

NIVELES DE LEGITIMACIÓN LEVELS OF LEGITIMACY

Owen Fiss

*Profesor emérito de Derecho
Universidad de Yale*

RESUMEN

El caso *Clapper* parece haber creado un nivel especial y elevado de legitimación activa para los casos de seguridad nacional. El efecto es que las demandas relacionadas con estos asuntos suelen ser desestimadas y las normas impugnadas se mantienen en vigor sin una decisión en cuanto al fondo. La Suprema Corte ha renunciado a resolver —incluso a abordar— cuestiones constitucionales que resultan cruciales únicamente por ser planteadas en relación con cualquier ley que el gobierno considere vinculada con el «fomento la seguridad nacional». Podría decirse que en casos de seguridad nacional las puertas de la justicia permanecen cerradas. Al adoptar este nuevo concepto escalonado de legitimación la Corte ha fracasado en el cumplimiento de su responsabilidad —tan esencial en tiempos de guerra como de paz— de hacer que los poderes legislativo y ejecutivo rindan cuentas ante la ley.

PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad, seguridad nacional, derechos fundamentales, guerra contra el terrorismo.

ABSTRACT

The *Clapper* case seems to have created a special, heightened tier of standing for national security cases. Suits regarding this issue are dismissed and the statute challenged is kept in force without a ruling on the merits. The doors of the courthouse are shut and, as a result, the Court declines to resolve or even address crucial constitutional questions raised by a policy, provided it is designed to further national security. In adopting this new, tiered approach, the Court has failed in its responsibility—as essential in times of war as well as peace—to hold the legislative and executive branches accountable to the law.

KEY WORDS

Judicial review, national security, fundamental rights, war on terror.

NIVELES DE LEGITIMACIÓN

Owen Fiss^{*}

Profesor emérito de Derecho
Universidad de Yale

Sumario: 1. La Ley de 2008. 2. Objeciones Constitucionales a la Ley de 2008. 3. Las vulneraciones de derechos de los demandantes. 4. ¿Reformular el test de legitimación? Notas. Bibliografía.

La Corte Suprema tiene la responsabilidad de proteger la Constitución. Sin embargo, para que pueda determinar si ha habido una vulneración del texto constitucional, es preciso que en un caso concreto el demandante invoque una supuesta violación y que la demanda llegue a sus puertas. Alguien debe alegar la inconstitucionalidad de una acción de Gobierno, una ley o una disposición normativa y demostrar que la aplicación de esa norma supuestamente inconstitucional le causa un perjuicio o podría razonablemente causárselo. Si la parte actora no demuestra ese perjuicio, la Corte considerará que quien impugna carece de «legitimación procesal» —es decir, de la capacidad necesaria para ser parte en el juicio en cuestión— y, en consecuencia, desestimará la demanda sin entrar a valorar el fondo del asunto.

El requisito de legitimación ha sido durante generaciones una característica estable en nuestra tradición constitucional¹. La doctrina ha concebido este requisito como una extrapolación del artículo III de la Constitución, cuya función es limitar la jurisdicción del poder judicial federal a ciertos «casos» o «controversias». Por su parte, la Corte ha interpretado que, conforme a este requisito, solo debe resolver aquellos casos de inconstitucionalidad que efectivamente causen algún perjuicio a la parte demandante.

El requisito de legitimación también ha sido defendido sobre la base de la función que desempeña con respecto al principio constitucional de separación de poderes. Desde este punto de vista, ese requisito serviría para determinar la competencia del poder judicial, limitando su actuación solo a la resolución de aquellas disputas en las que el demandante enfrenta una amenaza de daño real e impidiendo, de esta forma, que usurpe las funciones legislativas o ejecutivas que corresponden a las otras ramas del Gobierno, que también tienen facultades —e incluso el deber— de interpretar la Constitución.

Otros han defendido el requisito de legitimación desde una perspectiva más pragmática. Esta postura sostiene que tal exigencia evita que la Judicatura malgaste el tiempo en

^{*} Nota del autor: Agradezco a Daniel Rauch su extraordinaria investigación y su asistencia editorial.

consultas meramente académicas —asuntos de poca importancia práctica para el funcionamiento del Gobierno o para la vida de la ciudadanía—. También se argumenta que este requisito sirve para facilitar y fortalecer el funcionamiento de nuestro sistema adversarial a partir de la asunción de que la parte demandante que tiene interés personal en resolver un asunto se esforzará más en el momento de presentar los hechos y fundamentos jurídicos de su demanda que la que únicamente tiene un interés abstracto en el asunto.

En la práctica, las exigencias del requisito de legitimación han variado a lo largo del tiempo. En 1960, en el apogeo de la Corte Warren, el requisito fue interpretado de una forma permisiva —en consonancia con la concepción amplia del poder judicial que prevalecía en ese momento—. Sin embargo, a partir de mediados de la década de 1970 la Corte Suprema ha sido cada vez más estricta al aplicar este requisito a todo tipo de casos, incluidos los constitucionales, y se ha mostrado especialmente cautelosa en aquellos juicios iniciados por los ciudadanos en los que los demandantes no alegaban daños personales más allá de la preocupación por el hecho de que el Gobierno había actuado o podría estar actuando ilegalmente. Para enfrentar tales demandas, la Corte Suprema comenzó a exigir cada vez con mayor frecuencia que las lesiones de los demandantes, o las amenazas de lesiones, fueran especificadas y evidentes.

La Corte continuó en esa misma línea durante un largo periodo hasta que, en febrero de 2013, una década después de que se declarara la «Guerra contra el terrorismo», dio un salto cualitativo con una reforma del requisito de legitimación que elevaba su nivel de exigencia en los casos concernientes a la seguridad nacional. Esto ocurrió a raíz del caso *Clapper vs. Amnistía Internacional*², en el que la Corte tuvo que pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley aprobada en 2008 que había ampliado enormemente el poder de vigilancia del Gobierno federal. El caso planteaba cuestiones constitucionales vitales. No obstante, la Corte decidió no entrar en ellas y desestimó la demanda amparándose en el argumento de la falta de cumplimiento del requisito de legitimación, ello a pesar de que era consciente de que la desestimación implicaba, en la práctica, el impedimento de cualquier posibilidad de revisión judicial de la ley. Para sostener esa conclusión en el caso *Clapper*, la Corte adoptó un concepto de justiciabilidad de acuerdo con el cual el requisito de legitimación implica diversos «niveles de legitimación» cuya exigencia variaba según el tipo de casos. La Corte sostuvo que, en esta graduación, los casos relativos a la seguridad nacional exigían el nivel más alto y más estricto de legitimación³.

En otros supuestos, especialmente en casos relacionados con la cláusula constitucional de igualdad ante la ley y la libertad de expresión, es común la aplicación de la doctrina de los «niveles de escrutinio». En estos casos, la Corte utiliza a menudo tres estándares diferentes para revisar la constitucionalidad de las leyes: el escrutinio estricto (el nivel más exigente), el escrutinio intermedio y la revisión de base racional (el más permisivo). En los asuntos que versan sobre la igualdad ante la ley, por ejemplo, el control estricto se reserva para las leyes que emplean una categoría sospechosa (como la raza) o que restringen el ejercicio de un derecho fundamental (como el derecho de voto). Del mismo modo, en los casos de libertad de expresión, el análisis estricto se reserva para aquellas medidas que interfieren en un discurso por su contenido, mientras que se aplica un escrutinio menos

exigente para las medidas que simplemente regulan un discurso en razón del tiempo, lugar o manera en que el mismo es emitido. En cualquier caso, en el nivel más elevado, se exige al Gobierno que demuestre que la normativa en cuestión fue diseñada para cumplir un fin legítimo, que su contenido se adapta de manera específica a ese propósito y que constituye efectivamente la forma menos restrictiva para lograrlo. No es sorprendente que, en la práctica, el nivel más estricto generalmente resulte ser un nivel «realmente fatal» (Gunther, 1972: 17), en el sentido de que las mayoría de normas que encuadran en este nivel de escrutinio son finalmente anuladas.

De igual manera, el caso *Clapper* parece haber creado un nivel especial y elevado de legitimación activa para los casos relacionados con la seguridad nacional, un nivel aparentemente análogo al nivel de escrutinio estricto antes descrito. Sin embargo, esta apariencia se quiebra en el contexto de los «niveles de legitimación», ya que en este ámbito el nivel más exigente arroja un resultado opuesto. A diferencia de lo que ocurría en el nivel de escrutinio estricto, en los casos de legitimación estricta la demanda suele ser desestimada y la ley impugnada se mantiene en vigor sin un pronunciamiento sobre el fondo. El resultado es que la Corte se niega a resolver —incluso a abordar— cuestiones constitucionales cruciales cuando estas son planteadas en relación con cualquier ley que el Gobierno considere diseñada para «fomentar la seguridad nacional». Podría decirse que, a diferencia de lo que ocurría con los niveles de escrutinio, en los casos relativos a la seguridad nacional las puertas de la justicia permanecen cerradas. Al adoptar este enfoque nuevo y escalonado, la Corte ha fracasado en el cumplimiento de su responsabilidad, tan esencial en tiempos de guerra como de paz: hacer que los poderes legislativo y ejecutivo rindan cuentas ante la ley.

1. LA LEY DE 2008

La Ley de 2008 impugnada en el caso *Clapper* tuvo su origen en las fases iniciales de la «Guerra contra el terrorismo». En el otoño de 2001, el presidente George W. Bush emitió una orden ejecutiva secreta que sentaba las bases del llamado «Programa de Vigilancia Terrorista». En ella se ordenaba a la Agencia de Seguridad Nacional que interceptara las llamadas telefónicas internacionales entre personas ubicadas en los Estados Unidos y personas emplazadas en el extranjero sospechosas de tener vínculos con Al Qaeda o sus aliados. Inicialmente, la orden del presidente no podía ser conocida por el público. Sin embargo, en diciembre de 2005 el Programa fue publicado por el *New York Times*, causando gran controversia⁴.

Aunque algunas críticas al programa se basaron en la Cuarta enmienda, la objeción principal era que, en su creación, el presidente incumplió los requisitos de la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISA, por sus siglas en inglés)⁵. Esta ley fue aprobada por el Congreso en 1978 a raíz de las revelaciones sobre las actividades de vigilancia de largo alcance —y, en gran medida, no controladas— de las agencias de inteligencia estadounidenses. Para hacer frente a las preocupaciones que despertó esta práctica, la FISA estableció

nuevos protocolos para la interceptación de comunicaciones electrónicas dirigidas a (o remitidas por) ciudadanos extranjeros dentro de los Estados Unidos.

Originalmente, la FISA era aplicable a cualquier vigilancia electrónica realizada por «agentes» —entendiendo por agente un «oficial o empleado» de una «potencia extranjera»— cuando se utilizara para obtener «información de inteligencia extranjera»⁶. La definición de «potencia extranjera» se diseñó para incluir naciones extranjeras o cualquier «grupo involucrado en el terrorismo internacional». El concepto de «información de inteligencia extranjera», a su vez, se acuñó para incluir información sobre «actividades de inteligencia clandestinas», «sabotaje», «terrorismo internacional» y «la injerencia de extranjeros en asuntos de política nacional»⁷. En su origen, la ley de 1978 también estipulaba que, antes de realizar cualquier vigilancia electrónica, el ejecutivo debía obtener el permiso de un tribunal especial: el Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISC, por sus siglas en inglés). Este tribunal estaba constituido por once jueces federales designados expresamente para esta función especial por el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Cada uno de estos jueces estaba autorizado para actuar en solitario y tanto su identidad como sus procedimientos debían mantenerse en secreto. La FISA señalaba que el procedimiento establecido en ella era la única vía a través de la cual el ejecutivo podría reunir información extranjera de comunicaciones electrónicas.

Al aprobar el Programa de Vigilancia Terrorista, Bush omitió por completo el procedimiento ante el FISC, violando así la FISA. El fiscal general, Alberto Gonzales, defendió inicialmente esta estrategia esgrimiendo el argumento de que el Programa había sido aprobado por una resolución del Congreso de 18 de septiembre de 2001⁸. Gonzales afirmó que esta resolución, que autorizó el uso de la fuerza militar contra los responsables del 11 de septiembre, modificaba implícitamente la FISA, de modo que, a partir de ese momento, la revisión del FISC ya no era el único procedimiento para realizar la vigilancia electrónica de los agentes de Al Qaeda, considerada la «potencia extranjera» que dirigió los ataques terroristas del 11 de septiembre⁹.

Gonzales sostuvo que la resolución del 18 de septiembre constituía una declaración de guerra contra Al Qaeda y que, en ese entendido, la exigencia de que el presidente se sometiera a los procedimientos de la FISA interfería indebidamente con su prerrogativa constitucional de actuar como comandante en jefe de las fuerzas armadas. El artículo II de la Constitución confiere al presidente la autoridad y la responsabilidad de actuar como comandante en jefe; de acuerdo con Gonzales, este poder reconoce implícitamente la autoridad del ejecutivo para anular cualquier ley —incluida la FISA— que obstaculice indebidamente el desempeño de sus deberes como comandante en jefe. En esta línea, Gonzales afirmó que, dado que el Congreso no puede decirle al presidente cómo desplegar las fuerzas armadas, tampoco puede instruirle sobre cómo reunir la información de inteligencia necesaria para librar la guerra contra Al Qaeda.

En 2007, sin embargo, la Administración había cambiado su estrategia y decidió que ya no pasaría por alto a la FISA. Ahora Gonzales se refería al FISC en otros términos. En una carta al presidente y miembro de mayor rango de la minoría del Comité Judicial del Senado, Gonzales informaba que el 10 de enero de 2007 un juez de la FISA había emiti-

do órdenes que autorizaron ampliamente las escuchas telefónicas que se habían realizado anteriormente a través del secreto Programa de Vigilancia Terrorista. Según manifestó el propio Gonzales, el juez de la FISA emitió estas órdenes «autorizando al Gobierno a recopilar las comunicaciones internacionales realizadas dentro o fuera de los Estados Unidos en las que existiera una causa probable para creer que uno de los comunicantes era miembro o agente de Al Qaeda»¹⁰. A la luz de este giro de los acontecimientos, Gonzales señaló que ya no había necesidad de continuar con el Programa de Vigilancia Terrorista, aunque reafirmaba su convicción de que el programa era plenamente legal.

Poco tiempo después, en abril de 2007, la Administración se mostró incómoda con la estrategia anunciada solo unos meses antes. Consideró que, tal como estaba configurada entonces, la FISA no le proporcionó las herramientas adecuadas para enfrentar la amenaza del terrorismo internacional. En marzo de 2007 tuvo lugar un acontecimiento decisivo: en el contexto de la revisión de las órdenes originales de enero, un juez de la FISA dictaminó que la autorización para escuchas telefónicas según la ley tenía que basarse en un análisis particularizado de la persona sospechosa, y no en amplios motivos previamente aceptados¹¹. Esto resultó inaceptable para el Gobierno de Bush, que más tarde recurriría al Congreso para que promulgara una nueva legislación con el fin de «modernizar» la FISA o, en otras palabras, para otorgar a las agencias de inteligencia todo el poder que, según decían, necesitaban.

El Congreso respondió favorablemente a las propuestas del Gobierno. El 5 de agosto de 2007 aprobó la llamada Ley de Protección a América¹². Según sus propios términos, esta ley estaría en vigor solo durante seis meses y, de hecho, dejó de estarlo —tras una breve ampliación de su vigencia— el 16 de febrero de 2008. Posteriormente, el 10 de julio de 2008, el Congreso aprobó una ley de reemplazo. Esta ley se presentó como una enmienda a la Ley de la FISA de 1978, y se denominó Ley de Enmiendas de la FISA de 2008¹³. Originalmente, estaba programada para expirar a finales de 2012. Sin embargo, como era de esperar, durante la tramitación del caso *Clapper* fue renovada por otros cinco años, y en 2017 fue renovada de nuevo sin reparo alguno.

La principal innovación introducida por la Ley de Enmiendas de 2008 hacía referencia a los extranjeros ubicados en el extranjero. En sus orígenes, la FISA solo regulaba las llamadas en —o hacia— los Estados Unidos, o las llamadas dirigidas a través de los Estados Unidos. Si bien esta característica de la ley de 1978 se mantuvo, las enmiendas de 2008 redujeron, casi hasta la desaparición, los requisitos para que un juez de la FISA aprobara las interceptaciones en casos donde el objetivo de la investigación fuera un extranjero ubicado en el extranjero. En tales casos, para obtener autorización, al Gobierno le bastaba alegar que el objetivo era un ciudadano extranjero ubicado en el extranjero y que el propósito de la interceptación era la recopilación de información de inteligencia extranjera. En la práctica, no se consideraba como un dato relevante el hecho de que la otra parte en la línea fuera un ciudadano estadounidense o un ciudadano extranjero con permiso para residir en los Estados Unidos.

Adicionalmente, la Ley de Enmiendas de 2008 autorizó al FISC para otorgar permisos generales para las interceptaciones que cubrían a grupos de personas. La Ley también obli-

gó al Tribunal a actuar con prontitud (en un plazo de 30 días) y a conceder al Gobierno la solicitud de una interceptación si en ella se observaban «todos los elementos requeridos»¹⁴. En este marco, el tribunal de la FISA no estaba en condiciones de realizar ninguna investigación objetiva e independiente para analizar a fondo el cumplimiento efectivo de cada elemento requerido.

2. OBJECIONES CONSTITUCIONALES A LA LEY DE 2008

La demanda del caso *Clapper*, presentada inmediatamente después de la promulgación de las enmiendas a la FISA de 2008, se centraba en gran parte en el hecho de que el Congreso no había requerido al Gobierno la obtención de una orden judicial previa a la interceptación de las conversaciones telefónicas entre ciudadanos estadounidenses y extranjeros ubicados en el extranjero. Los demandantes argumentaban que, aunque reconocían que el Congreso había solicitado al Gobierno la aprobación de una orden judicial para la vigilancia electrónica, los estándares para otorgar esta autorización no cumplían los requisitos que imponía la Cuarta enmienda. Concretamente, los demandantes alegaban que, para obtener esta autorización, y a diferencia de lo dispuesto en los mandatos de la Cuarta enmienda, el Gobierno no estaba obligado a acreditar el cumplimiento del requisito de «causa probable». Durante mucho tiempo, este requisito se había interpretado como la necesidad de que el Gobierno justificara la intervención con base en una buena razón para creer que la persona cuyas llamadas debían ser interceptadas había cometido, estaba cometiendo o iba a cometer un delito.

Resolver la demanda contra la Ley de 2008 habría exigido que la Corte Suprema afrontara difíciles cuestiones constitucionales. En particular, la Corte habría tenido que determinar si el requisito de garantía de la Cuarta enmienda era aplicable a la vigilancia electrónica destinada a recopilar información de inteligencia extranjera. Esa era una cuestión que había evitado durante décadas y que fue producto de la renuencia incluso anterior de la Corte Suprema a decidir si la vigilancia electrónica dirigida a proteger la seguridad nacional requiere o no autorización previa.

En un primer momento, la Corte extendió el requisito de la Cuarta enmienda a las escuchas telefónicas y a la vigilancia electrónica en la sentencia del caso *Katz vs. Estados Unidos*, de 1967¹⁵. No obstante, la Corte fue cautelosa al redactar este fallo, precisando que en este asunto se trataba de una investigación sobre juegos de azar, es decir, sobre un delito del fuero común, y advirtiendo que en esta decisión no se estaba pronunciando sobre si, en el contexto de una investigación dirigida a proteger la seguridad nacional, se necesitaría o no una orden que cumpliera con las restricciones de la Cuarta enmienda¹⁶.

La Corte volvió a este asunto no resuelto en el llamado caso *Keith*, de 1972; un asunto que tuvo su origen en el atentado perpetrado contra una oficina de la CIA en Ann Arbor (Michigan), que se enmarcaba en el contexto de las protestas, en este caso violentas, contra la guerra de Vietnam¹⁷. El teléfono de uno de los acusados había sido intervenido sin una orden judicial. El fiscal general defendió esta acción argumentando que había investigado

una amenaza a la seguridad nacional. La Corte rechazó el argumento del fiscal general y, al hacerlo, negó que existiera una excepción al requisito de la Cuarta enmienda en las investigaciones destinadas a proteger la seguridad nacional. Sin embargo, la Corte distinguió dos tipos de amenazas a la seguridad nacional: las amenazas de carácter nacional y las amenazas extranjeras, y se cuidó de dejar claro que su fallo se aplicaba solo a la primera categoría. La Corte fue asimismo explícita al señalar que dejaba abierta la cuestión de si habría sido necesaria una orden en el caso de que el objetivo fuera la recopilación de información de inteligencia extranjera¹⁸.

En lugar de esperar a que la Corte volviera a la cuestión que quedaba pendiente en *Keith*, en 1978 el Congreso tomó la iniciativa y promulgó la FISA. Esta ley supuso un equilibrio parcial con la Cuarta enmienda: por un lado, requirió la aprobación judicial para llevar a cabo la vigilancia destinada a recopilar información de inteligencia extranjera; pero, por otro lado, no requirió el vínculo con la criminalidad exigido por la Cuarta enmienda a través del estándar conocido como «causa probable». En la práctica, para obtener autorización al Gobierno le bastaba presentar una declaración jurada que demostrara que el propósito de la vigilancia era reunir información de inteligencia extranjera y que la persona cuyas llamadas serían interceptadas era un agente de una potencia extranjera. A pesar de la leve exigencia de este estándar, la medida de 2008 no solo se basó en esa ley de 1978, sino que la extendió aún más. Las enmiendas de 2008 ampliaron los poderes de vigilancia del Gobierno en los casos en que el objetivo fuera un ciudadano extranjero ubicado en el extranjero: en tales casos, se prescindió del requisito de demostrar la calidad de «agente de una potencia extranjera» de la persona cuyas llamadas eran intervenidas.

Mientras la Corte Suprema seguía sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley de 1978, la tendencia de varios tribunales de circuito fue confirmar la ley siempre que el «propósito principal» de la interceptación fuera reunir información de inteligencia extranjera (en lugar de promover un proceso penal)¹⁹. Estas decisiones de tribunales inferiores propiciaron la aparición del llamado criterio del «propósito principal», una medida paliativa destinada a preservar la integridad de las reglas anunciadas por la Corte en los casos *Katz* y *Keith*. Durante décadas, esta regla fue seguida no solo por los tribunales federales inferiores, sino también por el propio poder ejecutivo.

Las cosas cambiaron después del 11 de septiembre de 2001. Con la USA Patriot Act²⁰, adoptada originalmente poco después de esos ataques terroristas, el Congreso abandonó el criterio del propósito principal y ordenó al FISC que permitiera al Gobierno las interceptaciones siempre que el «propósito significativo» de las mismas fuera la recopilación de información de inteligencia extranjera (en oposición al criterio de «propósito principal» hasta entonces seguido en la práctica). Esta modificación jurídica comprometió las protecciones derivadas de los casos *Katz* y *Keith*, ya que para obtener la autorización de una intervención telefónica bastaba ahora con que alguno de los diversos propósitos de la misma fuera «significativo», lo que abría la puerta a una multitud de propósitos, entre ellos la recopilación de información de inteligencia extranjera o la obtención de pruebas para un proceso penal. La definición de lo que debía entenderse por «significativo» quedaba, en cualquier caso, sin aclarar.

Además de las cuestiones sobre el requisito de la orden judicial y su aplicabilidad a las investigaciones destinadas a recopilar información de inteligencia extranjera o a proteger la seguridad nacional, el caso *Clapper* también planteó cuestiones sobre el alcance de la protección dispensada a las personas por la Cuarta enmienda. Es cierto que la Ley de 2008 redujo significativamente los estándares para obtener el permiso del FISC para una interceptación, pero también lo es que esta nueva regla se aplicó solo en los casos en que el objeto de la investigación era una persona extranjera que viviera en el extranjero. En este sentido, cabe preguntarse: ¿qué protecciones, si las hay, tienen estas personas bajo la Cuarta enmienda?

Tomando como base la posición del presidente de la Corte, William Rehnquist, en la resolución del caso *Estados Unidos vs. Verdugo-Urquidez* en 1990²¹, la respuesta parece evidente: ninguna. En ese caso, Rehnquist dictaminó que la persecución de un ciudadano mexicano realizada sin garantías por parte de funcionarios estadounidenses en territorio mexicano no había vulnerado la Cuarta enmienda y que, por lo tanto, las pruebas incautadas en la búsqueda podrían ser utilizadas en el juicio que tenía lugar en los Estados Unidos contra ese ciudadano mexicano. En sus alegatos, Rehnquist se había centrado en la frase introductoria de la Cuarta enmienda, que textualmente hace referencia a «el derecho del pueblo» cuando habla sobre la garantía contra las búsquedas e incautaciones no razonables. Según Rehnquist, la palabra «pueblo» aludía solo a aquellas personas con una conexión «voluntaria» con los Estados Unidos, y en tal relación comprendía de manera exclusiva a los ciudadanos estadounidenses y a los extranjeros legalmente admitidos para residir en los Estados Unidos. Según Rehnquist, la Cuarta enmienda no protegía al resto de personas.

Aunque Rehnquist afirmó que hablaba en nombre de la Corte, uno de los jueces, Anthony Kennedy, necesario para formar mayoría, emitió un voto concurrente en el que propugnó una concepción más cosmopolita de la Constitución²². A pesar de que se había adherido a la decisión mayoritaria, Kennedy insistió en que los funcionarios públicos tienen el deber de actuar siempre de manera razonable, sin importar donde actúen o en contra de quien lo hagan. En coherencia con esa afirmación, aclaró que rechazó la invocación de la Cuarta enmienda por parte de ese ciudadano mexicano no porque la persona no tuviera derechos derivados de la Cuarta enmienda, sino porque los funcionarios de los Estados Unidos habían actuado de forma razonable, respetando así el sentido de la Cuarta enmienda.

Los desarrollos posteriores solo lograron atenuar en cierta medida la rigidez de la postura de Rehnquist en *Verdugo-Urquidez*. En el caso *Boumediene vs. Bush*, de 2008²³, la Corte Suprema, en esta ocasión con el juez Kennedy como ponente, concluyó que una ley federal que negaba el recurso de *habeas corpus* a ciudadanos extranjeros detenidos en Guantánamo violaba la Constitución. A simple vista, el razonamiento de Kennedy parecía basarse no tanto en el respeto a los derechos constitucionales de los presos cuanto en el respeto a la separación de poderes, insistiendo en la necesidad de preservar el papel del poder judicial en la revisión de la legalidad de las detenciones. Sin embargo, las consecuencias de *Boumediene* para los derechos de los presos de Guantánamo eran indudables: no tendría sentido defender la competencia del poder judicial para revisar la legalidad de las detenciones ejecutivas y, por lo tanto, para valorar la aplicación del *habeas corpus* sin asumir

también que los prisioneros de Guantánamo —todos los cuales eran extranjeros detenidos originalmente en el extranjero y ahora encarcelados en el extranjero— poseían, al menos, ciertos derechos constitucionales.

En última instancia, los abogados que presentaron la demanda contra *Clapper* decidieron no poner a prueba los límites de *Verdugo-Urquidez*. En su lugar, eligieron nombrar como demandantes a los ciudadanos estadounidenses que residen y trabajan en los Estados Unidos, una categoría de personas indiscutiblemente protegidas por la Cuarta enmienda. Si bien los poderes de vigilancia en cuestión se limitaban a casos en los que el objetivo de la investigación era una persona extranjera ubicada en territorio extranjero, cualquier llamada telefónica o comunicación electrónica implicaba, además de ese objetivo, la otra parte de la línea, y era perfectamente posible que este punto de la línea fuera un ciudadano estadounidense. Según la Ley de 2008, un ciudadano estadounidense no podía ser el objetivo de la investigación y, por este motivo, podría considerarse una «víctima incidental» de la interceptación; no obstante, esta clasificación era puramente técnica, y no excluía el hecho de que la interceptación de su comunicación constituyera una invasión de su derecho a la privacidad. En realidad, la información personal o privada de la «víctima incidental» era tan vulnerable como la del «objetivo» de la interceptación.

Desde el principio, la FISA trató de regular solo las interceptaciones que requerían acceso a instalaciones ubicadas en los Estados Unidos. En esa línea, diseñó un procedimiento para otorgar a la autoridad ejecutiva el acceso directo a llamadas desde y hacia los Estados Unidos, así como a llamadas entre personas ubicadas en países extranjeros, pero conectadas a través de los Estados Unidos. Durante su elaboración, los autores de la legislación original tuvieron en cuenta los riesgos que tal concesión a la autoridad suponía para los derechos de privacidad de los estadounidenses. Bajo ese entendido, exigieron que, al solicitar la autorización del FISC para una interceptación, el fiscal general declarara bajo juramento que «no habría una probabilidad sustancial de que la vigilancia afectara al contenido de cualquier comunicación en la que una de las partes fuera una persona de los Estados Unidos»²⁴ («personas de los Estados Unidos» es una categoría que incluye tanto a ciudadanos estadounidenses como a extranjeros legalmente admitidos para residir en los Estados Unidos).

No obstante, tras las modificaciones de la FISA de 2008, el fiscal general no tenía que cumplir este requisito. Solo necesitaba asegurar al juez de la FISA que existían procedimientos para «evitar la afectación intencional de cualquier comunicación en la que se tuviera conocimiento de que el remitente y todos los posibles destinatarios se encontraban en los Estados Unidos»²⁵. La introducción del elemento de intencionalidad y el uso de la palabra «todos» (en lugar de «cualquiera» de los destinatarios) redujo considerablemente la protección de la privacidad de las personas que viven y trabajan en los Estados Unidos, incluidos los propios ciudadanos estadounidenses.

El propósito subyacente a la decisión de fijar la atención en los estadounidenses que trabajan y viven en los Estados Unidos, y no en los extranjeros ubicados en el extranjero, era evitar el reexamen del fondo del caso *Verdugo-Urquidez*. Sin embargo, esto creó una nueva dificultad derivada de otra rama de la doctrina de la Cuarta enmienda: al menos en los

procesos penales ordinarios, durante mucho tiempo ha quedado establecido que, aunque el estándar de «causa probable» debe probarse para cumplir el objetivo de la interceptación, la declaración de cualquiera de las personas involucradas en una conversación con otra parte que constituye un objetivo de una interceptación amparada por una orden judicial puede ser utilizada contra cualquiera de estas personas en un proceso penal, a pesar de que ellas no sean el objetivo de la interceptación autorizada²⁶. En otras palabras, las llamadas «víctimas incidentales» de una escucha telefónica debidamente autorizada no están protegidas por la regla de exclusión.

Sin embargo, permanece la cuestión de si este estándar, diseñado en el contexto de un proceso penal, se aplicaría en *Clapper*, donde el problema no radicaba en la aplicación de la regla de exclusión, sino en una concesión a la autoridad; sin duda, ello representaba un peligro mucho mayor para la privacidad de aquellos ciudadanos estadounidenses cuyas llamadas podrían ser interceptadas por el Gobierno simplemente aduciendo la «teoría» de que eran víctimas incidentales de la interceptación. Siguiendo esta línea de desprotección, las enmiendas de 2008 introdujeron un cambio llamativo: el objetivo de la interceptación de la FISA, que antes tenía por objeto solo a individuos, ahora podía afectar también a amplias categorías de sujetos o a grupos de ciudadanos extranjeros, entre ellos los «afganos miembros de Al Qaeda». Las enmiendas también eliminaron la necesidad de cumplir el estándar de «causa probable» (sospecha de criminalidad) en relación con el objetivo a interceptar, contemplada en *Katz* y en *Keith*. En su lugar, el Gobierno solo tendría que aportar razones para justificar su creencia de que los objetivos eran ciudadanos extranjeros ubicados en el extranjero y de que el propósito importante de la interceptación era recopilar información de inteligencia extranjera. El umbral para lograr la autorización de una interceptación quedó drásticamente por debajo del establecido en el acto original de 1978 y, como consecuencia, las llamadas víctimas incidentales (ciudadanos estadounidenses o extranjeros que residen legalmente en los Estados Unidos y hablan con extranjeros en el extranjero) quedaron más expuestas que nunca a las escuchas de sus conversaciones privadas.

3. LAS VULNERACIONES DE DERECHOS DE LOS DEMANDANTES

Los demandantes, todos ciudadanos estadounidenses que residían y trabajaban en los Estados Unidos, tenían intereses profesionales que les exigían estar regularmente en contacto con personas localizadas en el Medio Oriente. Como consecuencia de la «Guerra contra el terrorismo», cada uno de estos individuos era susceptible de ser objeto de vigilancia gubernamental, vigilancia que incluía las escuchas telefónicas. Los demandantes eran investigadores de derechos humanos, periodistas y abogados. De hecho, en el momento en que se presentó la demanda, uno de los abogados representaba ante una comisión militar en Guantánamo a Khalid Sheik Mohammad, presunto autor intelectual de los ataques del 11 de septiembre.

La mayoría de las invocaciones a la Cuarta enmienda surgen en el contexto de un proceso penal en el que el acusado pretende excluir o suprimir las pruebas obtenidas mediante

la violación a la Constitución. Normalmente, tales casos no plantean ninguna duda sobre su justiciabilidad: independientemente de los argumentos sobre los que versa la reclamación, la persona que en ese contexto alega una violación a la Cuarta enmienda se considera lesionada personal y directamente y, por lo tanto, tiene legitimación activa para ejercer su derecho ante la justicia. Más allá de estos casos, también se ha invocado la Cuarta enmienda en relación con la constitucionalidad de normas que otorgan al Gobierno la autoridad para realizar ciertas prácticas de vigilancia²⁷. En tales casos, la cuestión es si la propia concesión legal a la autoridad vulnera la Cuarta enmienda por no limitar la participación del Gobierno en la vigilancia, en contradicción con las circunstancias permitidas por la propia Cuarta enmienda.

En tales casos, los demandantes pueden solicitar que una sentencia declare inconstitucional la concesión de esa potestad. Además, como sucedió en *Clapper*, los demandantes pueden solicitar una medida cautelar que impida al Gobierno ejercer la prerrogativa que la ley le había otorgado. Esa medida cautelar suele consistir en la prohibición de cierta conducta y puede acompañarse con una implícita amenaza de sanción en caso de incumplimiento. La prohibición y la amenaza regirán desde el momento en que se emita la medida y permanecerán vigentes hasta que el juez la retire. En este sentido, la medida cautelar tiene efectos hacia el futuro; por eso, a menudo se considera un remedio de carácter prospectivo. Sin embargo, debe hacerse una distinción entre la acción que se rige por la medida cautelar y el acto supuestamente ilícito que sirve para motivar la emisión de tal medida.

El acto ilícito que constituye la base de la adopción de la medida cautelar puede ser un acto que, en el momento de presentación de la demanda, podía ocurrir en el futuro. Un ejemplo de este tipo de demanda es la que se presentó para evitar el asesinato selectivo de Anwar Al-Aulaki. Anwar era un ciudadano estadounidense que vivía y trabajaba en Yemen y que el 30 de septiembre de 2011 fue asesinado en un ataque con aviones no tripulados lanzado por los Estados Unidos. El año anterior a este ataque, Naser Al-Aulaki, el padre de Anwar, temiendo que su hijo estuviera en una «lista de ejecuciones» confeccionada por el Gobierno de los Estados Unidos, presentó una demanda ante el tribunal federal de Washington DC solicitando una medida cautelar para evitar que la ejecución de su hijo tuviera lugar en el supuesto de que efectivamente se encontrara en esa lista²⁸. En su demanda, Naser sostenía que tal ejecución privaría de la vida a su hijo sin un juicio justo.

Aunque, como en el caso de Aulaki, el objeto de una medida cautelar puede versar sobre un daño futuro, no necesariamente tiene que ser así. A veces, el hecho ilícito podría haber ocurrido ya en el momento de solicitarse la medida. En tales casos, esta buscaría evitar la repetición del acto o erradicar los efectos de ese mal. Por ejemplo, un individuo despedido de un trabajo por motivos de raza podría solicitar una medida judicial que prohiba la reiteración de tal discriminación. Una medida de este tipo también podría ordenar a la empresa que reconozca a un trabajador su antigüedad laboral desde el momento en el que fue indebidamente despedido.

El acto que el demandante denuncia como ilegal para que sea prohibido, evitar que se repita o cese en sus efectos también podría estar teniendo lugar en el momento en que se presenta la demanda (o incluso previamente a la presentación). En tal caso, la medida

cautelar solicitada estaría tratando de frenar o restringir un error presente. Por ejemplo, imaginemos una demanda judicial presentada inmediatamente después de que un Estado promulga una ley que prohíbe los abortos. En ese caso, el acto considerado ilegal consistiría en la amenaza que enfrenta un médico si realiza un aborto, independientemente del momento en que se realice el aborto: bien inmediatamente después de la promulgación de la ley, bien en algún momento futuro.

En el caso *Clapper*, los demandantes presentaron su demanda poco después de la promulgación de la Ley de 2008 y, como en el caso del aborto, se quejaban de una ilegalidad presente. Para conseguir sus pretensiones, tendrían que demostrar que la concesión de autoridad contenida en la Ley de 2008 era inconstitucional porque autorizaba la vigilancia en condiciones menos estrictas que las establecidas en la Cuarta enmienda. Para probar que tenían legitimación en el proceso, previamente tendrían que demostrar que era probable que el Gobierno usara tal concesión y que su uso les causaría perjuicio. A la vista del trasfondo de la Ley de 2008 y sus orígenes en el Programa de Vigilancia Terrorista, no cabía duda de esta última cuestión.

El presidente Bush defendió a capa y espada la promulgación de la Ley de 2008 e insistió en que, sin esta ampliación de sus poderes, el Gobierno carecería de los medios adecuados para identificar y responder a las amenazas terroristas. Su sucesor compartió esta opinión. Como senador, Barack Obama votó a favor de la ley, y como presidente su actuación indica que él también creía que el Gobierno necesitaba los poderes otorgados por la Ley de 2008. De hecho, aun cuando el caso de *Clapper* estaba pendiente ante la Corte Suprema, la Ley de 2008 fue renovada por otros cinco años a instancias de Obama. Esto apunta a que, con toda probabilidad, seguirán utilizándose los poderes otorgados por esta ley.

Para dejarlo claro, y según se ha entendido convencionalmente, el requisito de legitimación activa no solo exige que el Gobierno haga uso de la concesión otorgada, sino también que los demandantes demuestren que esta será utilizada contra ellos. En *Clapper*, esto significaba probar, con suficiente grado de probabilidad, que el poder recién concedido se usaría para interceptar llamadas telefónicas en las que los demandantes eran parte. Es importante destacar que la conjetura (solo podemos hablar de probabilidades) que implica la comprensión de este elemento de la legitimación para la parte demandante, en el caso *Clapper*, no derivaba del hecho de que su reclamación versara sobre lo que el Gobierno podría hacer en el futuro, sino del secreto de las actuaciones del Gobierno: en términos generales, nadie podía saber si sus llamadas estaban siendo interceptadas y, como resultado, los demandantes solo podían hacer una suposición —en este caso, una suposición sólida y fundada— relativa a que si sus llamadas estaban siendo escuchadas. En tales circunstancias, todo lo que se podía exigir razonablemente a los demandantes era que demostraran que existía un riesgo sustancial de que el Gobierno interceptara algunas de sus llamadas sobre la base de los procedimientos establecidos en la Ley de 2008.

En *Clapper* parecía que este requisito se cumplía ampliamente. Las actividades profesionales de los demandantes (abogados, periodistas o investigadores de derechos humanos) se describieron con detalle en la demanda. Estas actividades requerían que los demandantes se comunicaran regularmente con personas ubicadas o localizadas en el Medio Oriente

que, se sospechaba, eran miembros de grupos terroristas, con los amigos y familiares de miembros de organizaciones terroristas, o con personas que pudieran estar familiarizadas con prácticas de reclutamiento o ataques planeados por organizaciones terroristas. Tales comunicaciones se produjeron más comúnmente por teléfono. Por lo tanto, incluso si se asumiera que los propios demandantes no eran los objetivos directos del Gobierno, las personas situadas, ubicadas o localizadas en el extranjero con quienes estaban en contacto por teléfono probablemente sí constituían objetivos de las interceptaciones aprobadas por la FISA. Como resultado, los demandantes de *Clapper* enfrentaban cotidianamente, en el contexto de sus actividades laborales, el riesgo —un riesgo sustancial— de que el Gobierno escuchara lo que decían y lo que se les decía.

Es cierto que el Gobierno puede llevar a cabo investigaciones sobre terrorismo de muchas formas, pero en ningún caso puede usar los poderes específicos otorgados por la Ley de 2008 cuando se investiga a individuos ubicados en el extranjero con quienes los demandantes, ciudadanos estadounidenses, se comunican regularmente. Sin embargo, también es cierto que, en el mundo de la vigilancia secreta, todo es posible. Cuando el poder ejecutivo impulsó la medida de 2008 y su renovación, lo hizo sobre la base de que los poderes que ya poseía eran insuficientes, y de que eran necesarios más. La insistencia del Gobierno en disponer de nuevas facultades de vigilancia debe tomarse como un indicio razonable de que los poderes que le fueron otorgados por la promulgación de la Ley de 2008 se usarían con toda probabilidad; a la vista de la particular ideología que inspira la «Guerra contra el terrorismo», con seguridad serían utilizados contra las personas con las que los demandantes hablaban habitualmente por teléfono.

En principio, el Gobierno puede procesar penalmente a una de las partes con base en una conversación telefónica interceptada bajo la concesión otorgada por la Ley de 2008, incluso si esa persona no era el objetivo original. Durante la vista oral ante la Corte Suprema, el fiscal general aseguró a los jueces que, de producirse tal caso, la fiscalía informaría al acusado de la interceptación; ante ello, cabría la posibilidad de que este solicitara el amparo de la Cuarta enmienda: si existiera fundamento para ello, la evidencia obtenida de la interceptación quedaría excluida del procedimiento. Pero el caso es que para el fiscal general fue difícil cumplir su promesa —su capacidad de control sobre los fiscales a cargo de los procedimientos en materia de seguridad pública fue menor de lo que imaginaba—²⁹. No obstante, su argumentación ante los jueces se convirtió en la política del departamento y, en dos procesos, uno en Colorado³⁰ y otro en Oregón³¹, se notificó a 32 acusados que sus llamadas habían sido interceptadas conforme a las disposiciones de la Ley de 2008. En ambos casos, la validez de la Ley de 2008 se cuestionó a través de sendos recursos judiciales que pedían excluir las pruebas obtenidas en estas interceptaciones, pero tales peticiones fueron denegadas. No obstante, incluso si esas denuncias se hubieran estimado, eso no eliminaría el peligro constitucional central que plantea la Ley de 2008, ya que la Cuarta enmienda pretende proteger la privacidad de las conversaciones telefónicas, no solo el uso en un procedimiento penal de las pruebas obtenidas a través de la intervención de tales conversaciones.

Pese a todo, con frecuencia se alega la vulneración de la Cuarta enmienda para solicitar la exclusión de pruebas en juicios penales. Así, la regla de exclusión, que hace que las prue-

bas obtenidas de manera inconstitucional sean inadmisibles en el juicio, debe considerarse solo como un medio para reforzar la protección de la información privada establecida por la Constitución. A través de esta exclusión se busca negar razonablemente al Gobierno las ventajas que podría reportarle la infracción de la Cuarta enmienda, de manera que este vea reducido sus incentivos para transgredir la privacidad constitucionalmente protegida. Sin embargo, la protección otorgada por la regla de exclusión parece hacer más bien débil para garantizar la privacidad de todos aquellos periodistas, abogados y activistas estadounidenses considerados «víctimas incidentales» de escuchas ilegales dirigidas a extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas o de quienes tengan algún vínculo con personas consideradas terroristas.

En el momento en que presentaron la demanda, los actores temían que sus llamadas fueran o estuvieran siendo interceptadas y, en consecuencia, se vieron constreñidos a ajustar su comportamiento a esa eventualidad, es decir, tuvieron que renunciar a mantener conversaciones telefónicas o a limitarlas significativamente. La posibilidad de que una moción para suprimir los resultados de las posibles intervenciones fuera otorgada en el contexto de un proceso penal que aún no se presentaba y que, por tanto, aún no involucraba a ninguno de los demandantes, poco importaba realmente en la resolución del problema de fondo. La esencia del peligro planteado por las escuchas y la pérdida de privacidad que estas personas enfrentaban cuando presentaron su demanda y durante los cinco años que duró el proceso, abrió la vía hacia los tribunales federales. En este sentido, la hipotética protección derivada de la regla de exclusión no debería ser una razón para negarles legitimación como demandantes. En resumen, de acuerdo con el concepto tradicional de legitimación, los demandantes de *Clapper* tenían claramente derecho a una decisión sobre el fondo del asunto.

4. ¿REFORMULAR EL TEST DE LEGITIMACIÓN?

En un fallo dividido (cinco contra cuatro), la Corte de *Clapper* llegó a una conclusión diferente y negó que los demandantes tuvieran legitimación. El juez Samuel Alito redactó la opinión del grupo mayoritario formado por cinco jueces. Sin embargo, incluso esta mayoría se dividió internamente: aunque los cinco estuvieron de acuerdo en desestimar la demanda por falta de legitimación, hubo desacuerdo entre ellos sobre el estándar adecuado que había que aplicar en relación con la legitimación activa.

A lo largo de gran parte del texto de su voto, el juez Alito sostuvo que los demandantes carecían de legitimación porque no establecieron que el daño en que basaban su pretensión fuera «ciertamente inminente»³². Esta fórmula, en particular la palabra «inminente», sugiere que el acto lesivo del que se quejaban los demandantes en *Clapper* era un acto que temían que ocurriera en el futuro. Pero, en realidad, ese no era el caso. En lugar de aducir la realización de un acto lesivo en el futuro, lo que preocupaba a los demandantes eran los daños que estaban experimentando en el presente debido a las prácticas de vigilancia efectivamente instituidas por el Gobierno en el momento en que se presentó la demanda.

Los demandantes se quejaban de un daño que se estaba produciendo. Estas prácticas podían continuar en el futuro o estar ya en curso, pero la preocupación de los demandantes no se refería al futuro. Más bien, dado el carácter secreto del Programa de Vigilancia, su conjetura derivaba de lo inevitable, ya que en la actualidad, y desde el momento en que demandaron, su temor radicaba en que las personas con las que hablaban regularmente eran, de hecho, objetivos de escuchas telefónicas permitidas por la Ley de 2008. Sin embargo, incluso si la reclamación de los demandantes estuviera destinada a describir un error futuro, supuesto en el que la palabra «inminente» sería apropiada, el término «ciertamente» parecería estar fuera de lugar. Como afirmó el juez Breyer en su voto disidente, nadie puede estar seguro sobre el futuro.

En cualquier caso, es dudoso que el estándar de «ciertamente inminente» del juez Alito tuviera el respaldo de la mayoría de los jueces. Al menos un juez que apoyó la desestimación de la demanda (pudo haber más) parecía no estar dispuesto a suscribir tal estándar. Esto queda en evidencia en la nota número 5 del voto de Alito, que señala: «Nuestros casos no requieren uniformemente que los demandantes demuestren que es literalmente cierto que los daños que identifiquen se producirán en el futuro»³³. Hay que apuntar que la sustancia de esta nota al pie, su contenido literal, su estilo y el hecho de que el término utilizado en ella para acompañar el carácter «inminente» del daño difiere del empleado en el cuerpo de la opinión de Alito (en la cita se hace referencia al estándar incumplido como «claramente inminente», en lugar de «ciertamente inminente», que es el modo en que se utiliza a lo largo de la opinión mayoritaria). Esto puede indicar que la nota a pie de página no fue escrita por el propio Alito, sino por otro juez que insistió en que dicha cita se adjuntara a la opinión del juez Alito como condición para obtener su voto.

Después de distanciarse del estándar probatorio de «ciertamente inminente», la nota a pie de página 5 invoca lo que podría considerarse como la prueba de «riesgo sustancial», aunque con ambigüedad respecto a cuál podría ser el riesgo. En mi opinión, dado que la demanda fue presentada después de la promulgación de la ley, el riesgo que debe ser comprobado es el riesgo de que los demandantes puedan estar siendo perjudicados en ese momento. Sin embargo, la nota a pie de página habla del riesgo de que los demandantes se vean perjudicados como si lo que temieran fuera un error futuro. «En algunos casos», explica la nota, «nos encontramos ante un “riesgo sustancial” de que ocurra el daño»³⁴. Esta versión de la prueba de «riesgo sustancial» fue la que se aplicó, y la nota a pie de página concluyó que los demandantes incumplieron ese estándar.

El significado doctrinal de la nota 5 no está claro. Como mínimo, podemos deducir de su contenido que el juez Alito carecía del apoyo de la mayoría para justificar su estándar de «ciertamente inminente» y que al menos un juez que se unió a su opinión utilizó el estándar que consideraba más adecuado: el de «riesgo sustancial» (que fue extensamente defendido por el juez Breyer en su voto disidente). Por otro lado, al aplicar el estándar de «riesgo sustancial», el juez o los jueces que insistieron en la inclusión de la nota 5 estuvieron de acuerdo con la conclusión final de Alito en cuanto a que los demandantes carecían de legitimación. No obstante, y a pesar de que la decisión no contenía ninguna explicación de por qué el riesgo del que se quejaba el demandante no era sustancial, el autor de la nota 5

se basó en los mismos dos factores que el juez Alito había utilizado para explicar por qué el daño no era «ciertamente inminente»: *i)* se consideró que el daño del que se quejaban los demandantes era demasiado atenuado, en el sentido de que para identificarlo era necesario seguir una cadena de inferencias; y *ii)* se consideró que las alegaciones de los demandantes dependían en gran medida de las especulaciones sobre las elecciones que podrían hacer actores independientes que no comparecían ante la Corte como parte del proceso. Sin embargo, desde mi punto de vista, ninguno de estos factores, ya sea considerándolos en relación con el estándar de «ciertamente inminente» o con el de «riesgo sustancial», ofrece una base adecuada para negar la legitimación a los demandantes.

El primer argumento utilizado para justificar el sobreseimiento del caso por falta de legitimación fue que los demandantes se basan en una «débil cadena de inferencias necesarias para probar su daño»³⁵. Sin embargo, esta cadena de inferencias necesaria para mostrar el daño ocasionado a los demandantes (es decir, las llamadas telefónicas de los demandantes según los procedimientos autorizados por la Ley de Enmiendas de 2008) no es, en realidad, una cadena tan atenuada como el juez Alito o el juez o los jueces responsables de la redacción de la nota 5 pretenden hacer creer. Es cierto que la interceptación de una conversación telefónica depende de la decisión del Gobierno de utilizar los poderes que le otorga la Ley de 2008, y también lo es que, en caso de utilizarlos, lo haría de tal manera que abarcaría a las personas con las que los demandantes hablaban regularmente por teléfono. No hay nada de improbable en esta afirmación. Se basa en una comprensión concreta de la razón de ser de la Ley de 2008, de los imperativos de la «Guerra contra el terrorismo» y de las actividades profesionales de los demandantes. Aunque la «Guerra contra el terrorismo» pueda haber alcanzado el alcance global pretendido por el presidente Bush, las operaciones de Al Qaeda, el principal adversario en esa guerra, se centran en el Medio Oriente y en la región montañosa situada entre Afganistán y Pakistán. Los demandantes de *Clapper* realizaban llamadas a estas regiones con frecuencia y hablaban a menudo con personas sospechosas de tener vínculos con Al Qaeda u otras organizaciones terroristas.

El segundo argumento utilizado para negar legitimación a la parte demandante —tanto bajo el estándar de «ciertamente inminente» del juez Alito como del estándar de «riesgo sustancial» de la nota 5— fue que lo sostenido por los demandantes dependía de la «especulación sobre las “libres elecciones” tomadas por actores independientes que no formaban parte del proceso ante la Corte»³⁶. Este argumento tampoco es convincente. Presumiblemente, con el término de «actores independientes» la Corte se refiere a los jueces de la FISA a los que, según la Ley de 2008, el Gobierno debía solicitar autorización antes de interceptar las llamadas de los demandantes. Es cierto que las llamadas de los demandantes no podían interceptarse sin la aprobación de uno de los jueces de la FISA, y también lo es que estos últimos poseen todos los poderes que el artículo III les otorga. No obstante, aunque personalmente no diría que los jueces de la FISA, o cualquier otro juez a los que se refiere el artículo III, tengan una «discrecionalidad sin restricciones», la realidad es que los jueces de la FISA tienen la autoridad suficiente como para otorgar el permiso que el Gobierno solicite. Aunque, según sus propios términos, la Ley de 2008 restringe ostensiblemente la libertad de los jueces de la FISA —en la medida en que su autorización está sujeta a la

verificación de que todos los elementos necesarios para una interceptación están presentes—, podrían declarar inválida esta restricción en virtud de la Cuarta enmienda o de la doctrina que garantiza la separación de poderes, sobre la base de que dicha restricción constituye una injerencia inadmisible en el poder judicial.

No obstante, aunque sobre el papel los jueces de la FISA podrían decidir la aplicación de ese último argumento, las posibilidades de que lo hagan son, en la práctica, bastante remotas. Esta conclusión no se basa en simples especulaciones —reforzadas, por ejemplo, por el hecho de que los jueces de la FISA son seleccionados por el presidente— que pretenden cuestionar sin más la capacidad de los jueces federales para resistir al ejecutivo en su esfuerzo por investigar el terrorismo internacional. Más bien, se deriva de dos características esenciales del esquema FISA. La primera es que los jueces de la FISA actúan *ex parte*: solo escuchan a un lado (el lado del Gobierno)³⁷. La segunda es que los jueces de la FISA no están obligados a cumplir las exigencias del principio de razón pública: no anuncian públicamente sus decisiones ni están obligados a motivar su decisión con argumentos de razón pública. Los jueces de la FISA no se diferencian de cualquier otro juez federal (o magistrado) que tenga dentro de sus competencias la aprobación de solicitudes de órdenes de registro. Sin embargo, el incumplimiento de las normas procesales que generalmente gobiernan el ejercicio del poder judicial hace que sea profundamente improbable que el poder constitucional que poseen los jueces de la FISA sea ejercido de tal manera que se protejan los intereses privados de los demandantes garantizados por el Cuarta enmienda.

Por estas razones, los dos argumentos —tanto la débil cadena de causalidad como el papel de los actores independientes en esta cadena— esgrimidos por el autor de la nota 5 para explicar por qué, incluso bajo la prueba de riesgo sustancial, la demanda de *Clapper* debe desestimarse por falta de legitimación no resultan lo suficientemente convincentes. Además de esto, me preocupan —y a los jueces también deberían preocuparles— las consecuencias prácticas de la aplicación del estándar, ya que esa forma de aplicarlo privaría en la práctica a la Ley de 2008 de cualquier revisión judicial. En el cuerpo de su opinión, el juez Alito intenta abordar esta contingencia, pues parece ser consciente de que la consecuencia práctica de aislar la Ley de 2008 de revisión judicial es más que evidente bajo su estándar de «ciertamente inminente». El uso de los términos empleados en la aplicación del estándar por el juez Alito, particularmente la elección del término «ciertamente» como parte imprescindible del estándar, apunta a que su aplicación generará inevitablemente ese perverso efecto.

Con el fin de hacerse cargo de esta objeción, Alito aludió a varios escenarios en los que, según sostenía, sí podría realizarse una revisión judicial de la Ley: una sentencia constitucional de un juez de la FISA ante una solicitud de autorización del Gobierno para interceptar un teléfono, una sentencia de un juez federal que ordenase la exclusión probatoria del contenido de la interceptación cuando una de las partes de la conversación interceptada sea procesada penalmente, o un procedimiento ante el tribunal de la FISA cuando un proveedor de servicios de comunicación electrónica se opusiera a una orden que autoriza el acceso a sus instalaciones. Sin embargo, aunque todos estos escenarios imaginarios son posibles, podrían darse solo en circunstancias muy excepcionales; incluso si algún día

tuvieran lugar, la Ley de 2008 ya habría afectado a los demandantes o a quienes tuvieran legitimación para demandar. El temor fundado de que sus conversaciones telefónicas sean interceptadas llevaría a los afectados a ser excesivamente cautelosos o tal vez decidirían renunciar por completo a las conversaciones telefónicas y organizar sus vidas de manera tal que sus conversaciones fueran solo en persona.

Después de tratar de minimizar el riesgo de que la resolución de la Corte, con su estándar de «ciertamente inminente», privara a la Ley de 2008 de revisión judicial, el juez Alito expresó su indiferencia ante esa posibilidad. Alito sostuvo que incluso si reconociera que la desestimación de la demanda tuviera el efecto de impedir la revisión judicial de la Ley de 2008, esa consecuencia no tendría relevancia legal, ya que «asumir que si los demandantes no tienen legitimación para demandar nadie la tendrá, no es un motivo para reconocerles legitimación»³⁸.

Es verdad que, en el plano puramente técnico, el juez Alito tiene razón: tener legitimación, según la doctrina tradicional, es un requisito estrictamente jurídico. Sin embargo, las consecuencias prácticas que se derivan de la decisión redactada por él constituyen una buena razón para analizar los pasos del razonamiento que le guió —tanto el criterio elegido para la analizar el requisito de legitimación como la forma en que fue aplicado—. En este sentido, el juez Alito debería mostrarse preocupado, y no indiferente, por las posibles consecuencias prácticas del criterio que aplica, así como por la decisión de desestimar la demanda por una supuesta falta de legitimación.

¿Qué podría justificar tal indiferencia? Alito presentó la aplicación restrictiva del requisito de legitimación como una cuestión de respeto al principio de separación de poderes. Según Alito, la separación de poderes exige que el poder judicial sea cauteloso y no se entrometa en los otros poderes del Estado. Tal lectura considera la separación de poderes como un principio «negativo», que se traduce en una restricción para el poder judicial. Desde esta perspectiva, un fallo que tiene el efecto de privar a la Ley de 2008 de revisión judicial concuerda con lo que el juez Alito considera el principal requisito de la separación de poderes: que el poder judicial deje en paz a los otros poderes del Estado. Esta coincidencia es la que puede explicar su indiferencia ante la consecuencia práctica de su fallo o, particularmente, puede explicar en gran medida la aplicación de su estándar de «ciertamente inminente».

Pero al asumir ese punto de vista, el juez Alito ignoró las cruciales dimensiones «positivas» de la doctrina sobre el principio de separación de poderes. La separación de poderes no solo sirve para preservar los límites entre los tres poderes del Estado, es decir, evitar que uno usurpe la función de otro. Este principio también cumple una función positiva: asegurar que cada poder realice la función que le corresponde. De tal manera que, si bien el poder judicial no debe usurpar las funciones de los otros poderes, es igualmente importante que el poder judicial cumpla con su deber asignado, a saber, proteger y salvaguardar la Constitución y determinar si la acción de los otros poderes se realiza de acuerdo con la ley y la Constitución. Por lo tanto, diría que un fallo que tiene el efecto práctico de privar a una ley de revisión judicial colisiona con el cumplimiento del propio deber judicial y debe verse, en consecuencia, con escepticismo.

El énfasis del juez Alito en las dimensiones negativas de la separación de poderes y su disposición a optar por una determinada regla de legitimación que tendría el efecto de dejar a las enmiendas a la FISA de 2008 sin posibilidad de revisión judicial también puede ser un reflejo de la deferencia que el poder judicial ha mostrado tradicionalmente hacia los otros poderes políticos en aquellos asuntos relativos a la seguridad nacional. De hecho, poco después de dictaminar que el requisito de legitimación impide que el proceso judicial usurpe funciones de los poderes políticos, Alito declaró: «A menudo hemos encontrado falta de legitimación en los casos en que se ha solicitado al poder judicial que revise las acciones de los poderes políticos en materia de recopilación de inteligencia y de asuntos exteriores».

Tras esta declaración, Alito citó tres casos de principios de la década de 1970 presentados al mismo tiempo que el caso *Keith* y que fueron desestimados por falta de legitimación. El primero tenía que ver con el cuestionamiento de una ley que bloqueó la revisión por el Congreso de los gastos de la CIA³⁹; el segundo trataba sobre un programa de recopilación de inteligencia del ejército⁴⁰; y el tercero cuestionaba la práctica de permitir que los miembros del Congreso pudieran servir en la reserva de las fuerzas armadas⁴¹. En realidad, en ninguno de estos casos se intentó aplicar el estándar de «ciertamente inminente» defendido por el juez Alito (esa fórmula deriva de un caso en el que un preso impugnó la pena de muerte que debía imponérsele a un compañero en prisión)⁴². Por otra parte, tampoco en ninguno de estos casos se sugirió que debiera aplicarse un requisito más exigente o más estricto a los casos que involucraran la recopilación de información sobre inteligencia o asuntos exteriores. El juez Alito es cuidadoso al elegir las palabras: utiliza la expresión «a menudo» como si simplemente estuviera describiendo una práctica. Analizando bien sus términos, sin embargo, el mensaje transmitido pretende ser prescriptivo: es como si Alito estuviera anunciando un precedente que, en lo sucesivo, debería regir en la Corte para evaluar su posición en asuntos de seguridad nacional. De hecho, este anuncio, que apunta a un reforzamiento del nivel de legitimación exigido a los demandantes en los casos de seguridad nacional, bien podría ser el punto clave de *Clapper*.

En muchas situaciones, nos hemos acostumbrado a pedir al poder judicial que se contenga al revisar el trabajo que los otros poderes desarrollan en materia de seguridad nacional. De acuerdo con esta práctica familiar, en el conflicto entre libertad y seguridad el poder judicial debería mostrar cierta deferencia por el equilibrio proporcionado por los poderes políticos. Pero Alito define el ámbito de la debida deferencia de manera un poco diferente: entiende que la «recopilación de información de inteligencia» y los «asuntos extranjeros» son materias distintas a la seguridad nacional⁴³. En la práctica, esa diferencia se vuelve casi imperceptible. En cualquier caso, lo cierto es que la exigencia de respeto hacia los otros poderes puede contrarrestarse, o al menos atenuarse, mediante una comprensión de las dimensiones positivas de la doctrina de separación de poderes tan fuertemente reivindicada en el caso *Boumediene contra Bush*⁴⁴. Como muestra este caso, si bien puede ser responsabilidad de los poderes políticos determinar la naturaleza y la magnitud de cierta amenaza que enfrenta la nación y especificar la respuesta adecuada a esa amenaza, es responsabilidad del poder judicial determinar si el curso de acción elegido por el poder político es conforme con la Constitución.

Al trazar su curso de acción, los poderes legislativo y ejecutivo deben tomar inevitablemente en consideración su conformidad con la Constitución, ya que, como los miembros del Congreso y el presidente sobradamente saben, sus acciones están limitadas por los términos en que su autoridad es concedida y por los principios de competencia contenidos en la Constitución. La facultad del poder judicial para cuestionar los actos de los poderes políticos sobre la base de su adecuación a la Constitución no deriva de ninguna pericia moral que posean las personas que ejercen el poder judicial. En el ámbito moral, las facultades del poder judicial no difieren en ningún aspecto significativo de las de quienes sirven en el Congreso o trabajan en la Casa Blanca. La facultad del poder judicial de revisar las decisiones de los poderes políticos sobre cuestiones jurídicas se deriva, más bien, del hecho de que, en el ejercicio de este poder extraordinario, los jueces están limitados por las restricciones de la razón pública: deben enfrentar las demandas que, de otro modo, preferirían ignorar; deben escuchar a todas las personas agraviadas; deben mantenerse al margen de las coyunturas políticas; y deben exponer sus decisiones en público, justificando sus decisiones con argumentos razonables⁴⁵. La adhesión a las restricciones del principio de razón pública faculta al poder judicial para revisar un acto o decisión con base en el principio de legalidad al que debe sujetarse la acción de los poderes políticos y, bajo nuestro esquema de gobierno, esta facultad se ha convertido en una responsabilidad.

Cuando, en el ámbito de la seguridad nacional, la Corte se remite a la decisión de los poderes políticos sobre una cuestión constitucional, está incumpliendo su deber de revisión judicial. Cuando aplica un estándar de legitimación más estricto para resolver casos de seguridad nacional y luego se desestima la demanda por falta de su cumplimiento, la Corte podría estar cometiendo el mismo error. De hecho, creo que el error es mucho más grave, ya que la Corte desestima la demanda sin considerar el fondo de la reclamación. Este resultado no solo frustra y decepciona a los demandantes, sino que, lo que es más importante aún, contribuye al deterioro del sistema político, pues la Corte se niega a abordar la cuestión de Derecho en disputa: la cuestión de si la Ley de enmiendas de 2008 viola la Cuarta enmienda. Se está eximiendo así de cualquier responsabilidad a los poderes políticos por el funcionamiento de la ley o por la infracción de la Constitución que esta ley podría suponer. Al actuar de ese modo, la Corte puede estar protegiendo su influencia en ciertos círculos, incluidos aquellos interesados en preservar el llamado capital político de la Corte, que podría estimarse necesario para otros fines⁴⁶. Sin embargo, este objetivo nunca debe alcanzarse a expensas de no asumir (y ejercer) su responsabilidad. Una responsabilidad que tiene una larga tradición y que es fundamental incluso en tiempos de guerra: someter a los poderes políticos a la ley.

Traducción: Jose Antonio García Sáez

NOTAS

1. Aunque el término requisito de legitimación («standing» en inglés) aparece por primera vez en las decisiones de la Corte Suprema a principios del siglo XX, este tiene sus raíces en preocupaciones tan antiguas como la propia Constitución (Ho y Ross, 2010: 591).

2. 133 S Ct 1138 (2013).
3. El término «niveles de legitimación» («tiers of standing» en inglés) fue acuñado por Julie Verloff en mi seminario de primavera de 2013 sobre Derecho y terrorismo.
4. Risen y Lichtblau (2005).
5. Pub L No 95-511, 92 Stat 1783, 50 USC ch 36.
6. 92 Stat at 1783-84, § 101 (a) - (b).
7. *Íd.* at § 101(b) (2), 92 Stat 1784..
8. Autorización para el Uso de la Fuerza Militar (AUMF por sus siglas en inglés) (Pub L 107-40, 115 Stat. 224, 2001).
9. Consúltase la Prueba ante el Comité Judicial, el Senado de EE. UU., el Poder Ejecutivo de Guerra y el Organismo de Vigilancia de la Agencia de Seguridad Nacional (109a Cong., 2ª sesión, 2006: 10-15).
10. Consúltase la carta del fiscal general Alberto R. Gonzales a los Senadores Patrick Leahy y Arlen Specter, de 17 de enero de 2007.
11. Isikoff (2007).
12. Protect America Act, Pub L No 110-155, 121 Stat 552, codified at 50 USC §§ 1801, 1803, 1805.
13. Pub L No 110-261, 122 Stat 2436, codified at 50 USC § 1881a.
14. Pub L No 110-261, 122 Stat 2436, 2444, codified at 50 USC § 1881a (a) (i) (3) (A).
15. 389 US 347 (1967).
16. *Íd.* at 358 n 23.
17. *United States vs. United States District Court*, 407 US 297 (1972).
18. *Íd.* at 308.
19. *Vid.*, por ejemplo, *States vs. Pelton*, 835 F2d 1067, 1075-76 (4th Cir 1987); *United States vs. Badia*, 827 F2d 1458, 1464 (11th Cir 1987); *United States vs. Megahey*, 553 F Supp 1180 (E D NY 1982), *aff'd* under name *United States vs. Duggan*, 743 F2d 59 (2d Cir 1984).
20. Pub L No 107-56, 115 Stat 272 (2001). Se ha dejado el nombre de la ley en el inglés original, puesto que así ha sido conocida también en contextos hispanohablantes [N. del T.].
21. 494 US 259 (1990).
22. *Íd.* at 275.
23. 553 US 723 (2008).
24. Pub L No 95-511, 92 Stat 1783, at 1787, § 102 (a) (1) (B).
25. Pub L No 110-261, 122 Stat 2439, § 702(d) (1) (B), codified at 50 USC § 1881a (d) (1) (B).
26. *Vid.*, por ejemplo, *United States vs. Perillo*, 333 F Supp 914, 919-21 (D Del 1971), citando a *Alderman vs. United States*, 394 US 165, 175 n 10 (1969) (en estas decisiones se consideró constitucional el uso por parte del Gobierno de conversaciones derivadas de la vigilancia de un objetivo específico y un tercero en un proceso penal posterior llevado contra ese tercero, donde la vigilancia de la que se obtu-

vieron las conversaciones se realizó de conformidad con una orden que solo aplicaba para el objetivo de la vigilancia, no para terceros). *Vid.*, además, *United States vs. Kahn*, 415 US 143, 157 (1974) (en esta decisión se sostuvo que la interceptación por parte del Gobierno de llamadas incriminatorias a la esposa de un objetivo de vigilancia, y el uso posterior de esas llamadas en un proceso penal contra la esposa, no violaron la Cuarta enmienda a pesar de que el gobierno no había establecido una causa probable que justificara la vigilancia con respecto a la esposa antes de comenzar la vigilancia).

27. *Vid.*, por ejemplo, *Berger vs. State of N.Y.*, 388 US 41 (1967).

28. *Al-Aulaqi vs. Panetta*, 35 F Supp 3d 56 (D DC 2014).

29. Savage (2013).

30. Este caso involucró una notificación previa al juicio a una persona acusada de proporcionar apoyo material a un grupo terrorista con sede en Uzbekistán. Orden de Denegación de Moción para Suprimir Evidencia Obtenida o Derivada de acuerdo con las Leyes de Enmiendas la FISA o para Descubrimiento, No l: 12-cr-00033-JLK (D Colo, 19 de noviembre de 2015).

31. En este caso, un estudiante de la Universidad de Oregon fue condenado por intentar usar un arma de destrucción masiva. *Estados Unidos vs. Mohamud*, 941 F Supp 2d 1303 (D Or 2013). Meses después de su condena, el acusado fue puesto conocimiento de que la información obtenida o derivada de la FISA tradicional podría haber sido aumentada o agravada por la información recopilada según las disposiciones de la Ley de 2008. Notificación Suplementaria a la FISA del Gobierno, Estados Unidos contra Mohamud, No 3: 10-CR-00475-KI (D o, 19 de noviembre de 2013). El fallo que niega la moción se presenta en Opinion and Order, *Estados Unidos vs. Mohamud*, No 3: 10-CR-00475-KI (D Or, 19 de marzo de 2014).

En un tercer caso que involucraba a un individuo acusado de brindar apoyo material a una organización terrorista, el Gobierno proporcionó la notificación requerida después de que el acusado se hubiera declarado culpable, pero Loretta Lynch, entonces fiscal federal para el Distrito Este de Nueva York, arguyendo la teoría de que el acusado había renunciado a su derecho de apelación al declararse culpable, denegó a esta persona la oportunidad de retirar su declaración de culpabilidad o de atacar su condena de otro modo. Carta de Loretta E. Lynch, fiscal de los Estados Unidos, a Agron Hasbajrami, de 24 de febrero de 2014. Para obtener más información sobre estos casos, consúltase Donohue (2005).

32. Por ejemplo, *Clapper vs. Amnesty Int'l USA*, 133 S Ct 1138, 1143 (2013) (citación interna omitida).

33. En su totalidad, la nota a pie de página dice lo siguiente: «Our cases do not uniformly require plaintiffs to demonstrate that it is literally certain that the harms they identify will come about. In some instances, we have found standing based on a “substantial risk” that the harm will occur, which may prompt plaintiffs to reasonably incur costs to mitigate or avoid that harm». *Monsanto Co. vs. Geertson Seed Farms*, 561 US 139, ---, 130 S.Ct. 2743, 2754-2755, 177 L.Ed.2d 461 (2010). *Vid. Pennell vs. City of San Jose*, 485 US 1, 8, 108 S.Ct. 849, 99 L.Ed.2d 1 (1988); *Blum vs. Yaretsky*, 457 US 991, 1000-1001, 102 S.Ct. 2777, 73 L.Ed.2d 534 (1982); *Babbitt vs. Farm Workers*, 442 US 289, 298, 99 S Ct 2301, 60 L.Ed.2d 895 (1979). But to the extent that the “substantial risk” standard is relevant and is distinct from the “clearly impending” requirement, respondents fall short of even that standard, in light of the attenuated chain of inferences necessary to find harm here. See supra, at 1148-1150. In addition, plaintiffs bear the burden of pleading and proving concrete facts showing that the defendant’s actual action has caused the substantial risk of harm. Plaintiffs cannot rely on speculation about “the unfettered choices made by independent actors not before the court”. *Defenders of Wildlife*, 504 US, at 562, 112 S.Ct. 2130. *Clapper vs. Amnesty Int'l USA*, 133 S Ct 1138, 1150 n 5 (2013)».

34. *Íd.*

35. *Íd.*

36. *Íd.*

37. Dos años después del caso *Clapper*, se promulgó una nueva legislación que autorizaba a los jueces de la FISA a designar a expertos en libertades civiles como *amici curiae* con el fin de articular «argumentos legales para promover la protección de la privacidad individual y las libertades civiles». Ley de Monitoreo de 2015 (Ley de Libertad de los Estados Unidos), Pub L No 114-23, 129 Stat 268, § 401 (4) (C).

38. 133 S Ct 1138, 1154 (2013), citando a *Valley Forge Christian Coll. vs. Americans United for Separation of Church & State, Inc.*, 454 US 464, 489 (1982).

39. *United States vs. Richardson*, 418 US 166 (1974).

40. *Laird vs. Tatum*, 408 US 1 (1972).

41. *Schlesinger vs. Reservists Comm. to Stop the War*, 418 US 208 (1974).

42. *Whitmore vs. Arkansas*, 495 US 149 (1990).

43. *Clapper vs. Amnesty Int'l USA*, 133 S Ct 138, 1147 (2013).

44. *Boumediene vs. Bush*, 553 US 723 (2008).

45. Para obtener más información sobre el papel de la razón pública y el papel judicial, *vid.* Fiss (2003).

46. *Vid.*, por ejemplo, la famosa disidencia del juez Robert Jackson en *Korematsu vs. Estados Unidos*, 323 US 214, 248 (1944) (Jackson, J., disidente); y Bickel (1962).

BIBLIOGRAFÍA

BICKEL, Alexander M. (1962): *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill.

K. DONOHUE, Laura K. (2015): «Section 702 and the Collection of International Telephone and Internet Content», *Harv J L & Pub Pol*, 117, 251 n 565.

FISS, Owen M. (2003): *The law as it could be*, Nueva York: New York University Press.

GUNTHER, Gerald (1972): «Foreword: in search of evolving doctrine on a changing Court: a model for a newer equal protection», *Harvard Law Review*, 86 (1), 1.

HO, Daniel E. y Erica L. ROSS (2010): «Did liberal justices invent the standing doctrine? An empirical study of the evolution of standing, 1921-2006», *Stanford Law Review*, 62 (3), 591.

ISIKOFF, Michael (2007): «Terror Watch: Behind the Surveillance Debate», *Newsweek*, July 31.

RISEN, James y Eric LICHTBLAU (2005): «Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts», *New York Times*, Dec. 16.

SAVAGE, Charlie (2013): «Door May Open for Challenge to Secret Wiretaps», *New York Times*, Oct. 17.

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2018.

Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.