1355 (D.C. Cir. 1983) relacionado con la intervención en El Salvador; *Dellums vs. Bush*, 752 F. Supp. 1141 (D.D.C. 1990), relacionado con la Guerra de Iraq y *Campbell vs. Clinton*, 52 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1999) relacionado con el conflicto en Yugoslavia.

69 Louis Henkin, *Foreign Affairs and the United States Constitution* (2d ed. 1996). Constitutionalism, democracy, and foreign affairs. New York: Columbia University Press. 1990 "By calling a claim a political question courts foster the perception that it is not a constitutional question and encourage the exercise of political power without regard to constitutional prescriptions and restraints."

afirmó que era una cuestión política no justiciable.⁷⁰ *Goldwater* nace de la decisión del Presidente James Carter de denunciar unilateralmente el Tratado de Defensa Mutua de 1954 con Taiwan.⁷¹ El Senador Barry Goldwater y otros miembros de la Cámara y del Senado entendían que Carter debía obtener la autorización del Congreso antes de terminar el Tratado. El Juez William Rehnquist por la mayoría entendió que el tema no podía ser resuelto por los Tribunales: “*The basic question presented by the petitioners in this case is “political” and therefore nonjusticiable because it involves the authority of the president in the conduct of our country’s foreign relations and the extent to which the Senate or the Congress is authorized to negate the action of the President....*”⁷²

La Corte en *Kucinich* abraza esta opinión como instructiva y convincente.⁷³ Sin embargo no queda claro porque la cuestión planteada en ambos casos sobre la autoridad presidencial para terminar los Tratados debe considerarse política y no justiciable. En su Opinión Disidente el Juez Brennan entendió que no se debía aplicar y que la opinión de la mayoría “*profoundly misapprehends the political-question principle as it applies to matters of foreign relations.*”⁷⁴

Si bien en *Kucinich* se otorga importancia al test del compromiso textual, en el caso no hay determinación textual o contenido que otorgue la autoridad a alguna rama del Gobierno; ya que la Constitución guarda silencio sobre quien tiene autoridad para terminar los Tratados.⁷⁵

El segundo criterio de *Baker* que es la falta de estándares de investigación manejables no es mencionado si bien se cita el fallo de Corte en *Crosby v. National Foreign Trade Council* referente a que: “*los matices de la política exterior de los Estados Unidos son más del área del Ejecutivo y del Congreso que de esta Corte.*”⁷⁶

En *Goldwater* la pregunta era clara: Decidir si el Presidente puede terminar un Tratado bajo la Constitución sin aprobación del Congreso

La respuesta no es fácil pero requiere aplicar los principios de interpretación de las disposiciones constitucionales en juego.⁷⁷ Los estándares se debían buscar en los debates de la Convención Constituyente, en la práctica histórica, y en la doctrina. El tema de quien decide es un tema de derecho constitucional y no de discreción política de allí la determinación de que rama ha ejercitado determinada conducta y si la misma es apropiada. En consecuencia solo se debería investigar la validez del acto de terminación de un Tratado con Rusia. *Baker vs. Carr* enfatizaba el poder de revisión al decir que la Corte “*no puede rechazar una cuestión denominada política cuando la controversia versa sobre si se ex-*

70 *Goldwater vs. Carter*, 444 U.S. 996 (1979)

71 6 UST 433. Denuncia el 15 de Diciembre de 1978

72 *Goldwater vs. Carter*, 444 U.S. at 1003.

73 236 F. Supp. 2d, p. 14.

74 *Goldwater vs. Carter*, 444 U.S. at 1006.

75 236 F. Supp. 2d., p. 15.

76 *Crosby v. National Foreign Trade Council*, 530 U.S. 363 (2000 “*the nuances of the foreign policy of the United States... are much more the province of the Executive Branch and Congress than of this Court*”).

77 444 U.S. at 999.

cede la autoridad constitucional”⁷⁸ La Corte misma ha analizado casos donde se encuentra abuso de poder o usurpación por parte del Congreso o el Presidente, y los mismo van desde *Marbury vs. Madison* a *Youngstown Sheet and Tube Co. vs. Sawyer*.⁷⁹ En *Kucinich* se toma el cuarto criterio de Brennan en *Baker* “que es la imposibilidad de tomar una decisión sin expresar una falta de respeto a otras ramas del Gobierno.” como base para invocar la cuestión política. Ahora el respeto a una rama no significa abstenerse del ejercicio de la función judicial de revisión.

La Corte no causa un quiebre social si determina que el presidente o el Congreso han transgredido los límites constitucionales. Si así fuera no hubiera intervenido en *Youngstown* o en *United States vs. Nixon*.⁸⁰ Como el mismo Marshall dijo en *Marbury*: “¿to what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained?”⁸¹ Basándose en *Baker vs Carr* 82 en *Goldwater* el Juez Powell afirmó que: “it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance....” This case “touches” foreign relations, but the question presented to us concerns only the constitutional division of power between Congress and the President.⁸³

El respeto al Presidente no impide que la Corte examine la validez constitucional de sus actos, si así fuera no habría protección contra un Presidente errático o peligroso. De allí el *impeachment* como prueba de que la República no puede ser rehén de un Ejecutivo que usurpa. Porque llegar a ese extremo si es posible un remedio más modesto, la revisión judicial para saber si el Presidente usurpa sus poderes constitucionales.

La Corte debe resolver conflictos de competencia y este era *el tema decidendi*. Cualquier riesgo de falta de respeto a la Presidencia, quedaba superada por la necesidad de defender y mantener la integridad de la Constitución. Así lo entendió el Juez William O. Douglas cuando afirmó que “It is far more important to be respectful to the Constitution than to a coordinate branch of the government.”⁸⁴

En el fallo también se estimó que había una necesidad de adhesión a una decisión política ya tomada que era la quinta proposición de Brennan en *Baker vs. Carr*. Se enfatiza la incertidumbre que podría surgir de una decisión judicial que fuera desfavorable al anuncio del Presidente Bush de terminar el Tratado El mismo Juez afirma que: “Foreign governments must be able to rely upon the pronouncements of the United States regarding its treaties.”⁸⁵ Si la Corte considerase que la acción del Presidente era inconstitucional se produciría el daño que Brennan predijo, es decir peligro de situaciones embarazosas por múltiples pronunciamientos de diferentes departamentos gubernamentales.

78 369 U.S., 217.

79 *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer* 343 U.S. 579 (1952)

80 *United States vs. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974)

81 *Marbury vs. Madison* 1 Cranch 176 (1803).

82 *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186 (1962)

83 Citando a *Baker vs. Carr*, 369 U.S., 21

84 *Massachusetts vs. Laird*, 400 U.S. 886, 894 (1970), Opinion Disidente de el Juez Douglas.

85 236 F. Supp. 2d, 16.

¿Que casos deben producir una adhesión incuestionable, mas allá quizás de una declaración de guerra? Si la Corte afirmaba que la terminación del Tratado era inconstitucional sin la participación del Senado, podía correr el riesgo de su sentencia no fuera cumplida.

Esta es una cuestión peligrosa en un Estado constitucional, ya que si las decisiones de la Corte Suprema no se obedecen, se afectaría el Estado de Derecho y los basamentos del constitucionalismo.

Al comienzo de la historia norteamericana se le planteó esa cuestión a Marshall en relación a que no había forma de obligar a que los Estados Unidos pagasen las costas; pero el respondió que: “*that would make no difference, because we are to presume that they would pay them, if bound by the law so to do.*”⁸⁶

El resultado de un rechazo presidencial a una decisión de la Suprema Corte es dudoso. Puede haber apoyo pero también repulsa, o inclusive un proceso *de impeachment* por contravenir la ley. Eso no debe impedir que la Corte haga una determinación judicial de los temas legales y constitucionales. La advertencia del Juez Bates del potencial embarazo de que se produciría en el caso de múltiples pronunciamientos por parte de diferentes departamentos del Gobierno en el caso de la terminación de un Tratado, lleva a la conclusión de que se disminuiría en grado sumo el control judicial.

Brennan quizás tuviera en mente en *Baker vs. Carr*, a *Luther vs. Borden*.⁸⁷ En el mismo se le pidió a la Corte que decidiera cual gobierno era legítimo en el Estado de Rhode Island. El Juez Taney estableció que al apoyar al Gobernador estaba reconociendo al Gobierno como legítimo y su decisión era obligatoria ante las cortes. Sin embargo entendió que era una medida provisoria y temporal, ya que el Congreso tendría la voz final sobre el tema. Este si sería un ejemplo donde podrían intervenir cinco cuerpos: el Ejecutivo, ambas Cámaras, los tribunales federales, y los estatales. Aquí sí estaba latente la posibilidad que todos pudieran realizar pronunciamientos diversos sobre lo que constituye una forma republicana de Gobierno.⁸⁸

Ni en *Kucinich* ni en *Goldwater* se presentaba una situación así, ya que en ellos solo el Presidente había actuado.

En consecuencia tratar la terminación de un Tratado como una cuestión política ignora la tarea de interpretación judicial y si hay sospechas de usurpación de poder, es allí donde la Corte debe llegar al fondo de la cuestión.

La denominación de relaciones exteriores o actos relacionados a esta como políticos, engendra la percepción de que la conducta en las relaciones exteriores esta mas allá del control constitucional. Sin embargo no hay nada en la arquitectura normativa de la Constitución que apoye eso, ya que los que la redactaron aplicaron el principio de la separación de poderes y el sistema de pesos y balances a la formulación el manejo y la

86 *United States vs. Hooe*, 3 Cranch 73, 90 (1805). En el Caso *Worcester vs. Georgia*, 6 Pet. 515 (1832), Marshall condena a Georgia a pesar de una amenaza del Presidente Andrew Jackson de que no se cumpliría la decisión del Tribunal,

87 *Luther vs. Borden*, 48 U.S. 1 (1849), 7 How.1 (1849).

88 *Luther vs. Borden* 40-44.

conducta en las relaciones exteriores. Cuando los Tribunales se rehusan a decidir este tipo de cuestiones de usurpación del Ejecutivo sobre el Legislativo, abdican de su función, lo cual puede producir un Poder Ejecutivo desbocado.

La violación de una ley o de la Constitución, y su consideración como cuestión política no justiciable no es excusa para que el Presidente no cumpla el deber de ejecutar las leyes. Es esta la llamada *Take Care Clause*: “*the clear demand for the president to “take care that the laws be faithfully executed,”*”⁸⁹ No importa que sean estas leyes relacionadas con asuntos internos o externos.

Hay evidencia asimismo que la arquitectura constitucional entiende que aunque no haya una determinación textual de la autoridad para terminar los Tratados, el poder es el mismo que el *treaty making power*, es decir el Presidente y el Senado.

Esto va en línea con las ideas de la Convención Constituyente que buscaba formas de decisión colectiva, y el miedo de los delegados de un poder ejecutivo unilateral en la formulación y conducta o manejo de la política exterior americana.⁹⁰ Si bien la Convención no discute el tema de la terminación de los Tratados, quizás sea porque asumieron el principio de la construcción simétrica, que significa que cuando un poder es dado para crear el acto, se le es dado para terminarlo. Esta posición fue adoptada por John Jay y por James Madison en El Federalista N° 64. En este último Jay escribe que “*They who make treaties may alter or cancel them.*”⁹¹ La referencia de Madison entre el poder de aprobar y el de terminar los Tratados, y que solo la simetría hubiera satisfecho los intereses regionales de los Estados que querían una voz igual en referencia a los tratados. Sin ello los Estados más pequeños no hubieran aceptado la Constitución. Así los intereses de los Estados del Sur a través del *treaty making power* provocaron arduas discusiones. Es por eso que es inconcebible que hubieran dejado la puerta abierta a una terminación de Tratado que sacrificara sus intereses.

Como explica John Jay en el Federalista N° 64: “*los mecanismos envueltos en la creación y la terminación de Tratados son análogos.*”⁹²

Hay asimismo precedentes judiciales al respecto, como *The Amiable Isabella*,⁹³ el primer pronunciamiento referido a la terminación de los Tratados donde el Juez Joseph Story establece que: “*Las obligaciones de un Tratado no pueden ser modificadas o variadas sino a través de las mismas formalidades con que fueron introducidas,...*”⁹⁴ Asimismo en *Techt v. Hughes* (1920), el entonces Juez de Apelaciones de la Corte de Nueva York Benjamin Cardozo, afirmó que: “*El Presidente y el Senado pueden denunciar un Tratado y así terminar su existencia.*”⁹⁵

89 US Constitution. Article II, Section 3

90 Bien lo explica Alexander Hamilton en el Federalista N° 75: cuando dice: “*The history of human virtue does not warrant that exalted opinion of human nature which would make it wise in a nation to commit interests of so delicate and momentous a kind, as those which concern its intercourse with the rest of the world, to the sole disposal of a magistrate created and circumstanced as would be President of the United States*”. Federalist No. 64, 421

91

92 Federalist No. 64, 421

93 *The Amiable Isabella* - 19 U.S. 1 (1821)

94 *The Amiable Isabella* 9 U.S. (6 Wheat.) 1, 75 (1821).

95 *Techt vs. Hughes* 229 N.Y. 222, 243, Cert.denied, 254 U.S. 643 (1942).

En conclusión este caso trataba de una simple cuestión que es si el Presidente podía terminar o abrogar un Tratado sin la aprobación del Congreso. La reticencia de la Corte en llegar a el merito de la cuestión, y su caracterización como una cuestión política reflejan una peligrosa tendencia a negarse a ejercitar el poder de revisión para controlar la usurpación de poder por el Ejecutivo.

IV. Reconocimiento de Estados. El Caso Zivotofsky.

Otro caso reciente de importancia vinculado a la cuestión política y las relaciones exteriores es *M.B.Z vs. Clinton*. En el mismo la Corte afirma que: la doctrina de la cuestión política no impide a las Cortes decidir si el § 214(d) de la *Foreign Relations Authorization Act*, que permite que los ciudadanos de los Estados Unidos nacidos en Jerusalén soliciten que en sus pasaportes se declare Israel, sea intrusivo de los poderes del Presidente bajo la Constitución.⁹⁶ Los hechos se relacionan con una ley del año 2002, que requería que el Departamento de Estado colocara Israel como el lugar de nacimiento en el pasaporte de un ciudadano americano nacido en Jerusalén. Hasta ese momento el Departamento de Estado había evitado el dilema designando solo Jerusalén, y no Israel o Palestina como lugar de nacimiento de los ciudadanos americanos nacidos allí. M.B.Z era nacido en Jerusalén de padres americanos en 2002, y los mismos solicitan al Departamento de Estado que coloque Israel. Este se niega a pesar de la orden del Congreso en contrario. Cuando los padres van a Corte de Apelaciones del Circuito D.C, se rechaza la demanda diciendo que era una cuestión política no justiciable y que los jueces no tienen autoridad para modificar los dictados del Poder Ejecutivo referentes a la política exterior con respecto a si Jerusalén era o no parte de Israel.

Los padres se dirigen a la Corte Suprema que toma el caso, pero esta agrega una segunda cuestión a revisar: que es la de si el Congreso al redactar esa Ley, no estaba inmiscuyéndose en los poderes del Ejecutivo referidos al reconocimiento de Estados. Así como el Poder Judicial no puede inmiscuirse en la política exterior, tampoco lo puede hacer en ciertas áreas el Legislativo. En el corazón de esta cuestión esta si la Constitución le asigna al Presidente la decisión exclusiva de como reconocer a Jerusalén en los pasaportes, invocando la doctrina de *Baker vs. Carr*, que limita a la Corte con respecto a actos discrecionales que están textualmente encomendados a las ramas políticas. Con esta afirmación el demandante no está de acuerdo ya que entendía que el poder de reconocimiento de Estados extranjeros era un deber ceremonial asignado al Presidente solo por razones prácticas. El demandante asimismo se basaba en el precedente de Taiwan para rechazar la alegación de las consecuencias o impacto en la política exterior. En 1994 el Presidente Clinton había ordenado al Secretario de Estado que autorizara a los ciudadanos americanos nacidos en Taiwan a que lo coloquen como el lugar de nacimiento en vez de China. La modificación no afectó las relaciones internacionales como el Departamento de Estado predijo. Sin embargo en esa situación no se llega a un litigio. Por eso la Corte se muestra cuidadosa y decide no adivinar las determinaciones del Ejecutivo en la política exterior. *M.B. Z. vs Clinton* es el primer caso donde aparece un conflicto entre una ley del Congreso y la autoridad presidencial para reconocer a un gobierno o a un Estado.

⁹⁶ N° 10-699 US. *Menachem Binyamin Zivotofsky, By His Parents and Guardians, Ari Z. and Naomi Siegman Zivotofsky, Petitioner vs, Hillary Rodham Clinton*.

De acuerdo al criterio que estableciera el Juez Jackson en su opinión en *Youngstown*,⁹⁷ en este caso el poder Presidencial se encuentra en su nivel mas bajo lo cual significa que el Ejecutivo solo puede prevalecer si el poder es exclusivo. El Solicitor General quien representa al Gobierno Federal ante la Corte Suptrema entiende que el Artículo II § 3, de la Constitucion al establecer que el Presidente “shall receive Ambassadors and other Public Ministers”, crea un poder pleno y exclusivo, no como en otras situaciones donde la iniciativa es del Presidente, pero el Congreso puede modificar la decision por ley: por ejemplo los llamados *Executive Agreements*.

Detras de este caso había claramente mucho más que un simple contenido de pasaporte, ya que se relacionaba con la politica norteamericana del Medio Oriente.

¿Puede el Presidente unilateralmente reconocer un Estado Palestino con fronteras internacionales definidas? ¿Puede el Congreso modificar esa decision?

La posición del Gobierno de que el Ejectivo tiene poder pleno constitucional para definir el contenido del pasaporte podría ser considerada errónea ya que estos temas están determinados por ley y el Congreso definir su contenido. El Ejecutivo entiende que la determinación del lugar de nacimiento puede ofender a los enemigos de Israel y de allí se convierta una cuestión politica, tampoco seria plenamente valido ya que el Congreso ha legislado sobre terrorismo Islamico así como en que términos se reconoce a algunos Gobiernos extranjeros, por ejemplo la China Comunista.⁹⁸

*Sin embargo es jurisprudencia firme que los objetivos de politica exterior y el reconocimiento de nuevos gobiernos no son custiones justiciables y deben ser decididas por las ramas politicas y asi lo afirmó la Corte en United States vs. Pink.*⁹⁹

En consecuencia la declaraciones en un pasaporte que conciernen el lugar de nacimiento de la persona son declaraciones oficiales sobre el el *status* soberano de el lugar de nacimiento Declarar Jerusalem como parte de Israel o Palestina es formular una declaracion de quien tiene la soberania sobre esa ciudad, y decir que Jerusalem es Jerusalem es abstenerse de una controversia, y debe entenderse que la Seccion 214 se inmiscuye en los poderes plenos del Presidente.¹⁰⁰

V. La Responsabilidad de los Contratistas del Gobierno en Conflictos Armados y la Cuestión Política.

Es conveniente a continuación analizar la serie de casos donde se invoca la cuestión

⁹⁷ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)

⁹⁸ “Foreign Policy Roles of the President and Congress,” <http://fpc.state.gov/6172.htm>, at p. 6.

⁹⁹ *United States vs. Pink*, 315 U.S. 203 (1942). En el mismo se establece la supremacía del Ejecutivo Federal en materia de relaciones exteriores. En este caso relacionado con un acuerdo entre Estados Unidos y la Union Sovietica el llamado Acuerdo Litvinov. La Corte entendió que la acción realizada por el Estado de Nueva York, “amounted in substance to a rejection of a part of the policy underlying recognition by this nation of Soviet Russia. Such power is not accorded to a State in our constitutional system... No state can rewrite our foreign policy to conform to its own domestic policies. Power over external affairs is not shared by the States; it is vested in the national government exclusively.” The court ruled that rights to the property in question passed from the Soviet Government to the United States under the Litvinov Assignment.

¹⁰⁰ *Zivotofsky vs. Secretary of State*, 571 F.3d 1227, 387 U.S. App. D.C. 144 (D.C. Cir. 2009) 2009 BL 148501

política en relación a contratistas privados que han participado en los conflictos de Afganistán e Iraq.¹⁰¹

La doctrina de las cuestiones políticas, como ya se ha visto ha estado sujeta a variadas interpretaciones y ha sido aplicada inconsistentemente, generando en muchos casos más confusión que claridad.¹⁰² Ha habido periodos inclusive donde se dudó de su existencia.¹⁰³

Su confusa aplicación en los casos de los contratistas relacionados en esta instancia con la responsabilidad por daños lo demuestra. En estos casos son los contratistas privados los que oponen la excepción ya que el Gobierno no es parte.

La pregunta es entonces si la cuestión política se aplica o no a estos casos de responsabilidad por actos de contratistas privados en los conflictos de Iraq y Afganistán

En que ámbito o extensión y bajo que circunstancias la conducta de los contratistas militares implica el tipo de acción gubernamental que Marshall tenía en mente es una cuestión de importancia.

En *Oetjen vs. Cent. Leather Co.*, ya se había establecido que “the conduct of the foreign relations of our government is committed by the Constitution to the Executive and Legislative—the political—Departments of the Government, and the propriety of what may be done in the exercise of this political power is not subject to judicial inquiry or decision.”¹⁰⁴ Al hacerlo sin embargo el Tribunal no define con claridad los parámetros de que es la conducta gubernamental, ni por supuesto la totalidad de los casos que entran en esa clasificación.

En 1950 al considerar las limitaciones de revision judicial de actos del Ejecutivo en el despliegue de acciones militares en *Johnson vs. Eisentrager*, dio un poco más de claridad a la conducta gubernamental, afirmando que “certainly it is not the function of the Judiciary to entertain private litigation—even by a citizen—which challenges the legality, the wisdom, the propriety of the Commander-in-Chief in sending our armed forces abroad or to any particular region.”¹⁰⁵

101 *Ibrahim vs. Titan & CACI (Ibrahim I)*, 391 F. Supp. 2d 10 (D.D.C.2005); *Saleh vs. Titan & CACI*, 436 F. Supp. 2d 55 (D.D.C. 2006); *Al-Quraishi vs. Nakhla*, 8:08-cv-01696-PJM (D. Md. June 30, 2008) (PACER); *Al-Shimari vs. CACI*, 1:08-cv-00827-GBL-JFA *Al-Quraishi*, 8:08-cv-01696-PJM (PACER); *Al-Shimari*, 1:08-cv-00827-GBL-JFA (PACER); *Saleh*, 436 F. Supp. 2d 55; *Ibrahim I*, 391 F. Supp. 2d 10; *Smith*, 2006WL 2521326; *Fischer*, 454 F. Supp. 2d 637; *Lane*, 2006 WL 2396249; *Smith-Idol*, 2006 WL2927685; *Woodson*, 2006 WL 2796228; *McMahon*, 502F.3d 1331; *Harris*, 2:08-cv-00563(PACER); *Bucklin*, 4:07-cv01522 (PACER); *Carmichael I*, 450 F. Supp. 2d 1373; *Lessin*, 2006 WL3940556; *Potts*, 465 F. Supp. 2d 1245; *Whitaker*, 444 F. Supp. 2d 1277; y *Webster*, 4:05-cv-03030

102 El Juez Brennan autor de la Opinión seminal en *Baker vs. Carr* reconoce este caos al afirmar que “the political question doctrine was comprised of “attributes which, in various settings, diverge, combine, appear, and disappear in seeming disorderliness.” 369 U.S. 186, 210 (1962).

103 Louis Henkin, *Is There a Political Question Doctrine?*, 85 YALE L.J. 597 (1976); Linda Sandstrom Simard, *Standing Alone: Do We Still Need a Political Question Doctrine?*, 100 DICK. L. REV. 303 (1996). Donde se reconoce las dificultades al afirmar que “there is no workable definition of characteristics that distinguish political questions from justiciable questions, and the doctrine is more amenable to description by infinite itemization than by generalization”.

104 *Oetjen vs. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918) “la conducta de nuestras relaciones exteriores está encomendada por la Constitución a el Ejecutivo y al Legislativo – los departamentos políticos del Gobierno y sus acciones no pueden estar sujetas a revisión judicial.”

105 *Johnson vs. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

En *Baker vs. Carr*, sin embargo apartándose de *Oetjen*¹⁰⁶ y *Eisentrager*¹⁰⁷ la Corte entiende que los asuntos de política exterior pueden ser revisados: “*it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance.*”¹⁰⁸

El problema es que *Baker vs Carr* no era un caso de la Corte que estuviese vinculado con las relaciones exteriores. En consecuencia se deberá analizar otros casos que si tienen relación con la función militar.

V. i. Gilligan vs Morgan: La Cuestión Política aplicada a las Funciones Militares.

Martin vs. Mott,¹⁰⁹ es uno de los primeros casos donde la Corte entiende que el Presidente, actuando bajo autoridad del Congreso, tenía poderes exclusivos y no revisables para determinar cuando se debía convocar a las milicias.¹¹⁰

Sin embargo es *Gilligan vs. Morgan* quien mejor ilustra los problemas relacionados con las cuestiones militares.¹¹¹ El caso surge de un incidente en la Universidad de Kent, cuando los miembros de la Guardia Nacional de Ohio hirieron y mataron a varios estudiantes en 1970.¹¹² La Corte en *Gilligan* revé una cuestión relacionada con las decisiones de índole militar de la Guardia Nacional de Ohio. Rechaza la demanda y cita la opinión del Juez Caltabreda en la decisión de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito¹¹³ que explicó que: el *test* de Baker no permite la revisión judicial del entrenamiento y equipamiento de la Guardia Nacional: Basado en esta decisión pareciera ser que otorga una guía en los parámetros y limitaciones a la revisión judicial de actividades militares.¹¹⁴ Sin embargo otra interpretación de *Gilligan*, sugerida por la Corte en un caso posterior, con-

106 *Oetjen, vs. Central Leather Co.* 246 U.S. at 297

107 *Johnson vs. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

108 *Baker vs. Carr* 369 U.S. 211.

109 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827). Es este uno de los casos fundamentales definiendo los poderes militares del Presidente, donde la Corte Suprema revoca decisiones de Cortes estatales y el Juez Joseph Story declaró que el Presidente había actuado de acuerdo al Artículo I Sección 8, al convocar a las milicias y regularlas. El Presidente como Comandante en Jefe tenía la autoridad para determinar estas exigencias. *Martin vs. Mott* fue un precedente que utilizaría Abraham Lincoln en los inicios de la Guerra de Secesión, y el primer caso de una larga serie definiendo y aumentando los poderes militares del Ejecutivo.

110 *Martin vs. Mott* 48 U.S.44.

111 *Gilligan vs. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973)

112 *Gilligan vs Morgan* 413 U.S. 11(1973)

113 *Gilligan vs. Morgan*. 8. “I believe that the congressional and executive authority to prescribe and regulate the training and weaponry of the National Guard, as set forth above, clearly precludes any form of judicial regulation of the same matters. I can envision no form of judicial relief which, if directed at the training and weaponry of the National Guard, would not involve a serious conflict with a “coordinate political department; . . . a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving the question; . . . the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; . . . the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the for federal courts to assume its demise. . .” Any such relief, whether it prescribed standards of training and weaponry or simply ordered compliance with the standards set by Congress and/or the Executive, would necessarily draw the courts into a nonjusticiable political question.”

114 *Gilligan vs. Morgan* 10-11 En las propias palabras de la Corte “The complex, subtle, and professional decisions as to the composition, training, equipping, and control of a military force are essentially professional military judgments, subject always to civilian control of the Legislative and Executive Branches. The ultimate responsibility for these decisions is appropriately vested in branches of the government which are periodically subject to electoral accountability. It is this power of oversight and control of military force by elected representatives and officials which underlies our entire constitutional system; the majority opinion of the Court of Appeals failed to give appropriate weight to this separation of powers.” Id. at 10-11

vierte en un factor determinante si los demandantes solicitaban resarcimiento de daños materiales por conductas pasadas.¹¹⁵ En *Gilligan* la Corte afirmó que: “*This is not a case in which damages are sought for injuries sustained during the tragic occurrence at Kent State. Nor is it an action seeking a restraining order against some specified and imminently threatened unlawful action. Rather, it is a broad call on judicial power to assume continuing regulatory jurisdiction over the activities of the Ohio National Guard.*”

En *Scheuer* se trataba solamente de una demanda monetaria, pero en un escenario que implicaba a los militares.¹¹⁶ Una Corte que distingue entre medidas cautelares y de daños monetarios, como se establece en *Gilligan* y *Scheuer*, estaría analizando casos e infiriendo tendencias para determinar la aplicación de la doctrina de la cuestión política.¹¹⁷

Esta dicotomía entre las formas de remedio a daños, solo nos demuestra la dificultad de encontrar un patrón claro de análisis en los casos relacionados con las actividades o funciones militares.

Las mismas dificultades vuelven a surgir en casos relacionados con contratistas militares en Afganistan e Iraq, donde se observa que se expande la aplicación de la doctrina a los contratistas en el campo de batalla, o en escenarios similares al mismo.

Las decisiones a analizar en consecuencia son dispares, además de tener poca claridad y consistencia; sin contar con el silencio del Gobierno que aumenta la incertidumbre al respecto.

V. ii. Demandas a Interrogadores e Intérpretes. Casos Saleh e Ibrahim.

Saleh e Ibrahim, se relacionan con las demandas realizadas por ex detenidos iraquíes contra interrogadores e intérpretes contratados,¹¹⁸ que en su defensa han invocado la cuestión política.¹¹⁹ Los demandantes alegaban que dos contratistas gubernamentales CACI, que proveía interrogadores, y Titan intérpretes torturaron ilegalmente a los demandantes detenidos en Iraq.¹²⁰ La importancia del caso no radica en el análisis que hicieron las Cortes de la cuestión política, sino precisamente en el que no realizaron, al no considerar que la interrogación de prisioneros sea una función que únicamente el Gobierno puede realizar de acuerdo a la obligación textual establecida en los *tests* de *Baker*.¹²¹ Ambos casos son emblemáticos de la creciente dificultad en la aplicación de la doctrina a los contratistas en tiempos de guerra.

115 *Scheuer vs. Rhodes* - 416 U.S. 232 (1974)

116 *Scheuer vs. Rhodes*, 416 U.S. 232 (1974), desestimada posteriormente por *Harlow vs. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982). En este se afirma que: “*government officials performing discretionary functions generally are shielded from liability for civil damages insofar as their conduct does not violate “clearly established” statutory or constitutional rights of which a reasonable person would have known.*” . 457 U.S. 815-819.

117 *Baker vs. Carr* 369 U.S. 211 (1962).

118 Casos similares son: *Al-Shimari vs. CACI*, No. No. 08-0827, 2009 U.S. Dist. LEXIS 29995, (E.D.Va. Mar. 18, 2009) and *Al-Quraishi vs. Nakhla*, 8:08-cv-01696-PJM (D. Md. June 30, 2008) (PACER).

119 *Saleh vs. Titan & CACI*, 436 F. Supp. 2d 55 (D.D.C. 2006); *Ibrahim vs. Titan & CACI* (Ibrahim I), 391 F. Supp. 2d 10 (D.D.C. 2005).

120 *Saleh*, 436 F. Supp. 2d 55; *Ibrahim I*, 391 F. Supp. 2d 10.

121

Las cortes están llamadas a decidir y evaluar los intereses del Gobierno Federal. En este caso la inteligencia militar derivada de interrogatorios en el campo de batalla y los conflictos con esos intereses.

En diferentes instancias el sistema judicial rechaza las demandas de *Saleh* y de *Ibrahim*.¹²² El análisis utilizado por las Cortes de Distrito al rechazar el caso contra los intérpretes pero no contra los interrogadores es interesante. Se determina que “the treatment of prisoners during wartime undoubtedly implicates uniquely federal interests.”¹²³ En términos de los parámetros de Baker, la función de intérprete no se relacionaría tan estrechamente con la función ejecutiva. Siendo que la interrogación de enemigos sospechosos en tiempos de guerra es una función propia del Ejecutivo, sin embargo se contrata a una entidad no gubernamental. Si es una función gubernamental, el uso de contratados para interrogar viola las disposiciones que establecen que “the gathering and analysis” of tactical intelligence is considered “an inherently governmental function barred from private sector performance.”¹²⁴ En el año 2003 la Oficina de Gerencia y Presupuesto de la Casa Blanca (OMB) establece que todas las agencias gubernamentales realizarán esas actividades con personal gubernamental.¹²⁵ Asimismo en el 2004 el Ejército reconoce que el uso de interrogadores contratados violaba las determinaciones y la política establecida en el año 2000.¹²⁶ Eventualmente el Congreso también toma posición sobre el tema en la *National Defense Authorization Act* del 2009 que prohibía el uso de los mismos en zonas de combate.¹²⁷ Pero esto lleva a que la Oficina Ejecutiva del Presidente declare que: “The Administration strongly objects to requirements that would prevent the Department of Defense from conducting lawful interrogations in the most effective manner by restricting the process solely to government personnel; in some cases, a contract interrogator may possess the best combination of skills to obtain the needed information. Such a provision would unduly limit the United States ability to obtain intelligence needed to protect Americans from attack”. El Congreso posteriormente decide enmendar la NDAA y modificó la disposición que

122 La Corte de Distrito rechaza las reclamaciones contra los intérpretes en base a las excepciones de la *Federal Claims Torts Act*. *Ibrahim vs. Titan*, 556 F. Supp. 2d 1 (D. D.C. 2007). Entendió que los intérpretes, y no los interrogadores estaban bajo el control del Gobierno. Esto es problemático, ya que son los interrogadores los que estaban en un contacto, inclusive físico más cercano con los detenidos y la interrogación es una función inherentemente gubernamental. Finalmente la Corte de Apelaciones de el Circuito DC confirma el rechazo de las reclamaciones contra los intérpretes y rechaza a la Corte de Distrito eximiendo también de reclamos a los interrogadores. *Saleh vs. Titan Corp.*, 580F.3d 1 (D.C. Cir. 2009).

123 La palabra “tratamiento” se aplicaría más los interrogadores de CACI que los intérpretes de Titan. *Ibrahim I*, 391 F. Supp. 2d. at 18.

124 Memorandum from the Assistant Secretary for the Army for Manpower and Reserve Affairs to the Deputy Chief of Staff for the Army for Intelligence (Dec. 26, 2000), available at http://projects.publicintegrity.org/docs/wow/25-d_Intelligence.pdf (el mismo establece que: “at the tactical level, the intelligence function under the operational control of the Army performed by military in the operating forces is an inherently Governmental function barred from private sector performance.” and “gathering and analysis of tactical intelligence...requires the exercise of substantial discretion in applying Government authority because intelligence at the tactical level is integral to the application of combat power by the sovereign authority.”).

125 Executive Office of the President, Office of Management and Budget, CIRCULAR NO. A-76 (Revised) (May 29, 2003). Joel Brinkley, *The Reach of War: Intelligence Collection; Army Policy Bars Interrogations by Private Contractors*, N.Y. TIMES, June 12, 2004, <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9E0DE3D81230F931A25755C0A9629C8B63&sec=&spn=&pagewanted=all>.

126 While not revoking the 2000 policy determination, Army officials in Iraq claimed that they “retain the right to make exceptions” and that “in light of 9/11 and the war on terror, the world is a different place than it was when that was written in 2000.”

127 S. 3001, 110th Cong. § 1036 (2008) (as reported by the S. Comm. On Armed Services, May 12, 2008); H.R. 5658 § 1077, 110th Cong.

prohibía el uso de interrogadores contratados”¹²⁸

Las declaraciones del Ejército de que la interrogación de prisioneros es una función inherentemente gubernamental serían favorable a que se considerase a los interrogadores como con derecho a invocar la cuestión política y considerada como un *textal commitment* de acuerdo a *Baker* de que la interrogación es una función del Ejecutivo. Que el Ejército después viole sus propias reglas e intervenga el Congreso solo refuerza la aplicación de la doctrina, y los interrogadores podrían aducir que si la Justicia opina donde ya ha opinado el Ejecutivo y el Legislativo, constituiría “una falta de respeto a otras ramas del Gobierno.”¹²⁹ Asimismo las Cortes no podrían tomar el tema de los interrogadores cuando el Ejecutivo ya había afirmado algo (y hecho otro) y el Congreso se había expresado. Esto también violaría el test de *Baker* referido a múltiples pronunciamientos por varios departamentos sobre una misma cuestión. “

La Corte Suprema rechaza el caso *Saleh vs Titan Corporation* con el argumento de la doctrina de la “*battlefield preemption*.” El mismo establece que “*During wartime, where a private service contractor is integrated into combatant activities over which the military retains command authority, a tort claim for damages arising out of the contractor’s engagement in such activities shall be preempted.*”¹³⁰

V. iii. Ataques de Insurgentes.

La aplicación de la doctrina de la cuestión política a contratistas en tiempos de guerra también se da en casos de ataques en Iraq y Afganistan.

En estos casos reaparecen las inconsistencias y son *Fischer, Lane, y Smith-Idol* de los tribunales federales de Texas los cuales presentan contenidos divergentes en relación a la aplicación de la doctrina a demandas de empleados contratados, originadas en ataques de insurgentes.¹³¹

Los demandantes eran choferes de camiones que trabajaban para *KBR, Kellogg Brown & Root* en Iraq, y que fueron heridos o muertos por insurgentes en acciones contra los convoyes logísticos en Abril del 2004.¹³²

KBR operaba los convoyes de acuerdo a un contrato con el Ejército, referido a la

128 National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2009, PUB. L. NO. 100-417 § 1057(2008). The sense of Congress is titled “Interrogation of Detainees by Contractor Personnel” and states that: It is the sense of Congress that— (1) the interrogation of enemy prisoners of war, civilian internees, retained persons, other detainees, terrorists, and criminals when captured, transferred, confined, or detained during or in the aftermath of hostilities is an inherently governmental function and cannot appropriately be transferred to private sector contractors

129 *Baker vs Carr*, 369 U.S. at 217 (1962).

130 Cert. denied 131 S. Ct. 3055 (2011)

131 Al nivel de Cortes de Distrito están los Casos *Fischer vs. Halliburton*, 454 F. Supp. 2d 637 (S.D. Tex. 2005); *Lane vs. Halliburton*, No. H-06-1971, 2006 WL 2396249 (S.D. Tex. Sept. 26, 2006); y *Smith-Idol vs. Halliburton*, No. H-06-1168, 2006 WL 2927685 (S.D. Tex. Oct. 11, 2006). En las Cortes de Apelaciones *Lane vs. Halliburton (Lane Appeal)*, 529 F.3d 548 (5th Cir. 2008), *Woodson vs. Halliburton*, No. H-06-2107 2006 WL 2796228 (S.D. Tex. Sept. 28, 2006) En todos los casos se rechaza por aplicación de la cuestión política

132 *Fischer vs. Halliburton*, 454 F. Supp. 2d 637 (S.D. Tex. 2005); *Lane vs. Halliburton*, No. 06-1971, 2006 WL 2396249 (S.D. Tex. Sept. 26, 2006); *Smith-Idol vs. Halliburton*, No. 06-1168, 2006 WL 2927685 (S.D. Tex. Oct. 11, 2006).

provisión de servicios de apoyo a las operaciones militares en Iraq.¹³³ Los demandantes reclamaron que en la etapa de contratación la empresa actuó con dolo al no informar intencionalmente de los peligros que había en Iraq.¹³⁴ Al mismo tiempo se afirmó que la corporación KBR tenía el control sobre los tiempos y modos relacionados con las rutas de convoyes; y al actuar en forma negligente su conducta fue causante de las heridas y decesos ocurridos.¹³⁵

Los demandados responden rechazando las reclamaciones, y entre otras defensas, se menciona la doctrina de la cuestión política. KBR afirma que era el Ejército y no la empresa quien controlaba el despliegue y protección de los convoyes. Asimismo las decisiones que la empresa tomaba estaban tan interrelacionadas con las del Ejército que la Corte no tenía jurisdicción, de acuerdo a la doctrina de la cuestión política.¹³⁶ Por su parte los demandantes entendían que la cuestión política no se aplicaba porque la demanda “*involves claims by civilians, not military personnel, questions KBR’s actions as civilian contractors, not the Army’s execution of a mission.*” and alleged that KBR, not the Army, directed the convoys in question, “*making inquiry into military decisions and rules of engagement unnecessary.*”¹³⁷

La Corte de Distrito rechaza los tres casos en base a razones vinculadas en la cuestión política ya que la naturaleza de la acción se ceñía a tres de los parámetros de *Baker vs. Carr*.¹³⁸ *Baker* también requiere una determinación sobre la posibilidad que la cuestión política surja a lo largo del juicio y no solamente si es evidente al inicio de la demanda.

133 *Fisher vs. Halliburton* 454 F. Supp. 2d 638.

134 *Id.* 639; *Lane*, 2006 WL 2396249, 1; *Smith-Idol*, 2006 WL 2927685, 1.

135 *Fisher*, 454 F. Supp. 2d at 639

136 KBR argumenta que: *The Complaint necessarily raises issues regarding the conduct of military operations during armed conflict that are committed to the discretion of the political branches of government. Further, no judicially manageable standards exist to evaluate the propriety of the issues here, including: whether the military adequately considered security concerns and supply needs when it planned, scheduled, and deployed the fuel supply convoy; whether it assigned force protection sufficient to deal with potential threats along the convoy route it selected; whether it properly evaluated the level of threats present on that route; and whether it properly trained, prepared, and equipped the military personnel providing force protection to the convoy.* Motion to Dismiss 36, *Lane vs. Halliburton*, No. H-06-1971 (S.D. Tex. Sept. 26, 2006); Motion to Dismiss 29-30, *Smith-Idol vs. Halliburton*, No. H-06-1168 (S.D. Tex. Oct. 11, 2006).

137 *Fisher*, 454 F. Supp. 2d 641. Los demandantes argumentaron que en el contrato se establecía que KBR “manejaría y dirigiría sus propios convoyes.” 642. Asimismo adjuntaron una publicación del Ejército intitulada “*Contractors on the Battlefield*” para apoyar la proposición de que los comandantes militares no tenían control directo sobre los contratistas o sus empleados.” 642

138 *Id.* 639-44. De acuerdo al primer test de *Baker* el llamado *textual commitment* a una rama del Gobierno, estimó que “no podía juzgar un caso en un campo de batalla durante tiempos de guerra sin una intrusión no permitida en los poderes expresamente conferidos al Ejecutivo por la Constitución.” La Corte también considera aplicable el segundo test de *Baker*, que es la ausencia de estándares manejables de investigación. Si bien los demandantes entendían que el foco del juicio era en las acciones de KBR y no del Ejército, la Corte entendió que debía examinar ambas y la función judicial carecía de estándares para esa tarea. Entendí que intentar resolver la cuestión era igual a examinar las políticas del Ejecutivo en tiempos de guerra y no lo haría. Cita también el caso *Occidental of Umm Al Qaywayn v. Certain Cargo of Petroleum (Occidental)*, 577 F.2d 1196, 1202 (5th Cir. 1978)). En el mismo se afirma entre otros considerandos, algunos de los cuales otorgan una visión hobbesiana de las relaciones internacionales que: “*The issue of sovereignty is political not only for its impact on the executive branch, but also because judicial or manageable standards are lacking for its determination. To decide the ownership of the concession area it would be necessary to decide (1) the sovereignty of Abu Musa, (2) the proper territorial water limit and (3) the proper allocation of continental shelf. A judicial resolution of the dispute over Abu Musa between Iran and Sharjah is clearly impossible. In their external relations, sovereigns are bound by no law; they are like our ancestors before the recognition or imposition of the social contract. A prerequisite of law is a recognized superior authority whether delegated from below or imposed from above where there is no recognized authority, there is no law. Because no law exists binding these sovereigns and allocating rights and liabilities, no method exists to judicially resolve their disagreements. The ownership of the island, and derivatively its waters, has long been the subject of dispute. Were we to resolve this dispute we would not only usurp the executive power, but also intrude the judicial power beyond its philosophical limits.*”

Así “even if KBR had authority to deploy or recall convoys, the court would still need to determine whether the Army could or should have countermanded that order.”¹³⁹ El Tribunal en consecuencia, estimó que debería reemplazar el criterio del Ejército por el suyo propio para aceptar la demanda.¹⁴⁰

Los demandantes apelaron a la Corte del Quinto Circuito e intentaron enmarcar la demanda como un caso de daños de un civil empleado por un contratista privado que proveía servicios logísticos no militares en Iraq. En consecuencia si bien el conflicto en Iraq tenía tonos políticos; el mismo no obstaba a que la cuestión pudiera ser juzgada.

KBR alega en la Apelación que “si esos casos fueran adjudicados requeriría que la Corte de Distrito conjeturase sobre las políticas militares de los Estados Unidos y las decisiones relacionadas con las apelaciones y estas estarían prohibidas en consecuencia por la doctrina de la cuestión política”¹⁴¹

Los reclamos deben ser analizados como van a ser juzgados y no como son presentados, por ello la Corte de Apelaciones reconoció que las reclamaciones estaban establecidas con el trasfondo de las acciones militares de los Estados Unidos en Iraq, y comprendidos en una de las áreas tradicionales de aplicación de la doctrina de la cuestión política, que es la de impedir la revisión de decisiones realizadas por el Ejecutivo en tiempos de guerra. Pero afirmó asimismo que los tiempos en que todas las cuestiones relacionadas con las relaciones exteriores eran consideradas políticas ya habían pasado, y citó a *Baker* entendiendo que: “it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance”.

La Corte de Apelaciones no estuvo de acuerdo con el Tribunal inferior en la aplicación de los parámetros de *Baker* y de acuerdo a el Quinto Circuito “el primer test de *Baker* se refiere a acciones de del Gobierno Federal. De allí que es KBR quien debe probar que la decisión estaba hecha en base a las directrices militares y que además la misma no está sujeta a revisión.”

El Tribunal fue más benigno al análisis de la Corte de Distrito con el segundo parámetro de *Baker*, que es la falta de estándares manejables por el Poder Judicial.¹⁴² Entendió que este test era el más importante y crítico en *Lane* “porque al menos algunas de las consideraciones deberían llevar al análisis de que es considerado una protección adecuada a los convoyes.”¹⁴³ La Corte de Distrito deberá ajustar los criterios de responsabilidad por daños a un ambiente no hospitalario o peligroso que era donde KBR operaba pero que eso no era algo sujeto a no revisión¹⁴⁴ Se debería en consecuencia juzgar las políticas y acciones de

139 Id. 643. La Corte agrega que la evidencia demostraba que el Ejército era parte integral en las decisiones de desplegar y proteger los convoyes.

140 Appellants’ Brief 2, *Lane vs. Halliburton*, 529 F.3d 548 (5th Cir. 2008) (No. 06-087483. Id. La Corte hizo una lista de los ejemplos de las áreas que entendía que existiría una intromisión sustituyendo su juicio por el del Ejército y esas áreas serían: “what intelligence the Army gave to KBR about the route, whether that intelligence was sufficient, what forces were deployed with the convoys, whether they were sufficient, and whether they performed properly.”

141 Appellees’ Brief 1, *Lane vs. Halliburton*, 529 F.3d 548

142 *Lane*, 529 F.3d 556.

143 *Lane*, 529 F.3d 556.

144 Id. 563 refiriéndose a *McMahon*, 502 F.3d 1363-64).

KBR y no del Ejército.¹⁴⁵ La aplicación de los criterios tradicionales de la responsabilidad por daños permitió así que el Tribunal lo analice sin confrontar una cuestión política, y en consecuencia se podía atender las reclamaciones.¹⁴⁶

En definitiva en relación a los ataques de insurgentes a los convoyes, los mismos no resultaron en el Caso *Lane* en la aplicación de la doctrina de la cuestión política.¹⁴⁷

Las Cortes son más proclives a desestimar una demanda si entienden que el Ejército está al control de las acciones de los contratistas relevantes al caso de daños. El resultado dependerá si se analiza en forma macro al referirse a la toma de decisiones de los asuntos externos y a los poderes de Comandante en Jefe del Ejecutivo en lo relacionado con la invasión a Iraq. Al otro lado del espectro en el nivel micro de la toma de decisiones, la investigación se enfoca en si el Gobierno o el contratista controla el movimiento logístico del convoy de un punto a otro de un determinado recorrido y en que condiciones el mismo se realiza.

V. iv. Accidentes en Convoyes y Aeroplanos.

En *Whitaker*¹⁴⁸ y *Carmichael*,¹⁴⁹ las cortes de Distrito de Georgia entendieron que la doctrina de la cuestión política impedía analizar el nivel militar de control sobre las operaciones de convoyes en Iraq. Sin embargo en ninguna de las decisiones las cortes vinculan el control militar a la causa del accidente ni en forma próxima ni remota. No queda claro que decisiones militares estaban tan inextricablemente unidas al caso que impedían la revisión.

En *Whitaker*, un soldado norteamericano muere en Iraq en Abril del 2004 escoltando un convoy logístico de *KBR*, debido a una colisión entre camiones.¹⁵⁰ Sus padres inician la demanda entendiendo que había estándares para la revisión. En la contestación *KBR* entiende que la demanda debe ser rechazada en base a la cuestión política.¹⁵¹ La U.S. District Court for the Middle District of Georgia le otorga la razón a *KBR* entendiendo que la operación de convoy fue planeada por los militares, que determinaban la ubicación de los vehículos en el convoy, así como la velocidad y la distancia entre los mismos.¹⁵²

La Corte entendió que si bien no estaban relacionadas con actividad insurgente las maniobras eran diferentes a las de conducir en una autopista de los Estados Unidos: "the

145 *Lane v. Halliburton (Lane Appeal)*, 529 F.3d 548, 563 (5th Cir. 2008)

146 *Lane Appeal*, 529 F.3d 556

147 En *Smith v. Halliburton*, No. H-06-0462, 2006 WL 2521326 (S.D. Tex. Aug. 30, 2006) se entendió que la doctrina de la cuestión política prevenía que la Corte analizase un caso presentado por familiares de un empleado de *KBR* que muere cuando un suicida armado con una bomba se hace estallar en un comedor dentro de una base militar en Iraq. La Corte determina que es el Ejército y no *KBR* quien es responsable por la seguridad y por la protección. Si la demanda continuara la Corte debería conjeturar las decisiones del Ejército de los Estados Unidos si bien o en forma aparente pareciera que solo contra los contratistas militares.

148 *Whitaker v. KBR*, 444 F. Supp. 2d 1277 (M.D. Ga. 2006)

149 *Carmichael v. KBR (Carmichael I)*, 450 F. Supp. 2d 1373 (N.D. Ala. 2006), *aff'd*, *Carmichael v. KBR (Carmichael Appeal)*, 572 F.3d 1271 (9th Cir. 2009).

150 *Carmichael Appeal*, 572 F.3d at 1278.

151 *Whitaker v. KBR*, 444 F. Supp. 2d 1277 (M.D. Ga. 2006).

152 . *Id.* at 1282.

*question here is not just what a reasonable driver would do—it is what a reasonable driver in a combat zone, subject to military regulations and orders, would do.*¹⁵³ El rechazo de la Corte, sin embargo, no profundiza porque las circunstancias eran diferentes de una colisión común; ni trató porque la sujeción de Whitaker a las reglas militares y órdenes se vinculaban al accidente.

En Mayo de año 2004 el Sargento Keith Carmichael actuaba como escolta militar y pasajero en un vehículo de la KBR en Iraq cuando el conductor pierde el control del vehículo que termina en un barranco.¹⁵⁴ Carmichael sufre graves heridas y su esposa demanda a la compañía.¹⁵⁵ La District Court for the Northern District of Georgia inicialmente no acepta la desestimación de la demanda por razones de cuestión política manifestando su desacuerdo con el Caso *Whitaker*.¹⁵⁶ Sin embargo tras más de dos años de análisis, la rechaza en términos similares al caso anterior. Si bien la demanda presenta evidencia de que el convoy no era una operación de combate y que cada conductor tenía discreción en cuanto a la ruta y velocidad,¹⁵⁷ cedió al argumento de que KBR que el apoyo a las operaciones sería cuestionado si se seguía este razonamiento, y se avanzaba con la demanda.¹⁵⁸ Cuando el Tribunal originariamente rechaza la moción de KBR su investigación se enfoca en las acciones del empleado que conducía el vehículo donde se hallaba Carmichael.¹⁵⁹ La Corte declara que *“it is conceivable that at the time of the accident the contractor employee was driving the truck within the speed limit set by the military yet in a manner that was negligent in some other respect.”*¹⁶⁰ Pero luego cambia su posición sin explicar que decisiones militares y el hecho de que el accidente ocurriera en Iraq la hacían diferente para influenciar los elementos de la responsabilidad.¹⁶¹ La apelación también finaliza con resultado negativo.¹⁶²

En cambio en *Potts*, donde las circunstancias de combate sí juegan un rol en el accidente, el Tribunal entiende que la doctrina de la cuestión política no se aplica. Potts trabajaba para *Worldwide Network Services Inc.*, e inicia una demanda contra *DynCorp*, por heridas sufridas a consecuencia de un accidente de tránsito como pasajero de un chofer de esa corporación en Iraq.¹⁶³ Conduciendo a alta velocidad el chofer quiso evitar un

153 La Corte de Distrito asemejó el análisis de la cuestión política en *Whitaker* a una demanda hecha por marineros turcos después que misiles disparados desde un crucero norteamericano durante un ejercicio de entrenamiento, los hirieran. Al igual que en *Whitaker*, el tribunal entendió que no había estándares manejables, y que la decisión sobre el fondo requeriría que la Corte tomase decisiones que eran propias del área de discrecionalidad militar, así como que decidir el caso sería una falta de respeto a las ramas políticas del Gobierno. *Id.* 1280-81 (citando a *Aktepe vs. United States*, 105 F.3d1400, 1403 (11th Cir. 1997))

154 *Carmichael I*, 450 F. Supp. 2d at 1374.

155 *Carmichael I*, 450 F. Supp. 2d at 1374.

156 *Carmichael I* 1377. En su declaración inicial la Corte afirma que respetuosamente disenta y no seguiría la decisión de *Whitaker*.

157 *Carmichael vs. KBR (Carmichael II)*, 564 F.Supp.2d 1363 (North.District. Georgia. 2008).

158 *Carmichael* 1368.

159 *Carmichael*. 1376.

160 *Carmichael* 1376

161 La Corte de el Onceavo Circuito también es imprecisa. Ninguno de los Tribunales vincula las condiciones de la ruta a los accidentes, y no existía actividad insurgente. En cambio la Corte discute sobre *“difficult military conditions” which required delicately calibrated decisions based on military judgment, experience, and intelligence-gathering.*

162 *Carmichael Appeal*, 572 F.3d 1271,1278, 1285 (9th Cir. 2009).

163 *Potts v. DynCorp Int'l*, 465 F. Supp. 2d 1245 (M.D. Ala. 2006). 1248. *DynCorp* operaba en Iraq en el marco de un contrato

obstáculo, pensando que podía ser una bomba (*IED*). 164A consecuencia de la maniobra el vehículo vuelca y se incendia, lesionando gravemente a Potts.¹⁶⁵ La Corte rechaza la moción de cuestión política entendiendo que el caso se refería a un “*contrato civil que proveía seguridad no militar a personal no militar para el propósito de entregar material no militar.*”¹⁶⁶ En consecuencia se podía establecer la negligencia aún en situaciones de servicios en una zona de combate, y existiendo estándares judiciales manejables.¹⁶⁷ En este caso había una vinculación entre la responsabilidad por daño y las operaciones militares que era el *IED*. En esta situación que había posibilidad de aplicar la doctrina de la cuestión política, el Tribunal no lo hizo.

No todos los Tribunales sin embargo, han tomado decisiones tan controversiales o laberínticas, al aplicar la doctrina de las cuestiones políticas a contratistas en tiempos de guerra. En *Lessin*¹⁶⁸ y *Mc Mahon*¹⁶⁹ una Corte de Distrito y una de Apelaciones dan ejemplos de cómo resolver las cuestiones políticas con más rigor intelectual y claridad.

Lessin se refiere a un soldado norteamericano herido mientras proveía escolta militar a un convoy logístico de *KBR* en Iraq.¹⁷⁰ Cuando inicia la demanda a *KBR*, esta responde que la misma debe rechazarse basada en la cuestión política.¹⁷¹ La Corte no estuvo de acuerdo entendiendo que no *KBR* no aporta pruebas que las decisiones o políticas militares estaban vinculadas al accidente, el cual era o debía ser considerado un accidente de tránsito con un vehículo cuidado negligentemente.¹⁷²

En forma similar el Onceavo Circuito en *Carmichael* distingue entre la aserción del demandado de que se trata de una cuestión política y los reclamos del demandante junto a la evidencia presentada.¹⁷³ *Mc Mahon* se relaciona con un avión de un contratista que se estrella contra la ladera de una montaña en Afganistan, en Noviembre del 2004. En el accidente fallecen todos los ocupantes, incluyendo a tres miembros de las fuerzas armadas estadounidenses.¹⁷⁴ Familiares de los soldados demandan a *Presidential Airways*. La aerolínea invoca la cuestión política entendiendo que estas cuestiones eran decisiones militares y determinaciones de valor que constitucionalmente deben ser resueltas por las ramas políticas.¹⁷⁵ La Corte de Distrito deniega la moción y *Presidential* apela en forma

relacionado con el Proyecto del Gobierno de Estados Unidos “Oil for food”

164 *Improvised Explosive Device*.

165 *Potts*, 465 F. Supp. 2d 1248.

166 *Potts*. 1250

167 *Potts*. 1253.

168 *Lessin vs. KBR*, No. H-05-01853, 2006 WL 3940556 (S.D. Tex. June 12, 2006).

169 *McMahon vs. Presidential Airways*, 502 F.3d 1331 (9th Cir. 2007). El mismo Tribunal que decide en *McMahon* es el que decide en *Carmichael* Ambos se refieren a colisiones: en *McMahon* un avión que se estrella en Afganistán y *Carmichael* un vehículo en Iraq sin un aparente nexo a operaciones militares. En *McMahon* se establece que la doctrina de la cuestión política no se aplica y en *Carmichael* si se aplica

170 *Lessin*, 2006 WL 3940556, at *1.

171 *Lessin*, *2. *KBR* entendió que se aplicaban al caso los cuatro primeros parámetros de Baker.

172 *Lessin*, Id. La Corte reconoció, no obstante, que si las cuestiones de estrategia militar, toma de decisiones u ordenes están relacionadas con una reclamación, la cuestión política esta implicada y el caso es inapropiado a revisión judicial.

173 *McMahon vs. Presidential Airways*, 502 F.3d 1331 (9th Cir. 2007)

174 *McMahon vs. Presidential Airways* 1336.

175 Motion to Dismiss 19, *McMahon v. Presidential Airways*, No. 05-1002, (M.D. Fla. Dec. 15, 2005). *were this lawsuit to pro-*

interlocutoria a la Corte del Onceavo Circuito.¹⁷⁶ Este tribunal tampoco acepta los argumentos de la empresa aérea afirmando que: “los militares eligieron el itinerario es decir los puntos de despegue y aterrizaje y el tiempo u horario de vuelo, y era evidente que los demandantes en sus alegaciones no se referían a ninguna de estas áreas de discrecionalidad y responsabilidad militar.”¹⁷⁷ Asimismo entiende que “volar sobre Afganistan en tiempos de guerra es diferentes que sobre Kansas pero eso no convierte al pleito en no justiciable.”¹⁷⁸ En la opinión del Tribunal en este caso como en cualquier otro de responsabilidad por daños referidos a un accidente aéreo la corte deberá determinar si las acciones se tomaron o no con negligencia.¹⁷⁹

V. v. El Rol del Gobierno en las Acciones Judiciales contra los Contratistas.

Debe destacarse una cuestión de importancia, como es la ausencia del Gobierno en estos casos. La misma complica la situación, pues se trata de accidentes donde las defensas presentadas se relacionan con la conducta del Ejecutivo en dos guerras complejas, con mucha más participación de contratistas privados que en cualquier conflicto anterior.

Desde el Siglo XVII no han existido dos guerras con tanto apoyo de actores militares privados. A consecuencia de ello, las firmas de contratistas están inmersas en las tareas de intervención, mantenimiento de paz, y ocupación.

Las razones de esta situación son varias; abarcan desde la reducción de las fuerzas armadas en áreas logísticas, una mayor sofisticación de sistemas de armas, y el intento de ganar eficiencia a través de la privatización. A pesar de la creciente importancia de estos casos, el Gobierno ha estado ausente en los litigios sobre responsabilidad por daños. El hecho de que el Ejecutivo no intervenga no es óbice para que el Tribunal aplique la doctrina de la cuestión política.¹⁸⁰ Pero se plantea la cuestión de que puede inferir un Tribunal del silencio del Ejecutivo cuando el contratista está planteando la cuestión como política.

Para responder a esta cuestión, debe analizarse la cuestión política más allá de estos casos. El Noveno Circuito entendió que el silencio era un factor neutral,¹⁸¹ mientras que

ceed, [the district court] would inevitably be asked to resolve a number of military ‘policy choices and value determinations,’ such as why the DoD specified, among other things, the aircraft type, the aircraft equipment, and the pilot qualifications and approved executive branch, including military decision-making and the conduct of military operations.

176 *McMahon v. Presidential Airways* 1336

177 *McMahon v. Presidential Airways*. at 1360.

178 Id.1364. La Corte modifica la caracterización de la relevancia de Afganistan a la colisión en *MacMahon*. En el Caso *Carmichael* el Onceavo Circuito se refiere al vuelo como un vuelo mas o menos de rutina y el hecho de que se estrella en Afganistan es incidental. *Carmichael Appeal*, 572 F.3d 1271, 1290-91 (9th Cir.2009). La Corte establece que las actividades militares en Afganistan no estaban relacionadas con el accidente, mientras que la operación de convoyes para entregar combustible en *Carmichael* era central a los propósitos militares. Id. 1291. Si bien entregar combustible es importante el avión en *McMahon* transportaba tres miembros de las Fuerzas Armadas. *McMahon I*, 502 F.3d at 1336

179 *McMahon I*, 502 F.3d 1364 (9th Cir. 2007).

180 *U.S. vs. Muñoz-Flores*, 495 U.S. 385, 394 1990. Afirmando que la identidad de las partes es inmaterial para la aplicación de la doctrina de la cuestión política en un caso.

181 *Alperin vs. Vatican Bank*, 410 F.3d 532, 556 (9th Cir. 2005). En el caso *Assicurazioni Generali S.p.A. Holocaust Insurance Litigation*, 340 F. Supp 2d 494, 506 (S.D.N.Y. 2004) se establece que “the Government’s decision to intervene, or not, in a particular case relating to foreign affairs, and what form its intervention should take were it to do so, is informed by a variety of intricate

el Tercer y Onceavo Circuito consideraron que los Tribunales pueden inferir del silencio del Gobierno en casos relacionados con la cuestión política.¹⁸² El Noveno Circuito en *Alperin vs. Vatican Bank* consideró una demanda contra el Banco Vaticano que surgía de una reclamación originada en la Segunda Guerra Mundial.¹⁸³ La Corte afirmó que “la cuestión política en muchas oportunidades acecha en las sombras y no se menciona directamente.”¹⁸⁴ En consecuencia la misma impidió que se procediera con parte de la demanda.¹⁸⁵ El Gobierno no informa al Tribunal si se debe aplicar la cuestión política en *Alperin*, de allí no queda claro si el silencio es una objeción, un asentimiento, o una simple indiferencia a la cuestión. En el mejor de los casos se lo considera algo neutral.¹⁸⁶

En una decisión del Tercer Circuito, *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative* la cuestión se refería a una fundación que requería fondos para pagar al resarcimiento de víctimas del nazismo.¹⁸⁷ Los Estados Unidos no eran parte en el litigio y en su correspondencia con la Corte se estableció que no tenía posición sobre la justiciabilidad del caso.¹⁸⁸ El Tercer Circuito hizo notar que los Estados Unidos podrían haber intervenido peticionando para participar en los procedimientos como *amicus curiae*, y entendió que la cuestión política no se aplicaba en parte, “porque el Ejecutivo ha declinado tomar una posición formal en la justiciabilidad de este caso.”¹⁸⁹

Mc Mahon es aun mas instructivo ya que el Onceavo Circito entiende que: “notamos que los Estados Unidos, hasta este punto no han intervenido en el caso a pesar de la invitación a hacerlo. La aparente falta de interés de los Estados Unidos refuerza la conclusion de que el presente caso no resulta una cuestión política.”¹⁹⁰

La ausencia del Gobierno en casos vinculados con la cuestión política, es más evidente cuando se los compara con la intervención en aquellos relacionados con otra doctrina vinculada a la no justiciabilidad, que es la doctrina del Acto de Estado.¹⁹¹ En estos el

diplomatic and political consideration that make this sort of inferential reasoning by a courts a perilous enterprise”.

182 *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative*, 456 F.3d 363 (3rd Cir. 2006); *McMahon vs. Presidential Airways*, 502 F.3d 1331 (9th Cir. 2007). La Corte de Apelaciones del Circuito D.C., discutió el tema de que el Gobierno no intervino en *Saleh*, pero no en relación a la cuestión política. *Saleh vs. Titan Corp.*, 580 F.3d 1, 10 (D.C.Cir. 2009).

183 *Alperin vs. Vatican Bank* 410 F.3d 556

184 *Alperin vs. Vatican Bank* 538.

185 *Alperin vs. Vatican Bank* 1d. 537.

186 *Alperin vs. Vatican Bank* 556

187 *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative* 456 F.3d 363.

188 *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative* 384-95

189 *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative* 363. El Tercer Circuito revierte la decisión del tribunal inferior por el cual la doctrina de la cuestión política se aplicaba.

190 *McMahon vs. Presidential Airways*, 502 F.3d 1331, 1365 (9th Cir. 2007). Esto sugiere que la opinión del Tribunal requiere no solo el silencio del Gobierno, sino el silencio posterior a una invitación expresa a comentar o participar.

191 *Bernstein vs. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatshcappij*, 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954) As a matter of general interest, the Department publishes herewith a copy of a letter of April 13, 1949 from Jack B. Tate, Acting Legal Advisor, Department of State, to the Attorneys for the plaintiff in Civil Action No. 31-555 in the United States District Court for the Southern District of New York. The letter repeats this Government's opposition to forcible acts of dispossession of a discriminatory and confiscatory nature practiced by the Germans on the countries or peoples subject to their controls; states that it is this Government's policy to undo the forced transfers and restitute identifiable property to the victims of Nazi persecution wrongfully deprived of such property; and sets forth that the policy of the Executive, with respect to claims asserted in the United States for restitution of such property, is to relieve American courts from any restraint upon the exercise of their jurisdiction to pass upon the validity of the acts of Nazi officials.

Gobierno desarrolló la llamada *Bernstein Letter* o *Tate Letter*, por la cual el Departamento de Estado informa a la Corte si el Ejecutivo entiende que es de aplicación la doctrina del Acto de Estado al caso pendiente de decisión en el Tribunal.¹⁹²

¿Porque el Gobierno no ha hecho saber su opinión en los casos de los contratistas cuando estos han invocado la cuestión política? Una de las razones puede ser que si el Gobierno expresase su opinión sobre las mismas estaría favoreciendo a una de las partes en el litigio, y en casos donde miembros de los servicios armados demandan a los contratistas el Gobierno desea evitar intervenir. También presentaría problemas para el Gobierno sobre todos en los casos donde se han alegado torturas como en los de los interrogadores e interpretes en Abu Ghraib ya que se estaría violando dos Tratados Internacionales de importancia¹⁹³.

En definitiva la falta de intervención del Gobierno ha jugado un rol de importancia en la aplicación inconsistente de la doctrina de la cuestión política. Eventualmente uno de los casos que llega a la Suprema Corte también es rechazado.¹⁹⁴

La aplicación en estos casos se dificulta por las dos guerras; Iraq y Afganistan, sumado al aumento de contratistas privados en tareas que antes eran estrictamente gubernamentales. En esta tarea ni los jueces ni la doctrina han dado respuestas claras y nuevos casos se sumarán.¹⁹⁵ El Gobierno deberá en consecuencia tomar una posición sobre los contratistas y los tribunales darle un significado diferente a los términos guerra u operaciones militares, ya que varios de los casos analizados poco tenían que ver con condiciones actuales de combate.

VI. El Tratamiento de la Cuestión Política en relación a la Alien Tort Claims Act.

El *Alien Tort Statute* o *Alien Tort Claims Act* es un instrumento jurisdiccional que trata sobre violaciones al derecho internacional, y fue adoptado en 1789 como parte de la *Judiciary Act* original.¹⁹⁶ El mismo también precisa del análisis de criterios relacionados de la cuestión política ya que establece que: "*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty*

192 *Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij*, 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954)

193 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment or Punishment, art. 14(1), Dec. 10, 1984, 1465 U.N.T.S. 85, 113; S. Treaty Doc. No. 100-20 (1988); 23 I.L.M. 1027 (1984) (requiring "that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation"); International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171; S. Exec. Doc. E, 95-2 (1978); S. Treaty Doc. 95-20, 61 I.L.M. 368 (1967) (requiring "that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity").

194 *Saleh vs. Titan Corp.*, 131 S. Ct. 3055 (2011)

195 *Harris vs. KBR*, No. 08-0563 (W.D. Penn. Apr. 22, 2008), Esta demanda fue presentada por los padres del Sargente Ryan Maseth de las Fuerzas Especiales que fue electrocutado mientras se duchaba en una instalación mantenida por KBR. En Agosto del 2013 va a Apelación a la Corte del Tercer Circuito. *Cheryl Harris Co-Administratrix of the Estate of Ryan D. Maseth, deceased; Douglas Maseth; Co-Administrator of the Estate of Ryan D. Maseth, deceased, Appellants vs. Kellogg Brown & Root Services Inc.* No. 12-3204. Decided: August 1, 2013 Esta decisión envía el Caso nuevamente a la Corte de Distrito para que averigüe que ley estatal se aplica, ya que de la misma resultará si la cuestión es justiciable o no. Ver el Caso completo en: <http://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1640692.html>

196 28 U.S.C. 1350

of the United States.¹⁹⁷

Es una norma que se invocó en los albores de los Estados Unidos y permaneció prácticamente inmóvil hasta 1980. Desde entonces se la ha utilizado para que ciudadanos extranjeros busquen remedios legales en los Estados Unidos a violaciones por conductas cometidas fuera del territorio estadounidense.¹⁹⁸ Observando las cuestiones problemáticas que estos litigios podrían traer la Corte Suprema en el Caso *Sosa* advirtió que “attempts by federal courts to craft remedies for the violation of new norms of international law, should be undertaken, if at all, with great caution.”¹⁹⁹

En esta materia el análisis textual de la Constitución no es útil en muchos casos para los Tribunales, porque el Ejecutivo asume poderes que no están enumerados en la Constitución. Algunos clasifican estos poderes como plenarios²⁰⁰, y entienden que los mismos pueden derivarse de la Constitución extrapolando los poderes enumerados y la cláusula del Artículo II.²⁰¹ Otra teoría sigue el razonamiento de la Corte Suprema en *United States vs. Curtiss-Wright Export Corporation*, y sugiere que esos poderes no están implícitos y son extra constitucionales.²⁰²

Este punto de vista es importante porque entiende que un Tribunal que trata una investigación relativa a una cuestión política a nivel internacional debe tener en cuenta los poderes que surgen de las nociones tradicionales de soberanía, y no tratar a la Constitución como la única fuente de autoridad para la acción del Gobierno.²⁰³

En última instancia ambas teorías validan el ejercicio de poderes más allá de los enumerados en la Constitución.

La teoría de los poderes extra constitucionales entiende que la Constitución juega un rol diferente en el Derecho Internacional que en el Derecho interno. En el derecho doméstico la Constitución establece los poderes y autoriza los actos federales. Sin embargo “[t]he broad statement that the federal government can exercise no powers except those specifically enumerated in the Constitution... is categorically true only in respect of our

197 *Kadic vs. Karadzic*, 70 F.3d 232, 248-49 (2d Cir. 1995) reconociendo que los casos de *ATS* “pose special questions concerning the judiciary’s proper role when adjudication might have implications in the conduct of this nation’s foreign relations” and may “implicate sensitive matters of diplomacy”

198 *Filártiga vs. Peña-Irala*, (referente a torturas por oficiales paraguayos) 630 F.2d 876 2d Cir. 1980 *Abebe-Jira vs. Negevo*, 72 F.3d 844 (11th Cir.1996) (tortura de prisioneros etíopes); *Kadic vs. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir.1995) (torturas, violaciones y otros abusos por el líder militar serbio); *In re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467 (9th Cir.1994) (alegando torturas y otros abusos por el Ex Presidente de Filipinas); *Tel-Oren vs. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C.Cir.1984) (reclamando contra Libia por un ataque armado a un ómnibus civil en Israel); *Xuncax vs. Gramajo*, 886 F.Supp. 162 (D.Mass.1995) (abusos por las fuerzas armadas de Guatemala)

199 *Sosa vs Alvarez Machain* (03-339) 542 U.S. 692 (2004)742

200 *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 U.S. 579, 587 (1952) articulando pero no aplicando la teoría de los plenos poderes implícita en el Artículo II.

201 U.S. Constitution. Art. II, §§ 2-3, art III, § 2 delineando los poderes del Ejecutivo y del Judicial.

202 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 315-16 (1936) “The broad statement that the federal government can exercise no powers except those specifically enumerated in the Constitution, and such implied powers as are necessary and proper to carry into effect the enumerated powers, is categorically true only in respect of our internal affairs.”; Ronald Rotunda & John Nowak I *Treatise on Constitutional Law*. § 6. 1(a) (4th ed. 2010).

203 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 U.S. 315-16, 319.

internal affairs."²⁰⁴

Internacionalmente la Constitución actuaría como una ley entre las leyes que forman el Derecho Internacional para los Estados Unidos y no la única fuente de derecho.²⁰⁵ En este carácter establece los derechos soberanos de los Estados Unidos pero también limitados o no por el Derecho Internacional. En consecuencia para que un Tribunal analice la separación de poderes en un caso con tintes internacionales debe examinar la Constitución como un límite a la soberanía y no solo como la única fuente de autoridad.

Una de las formas en que la Constitución impone los límites a la autoridad de la soberanía es otorgando los poderes de revisión judicial.²⁰⁶ Específicamente el Artículo III de la Constitución le otorga los Tribunales el poder de jurisdicción sobre cuestiones que surgan de obligaciones procedentes de Tratados internacionales.²⁰⁷ El *Alien Tort Statute* legitimada por la autoridad constitucional del poder judicial y las cláusulas constitucionales referidas al mismo le otorga esa potestad para escuchar o recibir reclamos por violaciones al Derecho Internacional que presentan extranjeros.²⁰⁸

Juntos, el Artículo II y la *ATS* limitan los poderes soberanos sujetando a ciertos actos a escrutinio judicial. Para justificar esta limitación a los derechos soberanos de las naciones de esta manera la separación de poderes requerirá que una tribunal que examine una cuestión de este tipo deba investigar en primer lugar si la Constitución específicamente autoriza las acciones de las ramas políticas.²⁰⁹

Si la acción está constitucionalmente delegada al Ejecutivo o Legislativo la acción o investigación de la Corte se detiene, ya que cualquier revisión entraría en el ámbito de los otros poderes. Ahora si la Constitución no establece que esa área le pertenece a los mismos, la corte determinará de acuerdo al derecho internacional consuetudinario.

En consecuencia aparece un área discrecional compuesta por el derecho internacional y los derechos de otros Estados soberanos con la opción de no revisar esas cuestiones de acuerdo a la doctrina de la cuestión política.

Los límites de del Poder Judicial estarían establecidos aún por los parámetros de *Baker*, ya que si bien en *Sosa* no se menciona la cuestión política se establece que debe haber precaución al revisar las acciones del Ejecutivo en materia de relaciones exteriores.²¹⁰

204 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 U.S. 315-16.

205 Ved Nanda & David Pansius, 3 *Litigation of International Disputes in U.S. Courts* § 14:4 (2010).

206 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 462 (1964) En su Opinión Disidente el Juez White afirmó que el amplio mandato que la Constitución da al Poder Judicial impide la acción exclusiva del Ejecutivo en asuntos externos En el caso ya mencionado de *Japan Whaling Association*, 478 U.S. 230 se establece que las decisiones del Ejecutivo en asuntos exteriores puede estar sujetas a la interpretación del Poder Judicial en materias de Derecho Internacional.

207 U.S. Constitution. Art. III. Cl.2 Esta cláusula otorga jurisdicción en controversias con Estados extranjeros.

208 28 U.S.C. §1350; M. Anderson Berry, *Whether Foreigner or Alien: A New Look at the Original Language of the Alien Tort Statute*. 27 *Berkeley Journal International Law*. 316 (2009). En el mismo se hace notar que la jurisdicción puede estar limitada a extranjeros residentes en los Estados Unidos.

209 *Goldwater vs. Carter*, 444 U.S. 996, 998 (1979).

210 *Sosa*, 542 U.S. at 728

La Corte en *Sosa* entendió que ni el derecho internacional ni la Constitución prohibían categóricamente la revisión judicial de cuestiones internacionales.²¹¹ Pero si bien reconoce la jurisdicción, debe haber precaución y comunicación con el Ejecutivo en un análisis de caso por caso.²¹² En su conclusión la Corte rastrea la historia de la *ATS* y sus raíces en el derecho internacional.²¹³ Realizando este análisis histórico separa el Derecho Internacional en dos esferas: una dedicada a las ramas políticas y otra a las judiciales.²¹⁴ Estas esferas eran consideradas distintas en el Derecho Internacional.

Al aplicar la revisión judicial de normas internacionales en el contexto de reclamos individuales, la Corte los limita al afirmar que en los casos de *Alien Tort Claims* “there is a strong argument that federal courts should give serious weight to the Executive Branch’s view of the case’s impact on foreign policy.” Las acciones basadas en normas de Derecho Internacional podrían entrar en el área discrecional del Ejecutivo en el ámbito de las relaciones exteriores.

En consecuencia emerge un rol reducido de las Cortes federales analizando determinadas causas definidas. Esta limitación marca una mayor separación de poderes que en *Baker*, si bien tampoco convierte a las cortes en esclavas del Ejecutivo en materia de relaciones internacionales. En la práctica estas revisiones toman dos formas: la Corte del Segundo Circuito entiende que la *ATS* otorga jurisdicción y asimismo estándares judiciales manejables que no requieren determinaciones políticas, y esta posición ya lo mantenía desde *Filartiga*.²¹⁵

En *Alperin vs. Vatican Bank*, el Noveno Circuito no estuvo de acuerdo con esta simplificación de los parámetros de *Baker* y realiza un análisis que toma en cuenta todos los parámetros,²¹⁶ analizando el reclamo y su impacto en las relaciones exteriores.²¹⁷ Este criterio del Noveno Circuito enfocando el análisis de la cuestión política en la especificidad y el impacto o inmediatez de la reclamación, ha tenido seguidores.

Así se han aceptado reclamos contra corporaciones,²¹⁸ y acciones relacionadas con

211 *Sosa* 712, 714. En efecto la Corte explica que el Derecho Internacional consuetudinario permite la revisión judicial de reclamaciones individuales relacionadas a violaciones al mismo.

212 *Sosa*. 733 n.21

213 *Sosa* 714-15.

214 La Corte distingue esas esferas por el contenido, explicando que el aspecto político del Derecho Internacional se relaciona con la formación y el mantenimiento de las normas de conducta entre Estados; mientras que el aspecto judicial se relaciona con las cuestiones de conducta individual. Esta esfera eran normas regulando conductas individuales situadas fuera de los límites estatales y llevando un marcado tinte internacional.

215 *Klinghoffer vs. S.N.C. Achille Lauro*, 937 F.2d 44, 49 (2d Cir. 1991). *Kadic*, 70 F.3d at 243 (holding that “universally recognized norms of international law provide judicially discoverable and manageable standards” for adjudicating *ATS* suits and that these standards obviate any need to make “initial policy decisions reserved for nonjudicial discretion”). Con este razonamiento la corte elimina la necesidad de tener estándares y el test del *textual commitment*. Si bien *Sosa* hizo más estrecho o redujo las normas esto no impide que esas normas tengan estándares manejables para actuar en casos de *ATS*.

216 En *Alperin* se presentan reclamaciones relacionadas a la conversión de propiedad y crímenes de guerra. 551, 555. La Corte entiende que la naturaleza política de los crímenes de guerra no le niega competencia a los reclamos o reclamaciones relacionadas con la propiedad y rechaza en consecuencia las reclamaciones sobre atrocidades en la guerra. *Id.*

217 La Corte afirma que en la ausencia de políticas y frente a la falta de objeciones por el Ejecutivo hacen que no se violen los factores número cuatro y cinco de *Baker*. *Id.* at 555-56. Esto se confirma a través de la falta de interés del Departamento de Estado.

218 *Ibrahim v. Titan Corp.*, 391 F. Supp. 2d 10, 15 (D.D.C. 2005); *Al Shimari*, 657 F.Supp. 2d at 709, 724-25; *Ungaro-Benages v.*

contratistas, porque los demandados eran corporaciones privadas y las acciones de daños contra privados por daños no interfieren con la separación de poderes entre las ramas ejecutivas y judiciales.²¹⁹ Esto es similar a lo establecido en *Alperin* que analiza reclamación por reclamación y no caso por caso como en *Baker*. La acción ha sido facilitada muchas veces por el silencio del Ejecutivo. En cambio ambos Circuitos reconocen que si el Ejecutivo abandona el silencio y expresa su amonestación por la revisión judicial, el análisis de la cuestión como política resulta más complicado. De allí que las Cortes consideraran una cuestión como política en este tipo de casos si hay especificidad y urgencia en las cuestiones.²²⁰

La intervención del Ejecutivo juega siempre un rol de importancia en el rechazo de muchos casos como cuestiones políticas. Casos son rechazados de acuerdo a los tests de *Baker* normalmente se relacionan con temas donde hay una intervención directa del Ejecutivo o se ha pronunciado en forma desfavorable a la adjudicación. Lo mismo en temas de alianzas militares.²²¹ Un ejemplo claro son los casos de demandas de palestinos contra funcionarios del Gobierno de Israel, o aquellos relacionados con dictaduras en América Latina.²²²

En *Matar vs. Dichter*, el Onceavo Circuito rechaza las reclamaciones de los deman-

Dresdner Bank AG, 379 F.3d 1227, 1236 (1 1th Cir.2004) ("Federal courts adjudicate claims against foreign corporations every day and can consider the nation's foreign policy interests and international comity concerns in their decisions."); En cambio en *Industria Panificadora, S.A. v. U.S.*, 763 F. Supp. 1154, 1160-61 (D.D.C. 1991), *aff'd*, 957 F.2d 886, (D.C. Cir. 1992), *cert. denied*, 506 U.S. 908 (1992) prima la cuestión política ("While plaintiffs carefully worded their amended complaint to suggest a basis in traditional tort concepts of due care and negligence, their allegations implicate broader political questions that encompass U.S. foreign policy and military operations.").

219 *Al Shimari*, 657 F. Supp. 2d 704.

220 *Alperin*, 410 F.3d 556 "Si el Departamento de Estado hubiera expresado su opinión el hecho pesaría en evaluar en consecuencia el cuarto test de *Baker*." *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 393 F. Supp. 2d 20, 23 (D.D.C. 2005), *appeal dismissed*, 473 F.3d 345 (D.C. Cir. 2007), *cert. denied*, 128 S. Ct. 2931 (2008) ("Los Tribunales no abdican de sus responsabilidades del Artículo II por ordenes del Ejecutivo." *Sarei vs. Rio Tinto, PLC*, 487 F.3d 1193, 1207 (9th Cir. 2007) ("We are mindful of Sosa's instruction to give 'serious weight' to the views of the executive, but we cannot uphold the dismissal of this lawsuit solely on the basis of the SOI"); *Kadic*, 70 F.3d 250 ("una aserción de que la cuestión es política determinada por el Ejecutivo si bien merece una respetuosa consideración no necesariamente impide la adjudicación." *Sarei*, 487 F.3d 1206 ("Without the SOI, there would be little reason to dismiss this case on political question grounds, and therefore... the SOI must carry the primary burden of establishing a political question."); *South African*, 617 F.Supp.2d 282 (citando a *City of New York vs. Permanent Mission of India to the United States*, 446 F.3d 365, 376 n.17 (2d Cir. 2006) ("Los puntos de vista del Ejecutivo no prevalecerán si están expuestos en forma vaga y especulativa." *Sarei*, 487 F.3d 1208. I En ausencia de un SOI un Tribunal ha establecido que una ley expresando un consenso legal y codificado entre las ramas del Ejecutivo y del Legislativo tiene un valor similar y puede tener un efecto análogo en el análisis del el tribunal referido a los tres últimos tests o parámetros de *Baker*." *Al Shimari*, 657 F. Supp. 2d 713.

221 Una serie de fallos de la Suprema Corte recientes han reafirmado que el Poder Judicial debe tener el mayor respeto y consideración por el juicio de las autoridades militares en cuestiones relativas a la conducción de una guerra y reconocen que el ámbito de esa discrecionalidad es amplio. *Alperin*, 410 F. 3d 559 (citando a *Hamdi vs. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)); Pero en *Alperin*, 410F.3d 559 n.17 se dice que los Tribunales no son impotentes para revisar las acciones de las ramas políticas en tiempos de guerra Ver asimismo *Gonzalez-Vera vs. Kissinger*, 449 F.3d 1260 (Fed. Cir. 2006) donde se rechaza una reclamación sobre el apoyo de los Estados Unidos al regimen de Pinochet en Chile.

222 Estos rechazos no se limitan al Medio Oriente, sino también con América Latina, e indican que cuando se debe decidir reclamos que se relacionan con juzgar políticas relacionadas a objetivos del Ejecutivo en tiempos de guerra, el mismo será rechazado porque esos poderes están constitucionalmente delegados al Presidente, y la situación requiere adherirse a decisiones previas. Asi: *Linder vs. Portocarrero*, 963 F.2d 332, 337 11th Cir. 1992 ("broad allegations of the claims... against the defendant organizations... which comprise the entire military and political opposition in Nicaragua, are non-justiciable); *Mujica*, 381 F. Supp. 2d 1194 ("the fourth Baker factor applies to the instant case because proceeding with the Santo Domingo bombing and relations with Colombia in general."); *Gonzalez-Vera*, 449 F.3d 1264 (actions taken to place and keep President Pinochet of Chile in power "were inextricably intertwined with the underlying foreign policy decisions constitutionally committed to the political branches").

dantes por asesinatos extrajudiciales cometidos durante un bombardeo realizado por los demandados israelíes los cuales pertenecían a la policía secreta, basado en en la cuestión política.²²³ La Corte estimó que como la política israelí era una “*respuesta al terrorismo en una región altamente volátil*” no se podía negar el impacto en la delicada diplomacia del Medio Oriente.²²⁴ Al mismo tiempo el *status* de Israel como un aliado presentaba “*implicaciones de política exterior únicas*”.²²⁵ De igual forma en *Doe I vs. State of Israel*, los demandantes buscaban remedio judicial a una serie de actos violentos cometidos por el gobierno israelí, en coordinación con el gobierno de los Estados Unidos.²²⁶ La Corte del Distrito D.C., rechaza la reclamación en base a las cuestiones políticas entendiendo que el primer test de *Baker* estaba implicado.²²⁷ Adoptando el método contextual usado por el Noveno Circuito entendió que las reclamaciones no eran casos comunes de daños sino que estaban relacionados con un análisis que debería efectuar el Tribunal sobre si los actos realizadas en la Franja Occidental eran actos de genocidio o de legítima defensa.²²⁸ ***Entendiendo que esa decisión requería mas una determinación política que un análisis legal.***²²⁹

Esta serie de casos entre Israel y Palestina en el marco del *ATS* junto a otros desestimados en base a la cuestión política demuestra que el fundamento del rechazo esta en el nivel del conflicto armado y en el ejercicio directo de los poderes constitucionales del Ejecutivo. Los Tribunales en casos relacionados con *ATS* entienden que los mismo son justiciables, salvo que la adjudicación entrase en conflicto con con las competencias constitucionales del Ejecutivo o las políticas exteriores en tiempos de guerra, entendiendo guerra en un sentido amplio.²³⁰ Para eso el *SOI* (*Statement of Interest*) debe ser claro y tener evidencia que lo corrobore.²³¹ En aquellas reclamaciones que no contengan un *SOI* las Cortes analizan los primeros tres factores de *Baker*, y el impacto de la adjudicación, tratando al *ATS* como una restricción a la cuestión política y estableciendo que la § 1350 expresamente otorga standards de adjudicación y de jurisdicción a los tribunales.²³² En ausencia de un efecto negativo inmediato en claras políticas exteriores las cortes reiteran frecuentemente el entendimiento o interpretación de que “*no todos los casos relacionados con las relaciones exteriores están más allá de la revisión judicial.*”²³³

223 *Matar vs. Dichter*, 500 F. Supp. 2d 284, 293 (S.D.N.Y. 2007), *aff'd*, *Matar vs. Dichter*, 563F.3d 9 (2d Cir. 2009).

224 *Matar vs. Dichter* 295.

225 *Matar vs. Dichter* 295.

226 *Doe I vs. State of Israel*, 400 F.Supp.2d 86, 97 (D.D.C. 2005).

227 *Doe I vs. State of Israel*, 111-12. Estableciendo la naturaleza política del conflicto del conflicto (“*It is hard to conceive of an issue more quintessentially political in nature than the ongoing Israeli-Palestinian conflict, which has raged on the world stage with devastation on both sides for decades.*”).

228 *Doe I vs. State of Israel* (citando *Schneider v. Kissinger*, 310 F. Supp. 2d 251, 260 (D.D.C. 2004)).

229 *Doe I vs. State of Israel* (citando *Schneider v. Kissinger*, 310 F. Supp. 2d 251, 260 (D.D.C. 2004)).

230 United States District Court for the District of Columbia *Ali Saadalla Belhas et al vs. Moshe Ya'alon* 26 June 2006 (No. 05cv02167)

231 En algunos casos la evidencia incluye declaraciones de los Estados donde los supuestos daños ocurrieron, con variados resultados en su evaluación por los Tribunales. Ver *South African*, 617 F. Supp. 2d 277; *Lizarbe vs. Rondon*, 642 F.Supp.2d 473, 483 (D.Md. 2009), *Sarei*, 487 F.3d 1207 n.15.

232 *Kadic*, 70 F.3d at 243

233 *Baker*, 369 U.S. at 211.

Las dudas o incertidumbres sobre el estado de la cuestión política no justiciable después del Caso *Sosa* con las menciones de respeto y precaución provoca debate sobre la siempre presente cuestión de la separación de poderes. Si bien la Corte afirma en *Sosa* que atender a las reclamaciones individuales en casos de violación a las normas del Derecho Internacional es una función judicial, es verdad que en muchos casos hay concurrencia con funciones del Ejecutivo. Los que opinan distinto entienden que es este el que crea las normas del Derecho Internacional y las define.

De allí que la participación de los individuos en ese proceso lo convierte a estos casos en ejemplos de creación de política judicial. En consecuencia sostienen la importancia del Ejecutivo en establecer la cuestión política para no dar justiciabilidad a reclamos basados en el ATS.²³⁴

Otros entienden que la normativa específica del ATS permite que los Tribunales reciban reclamaciones individuales por violaciones al Derecho Internacional, ya que esto iría de acuerdo con el Artículo II y sus prerrogativas. El rol del Poder judicial así se acrecientaría con la creciente importancia del individuo como actor en el Derecho Internacional.²³⁵ Para ejercer correctamente esta función debe verse libre de cortapisas del Ejecutivo lo cual redundaría en la seguridad nacional, porque muestra a los Estados Unidos como un país que se opone a esas violaciones.

Por último hay que mencionar una práctica que ha ocurrido en los últimos años que es la llamada *extraordinary rendition*, y que por supuesto no figura en ningún Tratado.²³⁶ La Corte deberá decidir si esa acción entra en los delitos o ilícitos reconocidos, y esto podría transformarse en una cuestión política ya que sería el poder judicial y no el ejecutivo el que definiera el ámbito de una norma internacional. Pero el acto de definición será una determinación de política de la Corte y bajo el tercer test de *Baker* sería una cuestión no justiciable.

Debe mencionarse, finalmente, que a pesar de tantas discusiones al respecto, los fallos más recientes demuestran que la ATS no está siendo aceptada.

En *Doe vs. Exxon Mobil Corp* se afirma que "... *there is no indication that the ATS was passed to make the United States a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms*. En el mismo se cita un antiguo fallo y la opinión del Juez Story, "*No nation has ever yet pretended to be the custos morum of the whole world*. . ."²³⁷

Se entiende que otorgar ese derecho o acción hubiera generado más conflictos en vez de prevenirlos, y la experiencia así lo demuestra.²³⁸ Aceptar esto sería implicar que otros Estados aplicando el Derecho Internacional podrían llevar a ciudadanos nortea-

234 Lisa Rudikoff Price: Banishing the Specter of Judicial Foreign Policymaking: A Competence-Based Approach to the Political Question Doctrine, 38 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 323 (2006).

235 Andrew M. Scoble, Comment, Enforcing the Customary International Law of Human Rights in Federal Court, 74 California Law Review Pages 127, 132 (1986).

236 La misma consiste en la abducción forzada de supuestos terroristas en países extranjeros, pero en colaboración informal con los servicios de inteligencia, o las autoridades de ese país.

237 *United States vs. The La Jeune Eugenie*, 26 F. Cas. 832, 847 (No. 15,551) (CC. Mass. 1822).

238 *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 654 F. 3d 11, 77-78 (CADDC 2011) (Kavanaugh, J., dissenting in part) (con un listado de las objeciones a la aplicación extraterritorial de la ATS por Canadá, Alemania, Indonesia, Papua New Guinea, Sud África, Suiza y el Reino Unido.)

americanos a sus tribunales por violaciones a los preceptos del *jus gentium* ya sea que ocurrieran en los Estados Unidos, o en otras partes del mundo. Esta presunción contra la extraterritorialidad protege frente a que tribunales de Estados Unidos tomen decisiones que generarían serias consecuencias en el ámbito de las relaciones exteriores y entrega la decisión de las mismas a las ramas políticas. En consecuencia se concluye que la presunción contra la extraterritorialidad se aplica a la *ATS* y que nada en esta ley refuta esa presunción. Esta corriente se ha afirmado en *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*,²³⁹ donde se demanda a la empresa multinacional por torturas ocurridas en Nigeria entre 1992 y 1995. Se rechaza la acción, entendiéndose que la sola presencia de la Corporación no amerita el éxito de la misma, aislando así a las mutinacionales de acciones legales por atrocidades o violaciones a derechos humanos ocurridas en otros países. En el caso se establece que la *Alien Tort Statute* de 1789 generalmente no se aplica a actos más allá de las fronteras de Estados Unidos. En la misma línea se rechaza un caso contra la subsidiaria de *Daimler*, Mercedes Benz de Argentina que fue acusada de colaborar con las fuerzas de seguridad en el asesinato y la tortura de de trabajadores.²⁴⁰

VII. Conclusión:

Tras el análisis de la cuestión política y su ámbito de aplicación en las relaciones exteriores, surgen algunas consideraciones claras. La primera es la existencia de una dificultad importante en definir a la misma dentro de los postulados de una doctrina, ya que la sucesión de casos analizados muestra la dificultad de ello y asimismo nos muestra contradicciones en muchos de los casos analizados.

En segundo lugar aparece la existencia de una dualidad de planos, tanto dentro de la propia Constitución, como se observó al analizar el término persona, como en la diferenciación que hace la propia Corte de los poderes presidenciales en el ámbito interno e internacional.

Si algo queda bien definido tras analizar los conceptos, las cláusulas, y las sentencias, eso es que los Estados Unidos distinguen perfectamente las esferas de la política exterior y del derecho, en este supuesto el Derecho Internacional. El segundo es un instrumento al que respetan solo cuando es favorable a sus intereses y no entra en colisión con el primer elemento.

Pocas son las sentencias donde prima el Derecho Internacional si se opone a la política, y en algún caso se ha considerado inclusive que la determinación de un genocidio sería también una estimación política, si esto entra en conflicto con sus alianzas militares.

Hoy como hace doscientos años, el análisis de la cuestión política y su instrumentalización no logra, en las relaciones exteriores trazar una línea clara entre el respeto al derecho y la determinación de la política nacional. Lo que si resulta claro es la coherencia permanente que demuestran los Poderes, en defender los intereses de los Estados Unidos. Esto en última instancia es lo que hace importante y digno de estudio todo lo anteriormente analizado.

239 *Kiobel, Individually and on Behalf of her late husband Kiobel et al vs Royal Dutch Petroleum Co. Et al Certiorari to the United States Court of Appeal for the Second Circuit.* No. 10-1491. Argued February 28, 2012—Reargued October 1, 2012—Decided April 17, 2013

240 US Supreme Court *Daimler AG vs Bauman et al Certiorari to the US Court of Appeals for the 9th Circuit* No. 11-965. Argued October 15, 2013—Decided January 14, 2014