

## EL MUNDO EN QUE VIVIMOS\*

OWEN FISS\*\*

YALE UNIVERSITY, ESTADOS UNIDOS  
owen.fiss@yale.edu

RESUMEN: Este ensayo se centra en la amenaza a nuestro sistema constitucional – la restricción de la libertad de expresión en nombre de la lucha contra el terrorismo. Específicamente, mi objeto de estudio es la decisión de la Corte Suprema en junio de 2010 en el caso Holder contra *Humanitarian Law Project*, que confirmó la autoridad del Congreso para tipificar como delito la promoción política en nombre de organizaciones terroristas extranjeras. Al igual que las intervenciones telefónicas sin orden judicial, el riesgo de enfrentar un proceso penal por efectuar una defensa política –como sería por ejemplo, las expresiones de un ciudadano estadounidense en un foro en su país, donde señale que una organización terrorista extranjera tiene una justa causa– constituye una amenaza para nuestra democracia, aunque el peligro es mayor que eso. El riesgo de escuchas telefónicas sin orden judicial inhibe la libertad de expresión, pero el riesgo de enfrentar un proceso penal puede detenerla por completo.

Palabras claves: *guerra contra el terrorismo, libertad de expresión, Holder contra Humanitarian Law Project, Corte Suprema.*

### THE WORLD WE LIVE IN

ABSTRACT: This Essay focuses on a threat to our constitutional order - the curtailment of freedom of speech in the name of fighting terrorism. Specifically, my subject is

---

\* Este ensayo se basa en la conferencia Arlin & Neysa Adams Lecture in Constitutional Law en la Temple University Beasley School of Law, dictada el 1 de marzo de 2011. Se benefició enormemente de la ayuda en la investigación de Lucas Norris y Shamas Diala. Publicado originalmente en inglés en: Temple Law Review Vol. 83 N° 2, invierno de 2011, pp. 295-308. Con autorización del autor. Traducido al español por Matías Henríquez González, con correcciones de Rodrigo Polanco Lazo.

\*\* Sterling Professor Emeritus of Law y Professorial Lecturer in Law en Yale Law School.

the Supreme Court's decision of June 2010 in *Holder v. Humanitarian Law Project*, which upheld the authority of Congress to criminalize political advocacy on behalf of foreign terrorist organizations. Like warrantless wiretapping, the risk of a criminal prosecution for political advocacy—for example, an utterance by an American citizen in an American forum that a foreign terrorist organization has a just cause—poses a threat to our democracy, but the danger is greater. The risk of warrantless wiretapping inhibits speech; the risk of a criminal prosecution stops it altogether.

Keywords: *war on terror, freedom of speech, Holder v.s Humanitarian Law Project, Supreme Court.*

El 11 de septiembre de 2001 marcó una nueva etapa en el mundo del derecho estadounidense. La lucha contra el terrorismo se convirtió en un asunto de suma importancia para el público y como parte de esto hemos adoptado una serie de políticas que han comprometido importantes principios constitucionales.

Muchas de estas políticas corresponden al tratamiento de los presuntos terroristas que fueron capturados como parte en la llamada “Guerra contra el terrorismo”. Algunos de estos presos han sido sometidos a técnicas de interrogación que bien podrían considerarse como métodos de tortura. Otros están siendo juzgados por comisiones militares. Aún otros están siendo detenidos por períodos de tiempo prolongados e indefinidos, sin ser acusados de algún delito o permitirlesse permite, la interposición de un recurso de amparo (habeas corpus) o cualquier otro medio para analizar la legalidad de su privación de libertad.

El desafío de nuestro sistema constitucional no se ha limitado a las políticas que rigen a los presuntos terroristas bajo nuestra custodia. Inmediatamente después de los ataques del 11 de septiembre, el presidente Bush autorizó a la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) para realizar intervenciones telefónicas sin la autorización del tribunal<sup>1</sup>. Estas escuchas se utilizarían para monitorear las llamadas realizadas por estadounidenses a personas en el extranjero sospechosas de tener vínculos con Al Qaeda. La existencia de este programa se dio a conocer en diciembre de 2005 y pronto se ríaconvertiría en un tema de gran controversia pública y una serie de demandas. En enero de 2007, el presidente Bush suspendió este programa, como en palabras del Ministro de Justicia, por una cuestión de política<sup>2</sup>. Posteriormente en ese mismo año 2008, el primer mandatario obtuvo la autorización del Congreso para proceder con esas intervenciones

---

<sup>1</sup> RISEN, James & LICHTBLAU, Eric. “Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts”, *en*: N.Y. TIMES, 16 de Diciembre de 2005, en A1.

<sup>2</sup> LICHTBLAU, Eric y JOHNSTON, David. “Court to Oversee U.S. Wiretapping in Terror Cases”, *en*: N.Y. TIMES, 18 de Enero de 2007 en A1.

telefónicas sin orden judicial, y luego, el Ministro de Justicia del presidente Obama aceptó dicha medida como constitucional y declaró que las intervenciones telefónicas<sup>3</sup> sin orden judicial son una “herramienta esencial” en la lucha contra el terrorismo<sup>4</sup>.

La concesión de esta facultad por el Congreso eliminó el conflicto entre la acción ejecutiva y el Foreign Intelligence Surveillance Act de 1978. No logró, sin embargo, superar la objeción al programa de la NSA basado en la Cuarta Enmienda, el cual requiere que, como cuestión general, las intervenciones telefónicas tienen que ser autorizadas por un tribunal. El requisito de la autorización intenta frenar la arbitrariedad del Poder Ejecutivo y por tanto, proteger la privacidad y la libertad de comunicación de todos los estadounidenses, en lo la inmediatez de los periodistas que producen frecuentemente sus reportajes a través de llamadas telefónicas a una gran red de personas en el Medio Oriente, algunos de los cuales puede pensarse que tienen tomados en cuenta por tener vínculos con Al Qaeda<sup>5</sup>.

Este ensayo se centra en la amenaza a nuestro sistema constitucional, referida a la restricción de la libertad de expresión en nombre de la lucha contra el terrorismo. Específicamente, mi objeto de estudio es la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos de Junio de 2010 en el caso Holder contra *Humanitarian Law Project*<sup>6</sup>, que confirmó la autoridad del Congreso para tipificar como delito la promoción política en nombre de organizaciones terroristas extranjeras. Al igual que las intervenciones telefónicas sin orden judicial, el riesgo de enfrentar un proceso penal por efectuar una defensa política –por ejemplo, las expresiones de un ciudadano estadounidense en un foro en su país donde señale que una organización terrorista extranjera tiene una justa causa– constituye una amenaza para nuestra democracia, aunque, el peligro es mayor que eso. El riesgo de escuchas sin orden judicial inhibe la libertad de expresión, pero el riesgo de enfrentar un proceso penal puede detenerla por completo.

Enfocarse en la decisión *Humanitarian Law Project* también nos permitirá asignar una responsabilidad más precisa de cara a la degradación de la Constitución. Luego

<sup>3</sup> Protect America Act de 2007, Pub. L. No. 110-55, 121 Stat. 552 (codificado como modificaciones en las disposiciones del Art. 50 del U.S.C.) (contiene un plazo de 180 días que requiere de una extensión del precepto, el 2 de febrero de 2008); Foreign Intelligence Surveillance Act de 1978, modificaciones de 2008, Pub. L. No. 110-261, 122 Stat. 2436 (codificado con modificaciones en las disposiciones del Art. 50 del U.S.C.) (Modificación de FISA en 1978 en una forma similar al Protect America Act de 2007).

<sup>4</sup> Nómima de Eric H. Holder, Jr., al puesto de Fiscal nacional de los Estados Unidos. Audiencia ante el S. Com. del Poder Judicial, Congreso N° 111, p. 104, 2009.

<sup>5</sup> Véase WRIGHT, Lawrence. “The Spymaster”, en: *New Yorker* el 21 de enero de 2008, en p. 42.

<sup>6</sup> 130 S. Ct. 2705 (2010).

seremos capaces de ver con más claridad de lo que pudimos, a través de un análisis de las políticas que rigen el tratamiento de los reclusos o incluso, del programa de intervenciones telefónicas de la NSA, que la amenaza a nuestra libertad no proviene solo de los excesos unilaterales del presidente Bush, sino también de políticas que han sido defendidas y continuadas por el presidente Obama y aceptadas por otras ramas del gobierno, incluida la Corte Suprema<sup>7</sup>. Las tres ramas comparten la responsabilidad por abusos de la Constitución a los que nos enfrentamos en este siglo del terror.

1

Terrorismo, actos de violencia en la búsqueda de algún objetivo político, son el objeto de toda una gama extensa de leyes penales. Matar a civiles o a altos funcionarios del gobierno es siempre ilegal. El Congreso decidió, sin embargo, que dichas leyes no eran suficientes, por lo que se concibió una estrategia promulgada por primera vez en 1994, pero luego modificada el 2001 y posteriormente el 2004, para luchar contra las organizaciones que nutren, apoyan y dirigen las actividades terroristas<sup>8</sup>. El Congreso espera que el aislamiento y la hambruna, puedan reducir el riesgo de terrorismo de estas organizaciones.

La legislación cuestionada en el *Humanitarian Law Project* se aplica sólo a organizaciones terroristas extranjeras y no a las nacionales. Este cuerpo normativo no define el término “extranjero”, pero se supone que requiere que la organización tenga base en el exterior y que el número de miembros esté constituido en gran parte por no-nacionales. Algunas organizaciones que cumplan con esta exigencia, como Al Qaeda, pueden ser una amenaza para los objetivos dentro de los Estados Unidos, como se manifiesta en los ataques del 11/9. Pero hay otras, tales como el PKK en Turquía o los Tigres Tamiles en Sri Lanka –las organizaciones específicamente involucradas en el caso que se analiza– que no es probable que presenten una amenaza debido a que sus actos de violencia tienden estar limitados a los territorios en los que están asentados. El interés del Congreso en la regulación de tales organizaciones puede derivarse del deseo de proteger a cada uno de los ciudadanos estadounidenses que viajan al extranjero, que podrían convertirse en víctimas de las actividades terroristas de estas organizaciones. O el Congreso pudo haber tratado de promover los objetivos de la política exterior de los Estados Unidos, ayudando a aliados como Turquía o Sri Lanka, en su esfuerzo por combatir el terrorismo que ocurre dentro de sus fronteras.

---

<sup>7</sup> Véase FISS, Owen. *Aberrations no more*, en: *Utah Law Review*, Vol. 1.: pp. 1085 y ss., 2010.

<sup>8</sup> 18 U.S.C. §§ 2339A, 2339B (2006). El linaje de estos estatutos se describe en el *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2712-13.

En la consecución de estos objetivos, el Congreso estableció un procedimiento en el Poder Ejecutivo para la designación de ciertas organizaciones como “organizaciones terroristas extranjeras”<sup>9</sup>. El poder de hacer esta designación recae en el Ministro de Relaciones Exteriores, quien toma su decisión sobre la base de un expediente administrativo. Este registro consiste esencialmente en una recopilación de información preparada por una oficina especial dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores. El Ministro de Relaciones Exteriores tiene la obligación de consultar con el Ministro de Hacienda y el Ministro de Justicia, y también está el expediente administrativo también puede incluir información de sus departamentos. A la presunta organización terrorista y sus miembros no se les otorga ninguna notificación de este procedimiento, y por lo tanto, no tienen la oportunidad de participar en el procedimiento de ninguna manera.

Siete días antes de anunciar su decisión, el Ministro de Relaciones Exteriores debe advertir a un grupo selecto de líderes del Congreso su intención de designar a un grupo como una “organización terrorista extranjera”. A continuación, debe publicar su designación en el Registro Federal, momento en el cual la designación surtirá efecto. Una organización designada como “organización terrorista extranjera” puede solicitar la revisión judicial de la determinación del Ministro, ante la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, pero dicha revisión se encuentra limitada a determinar, sobre la base del expediente administrativo, si la acción del Secretario es arbitraria y caprichosa, o cede si de otra manera excede sus facultades. El Ministro podrá complementar el expediente administrativo enviando información clasificada a la Corte de Apelaciones, la cual puede ser examinada *salas en secreto* y sin la presencia de los abogados de la organización designada. Por lo demás, no hay audiencia probatoria ante la Corte de Apelaciones, y tampoco hay oportunidad para que de ninguna manera, la organización designada *suplemente* el expediente administrativo.

El procedimiento de designación establecido por el Congreso es el prelude de una norma operativa clave de esta legislación<sup>10</sup>. Esta disposición prohíbe “apoyo material” a una organización designada como terrorista extranjera y a los que violan esta prohibición se les impone una pena de hasta quince años de prisión. Aquí es importante señalar una ambigüedad en la palabra “material”, esto es, puede significar “tangible” y así incluir la provisión de objetos físicos tales como computadoras o teléfonos móviles o armas, incluso fondos. El vocablo también puede referirse a que ello es “importante” o “significante”, y es este uso de la palabra que permite a esa ley criminalizar el apoyo material que alcanza incluso a la defensa política.

<sup>9</sup> 8 U.S.C. § 1189 (2006).

<sup>10</sup> 18 U.S.C. § 2339B(a)(1).

El estatuto enumera diferentes maneras de apoyo que puede otorgarse a una organización designada y en 2004 esa ley fue reformada para incluir la prestación de “servicios” en la lista<sup>11</sup>. En el *Humanitarian Law Project*, el gobierno sostuvo que la defensa política –por ejemplo, el discurso de un ciudadano estadounidense dirigido a un grupo de ciudadanos americanos defendiendo los objetivos de la organización– debe considerarse como un servicio, y la Corte –en opinión de su Presidente, el juez Roberts– estuvo de acuerdo con esta interpretación del estatuto<sup>12</sup>.

Algunas, pero no todas, las organizaciones no todas-, que apoyan el terrorismo operan en dos modos diferentes, uno violento y el otro pacífico o humanitario. Los miembros de dichas organizaciones podrán matar a civiles o altos funcionarios del gobierno, pero también podrían distribuir alimentos a los necesitados. Esta dualidad de función no parece ser el caso de Al Qaeda, el foco principal de la guerra de Estados Unidos contra el terrorismo. Es cierto, sin embargo, acerca de Hamas, Hezbollah, y las dos organizaciones que fueron los sujetos específicos del *Humanitarian Law Project*: el PKK en Turquía, donde busca derechos de autonomía y culturales para los kurdos, y los Tigres Tameses en Sri Lanka, recientemente aniquilados por el gobierno de Sri Lanka, pero que durante décadas buscó la autonomía para los tameses de la isla<sup>13</sup>.

Una pregunta que surgió ante el Tribunal en cuanto a si se debe hacer alguna diferencia si la ayuda material fue entregada pacífica o humanitariamente, en oposición a las actividades violentas de la organización. Roberts interpretó el estatuto, señalando que contiene una prohibición universal de apoyo –no hace ninguna diferencia si el apoyo tangible o de otra manera, se le da a la organización para promover sus principios pacifistas o humanitarios en oposición a sus actividades violentas. Toda ayuda es penalmente prohibida.

Cuando el material de apoyo consiste en dinero se entiende bien la insistencia del Congreso en una prohibición universal. El dinero es fungible. El dinero entregado para fines humanitarios como la compra de alimentos, también podría ser utilizado para comprar armas. Incluso si el dinero se utiliza para comprar alimentos, liberaría recursos financieros que luego pueden ser utilizados para las actividades violentas de la organización. Sin embargo, una política de compartimentación es mucho más verosímil cuando el apoyo consiste en una defensa política que beneficie a la organización. El

---

<sup>11</sup> Id. § 2339A(b)(1).

<sup>12</sup> *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2721-22.

<sup>13</sup> Véase Anderson, Jon Lee. “Death of the Tiger”, en: NEW YORKER, 17 de enero de 2011, en p. 41.

Congreso podría haber estado interesado en el discurso que ensalzaba a las actividades violentas, pero no las humanitarias del grupo<sup>14</sup>.

En un giro crucial del argumento, el Presidente de la Corte Suprema se negó a interpretar la ley en forma tal que se permita cualquier compartimentación, incluso en el contexto de la promoción<sup>15</sup>. Un discurso exaltando sólo los proyectos humanitarios de la organización o la defensa de la justicia de los objetivos de la organización, según Roberts, podría dar legitimidad a la organización y por lo tanto ayudar a recabar fondos o reclutar miembros, que luego pueden ser utilizados para promover actividades violentas de la organización. Roberts también sostuvo que el Congreso podría haber temido que la exención de cualquier discurso de la prohibición penal del estatuto, pondría en peligro nuestras relaciones con la nación extranjera que está tratando de reprimir la organización, incluso si se supone que el apoyo que implica la promoción sea sólo en beneficio de las actividades humanitarias de la organización. Turquía, por ejemplo, involucrada en un amplio proyecto de construcción de su nación y decidido a derrotar al PKK y el logro de sus objetivos separatistas, podría negar todo apoyo a cualquiera de las actividades del PKK, incluso aquellas que son totalmente pacíficas. Y, según Roberts, el Congreso, tratando de fomentar la cooperación internacional con un aliado como Turquía, tal vez desee apoyar ese esfuerzo.

Aunque Roberts interpretó la ley de tal manera como para negar la compartimentación de las actividades violentas y humanitarias de una organización designada, lo hizo, en efecto reconociendo una limitación en el apoyo material del estatuto, respecto a cómo se aplica a la defensa política. Esta limitación –tan central en la opinión de Roberts– se basa en la distinción entre la defensa independiente y coordinada. La defensa coordinada a defensa consiste en una defensa que se produce en coordinación con o bajo la dirección de una organización terrorista, mientras que la defensa independiente sigue siendo una categoría residual, esto es, la defensa que no está dirigida por o en coordinación con una organización terrorista. Roberts interpretó la ley para cubrir solo a la defensa coordinada y no la defensa independiente. Él insistió: «bajo la legislación de apoyo material, los demandantes pueden decir lo que quieran sobre cualquier tema. Ellos pueden hablar y escribir libremente sobre el PKK y [los Tigres l Tamiles], sobre los gobiernos de Turquía y de Sri Lanka, los derechos humanos y el derecho internacional. Pueden recurrir ante las Naciones Unidas»<sup>16</sup>. El problema, sin embargo, es que –en opinión de Roberts–, la ley permite a las personas participar en esa labor de defensa sólo si es independiente, en contraposición a la defensa coordinada.

<sup>14</sup> *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2717-18.

<sup>15</sup> *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2727-30.

<sup>16</sup> *Id.* at 2722-23.

Roberts sostuvo que en la distinción entre discursos independientes y coordinados, está implícita en el término de “servicios” –la categoría de apoyo material que trae a la defensa política dentro del alcance del estatuto–. Tengo dudas acerca de esta interpretación. Según Roberts, un servicio a una organización es una actividad realizada para el beneficio de la organización. Con todo, la defensa independiente que exalta la justicia de las reivindicaciones de una organización, puede ser un mayor servicio a ésta –un beneficio hecho para o conferido a la organización– que la defensa coordinada. ¿Qué movió a Roberts para hacer la distinción entre la defensa independiente y coordinada? En mi opinión, no es la palabra “servicios”, sino más bien una visión de la Constitución, visión que queda por examinar. Esta perspectiva sostiene que la defensa coordinada en nombre de una organización terrorista extranjera no está protegida por la Primera Enmienda.

## 2

La Constitución establece la estructura de gobierno e identifican los medios por los cuales las quejas serán transmitidas y los cambios sociales han de efectuarse. La violencia no es uno de esos medios. Así, no hay interés constitucional en la protección de la violencia como instrumento de cambio y es difícil de entender porqué una garantía constitucional de la libertad de expresión, incluso una tan absoluta como la Primera Enmienda, debe proteger discursos instando a otros a cometer actos de violencia. Sin embargo, a partir del período que siguió a la Primera Guerra Mundial e inspirado por las disidencias de los jueces Holmes y Brandeis, la Corte Suprema comenzó a poner límites a los estatutos que penalmente proscribían la defensa de la violencia. El propósito de esta doctrina no era proteger la apología de la violencia en sí misma, sino más bien proteger críticas a la sociedad tan radicales o de largo alcance, que pueden sólo ser implementadas, o al menos eso creen sus proponentes, defensores creen que es a través de medios violentos. La crítica radical a menudo opera, como Harry Kalven alguna vez dijo, como la principal premisa sobre la cual la defensa de la violencia descansa<sup>17</sup>.

Este esfuerzo para establecer los límites de la censura de la defensa de la violencia tuvo su altibajos durante el siglo XX, pero llegó a una especie de punto de descanso en el año 1969 en la decisión de la Corte Suprema en el caso *Brandenburg* contra Ohio<sup>18</sup>, un caso que, tomando prestada una frase hecha popular en la audiencia de confirmación de Roberts, puede ser un “super-precedente”<sup>19</sup>. *Brandenburg* involucra, no

<sup>17</sup> KALVEN JR. Harry. *A worthy tradition: Freedom of speech in America*. Nueva York, Estados Unidos: Harper and Row publishers, 1988, p. 120.

<sup>18</sup> 395 U.S. 444 (1969).

<sup>19</sup> Audiencia de confirmación sobre la nominación de John G. Roberts, Jr. para ser Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos: Audiencia ante la S. Com. del Poder Judicial, 109vo Congreso, pp.



a una organización terrorista como extranjera, sino que una organización nacional –el Ku Klux Klan –que celebró una reunión en una granja en Ohio en la que hubo defensa o por lo menos se habló de violencia. El Tribunal sostuvo que una ley criminal de Ohio que prohibía la defensa de la violencia no puede, en consonancia con la Primera Enmienda, aplicarse a los miembros del Klan mientras la defensa no está dirigida “a incitar o producir una acción ilegal inminente y (que no era) probable para incitar o producir tal acción”<sup>20</sup>. Se hizo una distinción entre la incitación a la violencia y su apología en general, con el estado censor limitado a proscribir la incitación.

Por supuesto, la promoción general puede conducir a la violencia, pero esta contingencia fue vista como un riesgo o peligro que debió sufrirse con el fin de asegurar el robustecimiento del debate público. En ese sentido, como otros han observado<sup>21</sup>, *Brandenburg* seguido de la decisión de la Corte Suprema en 1964, respecto del caso *New York Times Co. contra Sullivan*<sup>22</sup>, que, con el fin de crear más “espacio para respirar” para la prensa, amplió el riesgo de difamación que los funcionarios públicos deben sufrir. *Sullivan* exigió a los funcionarios públicos que buscaran compensación de daños por difamación, la prueba de la presunta declaración difamatoria era falsa e incluso más decisivamente, que el orador sabía o tenía razones para saber que era falsa. No puede haber indemnizaciones para todo tipo de traspiés o errores inevitables en reportajes agresivos, o los avatares de un acalorado debate. El derecho de los funcionarios públicos para ser indemnizados por los daños a su reputación tenía que ser limitado. El Tribunal argumentó al respecto, con el fin de asegurar que el debate sobre cuestiones de importancia pública permaneciera “libre, sólido y desinhibido”<sup>23</sup>.

La defensa política en cuestión en el *Humanitarian Law Project* no puede ser posiblemente considerada como una incitación a la violencia o una acción ilegal inminente. Supongamos que el defensor dice que la plataforma del PKK es solo justa o incluso que la justicia de sus demandas, le dan derecho a usar la violencia. Tales declaraciones pueden dar legitimidad al PKK y ayudar en sus esfuerzos para recaudar fondos y reclutar miembros que podrían estar dispuestos a participar en acciones violentas. De esta manera, tal promoción puede ser parte de la cadena causal que conduce a la violencia. Sin embargo, lo mismo podría decirse de la promoción general

---

144-45 (2005) (declaración del senador Arlen Specter, presidente, S. Com. sobre el Poder Judicial) (preguntando al juez Roberts si *Roe* calificaba como un “súper precedente teniendo a la vista... las 38 ocasiones para revocarlo”).

<sup>20</sup> *Brandenburg*, 395 U.S. en 447.

<sup>21</sup> Véase KALVEN JR., *op. cit.* (n. 17), pp. 119-236.

<sup>22</sup> 376 U.S. 254 (1964).

<sup>23</sup> *Sullivan*, 376 U.S. en 270-71.

de la violencia, que también hace que la violencia sea más probable. Sin embargo, nosotros protegemos la promoción general de la violencia con el fin de preservar la crítica radical sobre la cual se basa. La defensa política que beneficia o se hace en nombre de una organización terrorista designada también debe ser protegida siempre y cuando no se pueda considerar como una incitación a la violencia.

Es cierto que, en los términos de la ley, la prohibición de la defensa política sólo se aplica a la promoción que beneficia a una organización terrorista extranjera, en oposición a una nacional. Es importante comprender, sin embargo, que esta prohibición se aplica a los defensores que son estadounidenses que se dirigen a sus conciudadanos o a sus instituciones representativas con el propósito de cambiar la política de su gobierno hacia esa organización. La prohibición de la defensa política en nombre de las organizaciones terroristas extranjeras es un golpe a la democracia estadounidense, que en nuestros tiempos se ha convertido, como debe ser, crecientemente más cosmopolita y preocupada por las naciones extranjeras y las organizaciones extranjeras.

Roberts prácticamente reconoció que la defensa independiente apoyando a una organización designada como terrorista, está protegida por la Primera Enmienda. Tratando de asegurar a su audiencia, rechazó cualquier intención de permitir al Congreso tipificar como delito la defensa independiente: “No sugerimos de ninguna manera que una regulación de la expresión independiente pase el examen constitucional, incluso si el Gobierno demostrara que la expresión beneficia a las organizaciones terroristas extranjeras”<sup>24</sup>. Sin embargo, es difícil para mí entender por qué un defensor pierde la protección de la Primera Enmienda porque su discurso es coordinado con o incluso hecho bajo la dirección de una organización designada.

Podemos tener un mayor respeto por una persona que se basta a sí mismo para hablar sobre asuntos de interés público y que adquiere por sí mismo la información necesaria para este tipo de discursos, que lo haríamos por una persona que habla en la dirección de la organización y obtiene toda su información de esa organización. El orador independiente a menudo nos parece la persona más admirable. Pero la teoría democrática de la Primera Enmienda, dedicada a preservar la solidez del debate público, exige que el foco esté en los oyentes y sus necesidades de información y perspectivas críticas y no en las cualidades morales del orador. El carácter del orador, su independencia, podrían hacer una diferencia en la evaluación de los receptores del mensaje, pero mientras esa preocupación puede justificar requerir al orador que revele la naturaleza de sus vínculos con la organización, ello no justifica una prohibición absoluta.

---

<sup>24</sup> *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2730.

Proteger al orador independiente en la forma que Roberts prometió podría disminuir la pérdida a la democracia atribuible a la prohibición del orador coordinado. Mientras el orador independiente esté protegido, algunos puntos de vista acerca de la equidad de la causa de la organización designada, o el uso de la violencia, podrían llegar al público. Esa contingencia no consigue, sin embargo, minimizar la pérdida de la democracia a partir de la prohibición de la expresión coordinada, de hecho, hay muchas razones para creer que la pérdida es considerable. Aunque la globalización y los recientes avances en las tecnologías de las comunicaciones aumentan la capacidad de los estadounidenses para adquirir información acerca de las organizaciones extranjeras por su propia cuenta, un cierto grado de coordinación y contacto con estas organizaciones todavía parece esencial para que los estadounidenses puedan formarse una opinión sobre estas organizaciones y de la política de Estados Unidos hacia ellas.

Por otra parte, no hay razón para suponer que la pérdida derivada de la prohibición de defensa coordinada –únicamente como un asunto cuantitativo–, sea compensada por la expresión independiente disponible. Por supuesto, la doctrina de la libertad de expresión siempre ha estado preocupada por la disponibilidad de canales alternativos de comunicación y ha tolerado el cierre de un canal (repartir folletos en el interior de un centro comercial), cuando aparece otro disponible (repartir folletos a la entrada del centro comercial)<sup>25</sup>. Pero nunca se ha tolerado la prohibición de un orador sobre la base que otro pueda tomar su lugar.

El análisis de la Primera Enmienda no sólo depende de la calidad y la cantidad de la expresión en cuestión, sino también en el peligro del discurso que presenta a la sociedad. Roberts vio favorablemente la decisión del Congreso de prohibir la defensa, siempre y cuando fuera coordinada en el entendido de que tal discurso podría legitimar una organización designada y por lo tanto aumentar su capacidad para perseguir actividades violentas<sup>26</sup>. No discuto la capacidad de incidencia política para legitimar una organización y por lo tanto aumentar el peligro de violencia. Mi reclamo, más bien, es que este riesgo de legitimación no es constitucionalmente suficiente para justificar la censura. La Primera Enmienda exige que el remedio sea más expresión, no censura. Si es que, sin embargo, este peligro de legitimación es suficiente para justificar la censura, como Roberts lo indica, es difícil entender por qué no es suficiente para justificar la censura de la defensa política independiente, que también podría legitimar la organización designada y sus actividades y poner en marcha una cadena causal que

<sup>25</sup> Véase, en general *Lloyd Corp., Ltd. contra Tanner*, 407 EE.UU. 551 (1972) (se sostiene que los manifestantes que entregan volantes dentro de un centro comercial no tenían derecho a hacerlo –según la Primera Enmienda– cuando existen medios alternativos, por ejemplo en las aceras fuera del recinto).

<sup>26</sup> *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2729-30.

conduzca a la violencia. En términos de evaluar o sopesar el peligro social que surge del discurso, no hay ninguna razón para distinguir entre defensa política independiente y coordinada. Ambos presentan el mismo peligro para la sociedad.

Después de descartar que el estatuto cubre la defensa política coordinada pero no la defensa política e independiente, Roberts manifestó un compromiso poco común a las virtudes pasivas y le dio a la ley, aplicación a la defensa coordinada lo que, al principio, ía podría parecer un indulto. Él sugirió que lo que estaba mal con el reclamo de infracción de la Primera Enmienda por la prohibición de la defensa coordinada ,fue su generalidad y no sus méritos<sup>27</sup>. Este indulto fue, en mi opinión, sólo una ilusión. A pesar de que Roberts se mostró reacio a decir que si los demandantes tenían suficientes vínculos con la organización designada para caer dentro de la prohibición estatutaria, la opinión en su conjunto hizo hincapié en la distinción entre la defensa coordinada e independiente y se estructuró de tal manera como para negar que la defensa coordinada está protegida por la Primera Enmienda. De hecho, él concluyó su análisis de la Primera Enmienda con esta perorata:

“Teniendo en cuenta los intereses sensibles de la seguridad nacional y las relaciones exteriores en juego, los poderes políticos han justificado adecuadamente su determinación de que, para servir a los intereses del Gobierno en la prevención del terrorismo, era necesario prohibir la prestación de apoyo material en forma de capacitación, asesoramiento de expertos, personal y servicios a grupos terroristas extranjeros, incluso si los partidarios pretendían promover sólo las finalidades no violentas de esos grupos”<sup>28</sup>.

Al comienzo de su opinión, Roberts identificó la inusual postura procesal del caso. A la Corte no se le había pedido que revisara una condena penal por violación de la ley, sino que estaba examinando una solicitud de una medida cautelar contra la aplicación de la ley. También señaló que había dos grupos de demandantes que buscaban una orden judicial: unos que involucraban al PKK y el otro a los Tigres l Tamiles. Los demandantes del PKK, según Roberts, alegaron que, además de tener un interés en capacitar a los miembros del PKK para utilizar el derecho internacional en la solución pacífica de sus controversias y para pedir el auxilio de Naciones Unidas, querían “participar en la vida política y defensa de los intereses de los kurdos que viven en Turquía”<sup>29</sup>. El otro grupo de demandantes alegó que, además de querer ayudar a las pretensiones de los Tigres Tamiles presentadas ante organismos internacionales de socorro relacionadas con el tsunami y negociar un acuerdo de paz con el gobierno de Sri Lanka, querían

---

<sup>27</sup> *Ibid.* en 2724.

<sup>28</sup> *Ibid.* en 2728-29.

<sup>29</sup> *Ibid.* en 2716 (comillas internas omitidas).

“participar en la defensa política a nombre de los tamiles que viven en Sri Lanka.”<sup>30</sup> Al comentar sobre esta segunda parte del caso, Roberts hizo notar, que tal como este grupo de demandantes reconoció ante el Tribunal, la reciente derrota militar de los Tigres Tamiles tornó ineficaces sus alegaciones relativas a la ayuda tras el tsunami y las negociaciones de paz, pero no aquellas referidas a la defensa política. Citando la presentación de los demandantes, Roberts dijo que, “por lo tanto los demandantes solo pretenden apoyar (a los Tigres Tamiles Tamil (tigres) ‘como una organización política fuera de Sri Lanka que defiende los derechos de los Tamiles’”<sup>31</sup>.

La cualidad anticipatoria de la reparación buscada por el demandante hizo surgir un cuestionamiento acerca de si el caso era justiciable. ¿Debe el Tribunal tratar los reclamos sobre libre expresión de los demandantes en sus méritos o se les requiere esperar un proceso penal y luego solicitar la revisión de la condena? Totalmente en concordancia con la tradición que busca minimizar la pérdida de la capacidad de expresarse, que surge del riesgo de enfrentar un proceso penal, Roberts concluyó que “los demandantes se enfrentan a una amenaza creíble de persecución y no deberían estar obligados a esperar y someterse a un proceso penal como el único medio diante a la búsqueda de alivio para obtener reparación”<sup>32</sup>. Más adelante en su opinión, una vez que la distinción entre la defensa coordinada e independiente se introdujera y la ley fuese interpretada para prohibir sólo la ia defensa coordinada, Roberts analizará el reclamo de los demandantes sobre la incertidumbre de “exactamente cuánta dirección o coordinación es necesaria para traerlos al alcance de la ley”<sup>33</sup>. A continuación Roberts hizo notar que el carácter general de los reclamos de los demandantes sobre libertad de expresión, en contra de la prohibición de las actividades de promoción y que la Corte omitiría pronunciamiento y esperaría la evolución de una situación de hecho concreta antes de decidir si los demandantes de la defensa propuesta se encontraban coordinados en lugar de independiente.

Esta línea de argumentación reapareció casi al final de la discusión de los temas de libertad de expresión, después de que Roberts había emitido una aprobación general de la ley y se dirigió a una aplicación de la decisión de la Corte para “el discurso particular” que los demandantes proponen llevar a cabo<sup>34</sup>. En este contexto, se confirmó la autoridad del Congreso para penalizar el discurso coordinado que consistía en capacitar a los miembros de una organización terrorista, en particular, el PKK

<sup>30</sup> *Ibid.* (comillas internas omitidas).

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.* en 2717 (citas omitidas).

<sup>33</sup> *Ibid.* en 2722.

<sup>34</sup> *Ibid.* en 2729.

—para usar métodos pacíficos de resolución de conflictos o para obtener el auxilio de Naciones Unidas. Sin embargo, él dudó sobre si el discurso coordinado propuesto por los demandantes— en este caso, a nombre del PKK y de los Tigres Tamiles, consistió en una defensa política. Él nunca explicó por qué, desde la perspectiva de la Primera Enmienda, la defensa política debe ser tratada de forma diferente a la capacitación que los demandantes proponían a llevar a cabo. Se limitó a decir que el interés de los demandantes en la defensa política “fue redactado con un nivel tan alto de generalidad que no puede prevalecer en esta impugnación de aplicación previaaplicado”<sup>35</sup>.

Al decir que el reclamo de los demandantes “no puede prevalecer”, Roberts no quiso, desde mi perspectiva, calificar su aprobación general de la ley y la necesaria implicación de que la prohibición legal de la defensa política coordinada era constitucional. Más bien, él simplemente se negó a decirle a los demandantes de qué lado de la línea constitucional cayeron —esto es, si de la defensa propuesta por los demandantes era coordinada o independiente—. Según Roberts, los demandantes «no pueden prevalecer» en su ataque constitucional sobre la prohibición de la promoción política coordinada porque «no especifican su nivel esperado de coordinación con el PKK o (los Tigres Tamiles) ni sugieren lo que su ‘defensa’ podría consistir»<sup>36</sup>.

Incluso este limitado ejercicio de moderación es cuestionable, ya que contradice a la tradición, previamente reconocida por Roberts y bien anclada en la doctrina de larga data<sup>37</sup>, que llama a una rápida adjudicación de los reclamos sobre libertad de expresión. Coloca sobre los aspirantes a oradores la carga de ya sea iniciar cualquier otro procedimiento cautelar con el fin de obtener la autorización para su defensa o correr el riesgo de un procesamiento criminal y una sentencia de hasta quince años de prisión por sus actividades de promoción. Bajo cualquiera de estas alternativas, la libertad de expresión pierde.

### 3

No será novedad para nadie que la Corte Suprema esté dividida respecto al *Humanitarian Law Project*. Lo que podría ser noticia es que la Corte se haya escindido 6-3 y la mayoría incluya a jueces como Stevens y Kennedy, a menudo vistos como amigos de la libertad de expresión. Ninguno de ellos escribió su opinión, por lo que es difícil saber el grado en que suscribieron la teoría de Roberts. Me puedo imaginar a

---

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Dombrowski contra Pfister*, 380 U.S. 479, 489 (1965). Véase también Fiss, Owen. “Dombrowski”, en: *Yale Law Journal*, 86. New Haven, Estados Unidos: Yale Law School, 1977, p. 1103.

cualquiera de ellos insistiendo en que Roberts ejecute una medida de restricción y eluda la cuestión de la defensa.

El juez Stevens se retiró poco después de que la decisión fue dictada. Fue sustituido por Elena Kagan, entonces Fiscal Nacional de la Administración Obama, quien defendió la legislación sobre apoyo material ante la Corte, incluso en su aplicación a la defensa política. Su teoría –completamente rechazada por Roberts– fue que el estatuto sobre apoyo material del regulaba la conducta, no el discurso<sup>38</sup>. Insistió en que la palabra “servicios” principalmente cubre actividades desempeñadas por alguien de una organización designada (por ejemplo, el arreglar de una computadora) y sólo de manera incidental regula el tipo de actividad comunicativa en la que los demandantes quieren comprometerse. Sin embargo, como muy bien explica Roberts, el mero hecho de que una ley generalmente regule una conducta no la aísla de un ataque a la Primera Enmienda o bien, de la exigencia de una norma menos estricta de revisión cuando es aplicada a la expresión.

El Procurador General tomó estos aspectos del caso Estados Unidos contra O'Brien<sup>39</sup>, donde se confirmó una ley del Congreso que tipificó como crimen el quemar una tarjeta de reclutamiento. Roberts no estuvo de acuerdo, pensó que el precedente de control fue Cohen contra California<sup>40</sup>. La ley que involucraba de Cohen –una una penalizando el quebrantamiento de la paz– generalmente regulaba una conducta, no el discurso. No obstante, la Corte anuló una condena en virtud de esta ley, cuando el estatuto fue utilizado para castigar a la disidencia política, específicamente cuando la ley se aplicó a un individuo que protestó por la guerra de Vietnam con el uso de una chaqueta que decía “*Fuck the Draft*”<sup>41</sup> en la espalda. Nadie sabe cuál podría ser la posición de Elena Kagan, en materia de defensa política ahora que su papel ha cambiado de abogado a la aplicación de justicia, aunque no hay ninguna razón especial para ser optimistas.

La opinión disidente en el *Humanitarian Law Project* fue escrita por el juez Breyer y fue secundada por jueces como Ginsburg y Sotomayor. También en este caso, hay motivos para una decepción. Para su crédito, Breyer de manera brillante rechazó la distinción de Roberts entre la defensa independiente y coordinada y, en ese contexto, debidamente advirtió de los peligros del uso de la lógica de legitimación, sea para interpretar una prohibición del Congreso en la promoción o la defensa de la misma. También temía

<sup>38</sup> *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2723.

<sup>39</sup> 391 U.S. 367 (1968).

<sup>40</sup> 403 U.S. 15 (1971).

<sup>41</sup> La expresión “Draft” corresponde al reclutamiento militar obligatorio (Nota del Traductor).

con razón, el impacto de la ley sobre la “defensa de este país dirigida a nuestro gobierno y sus políticas”<sup>42</sup>. Sin embargo, el espacio que creó para la defensa política fue, a mi juicio, demasiado limitado. Impulsado por el deseo de evitar un conflicto constitucional, Breyer interpretó la ley de modo que sea aplicable a la defensa política solo cuando el individuo sabe o tiene la intención de que su expresión va a ayudar a la organización designada en sus actividades violentas y que la asistencia es significativamente probable que ayude a la organización a la realización de tales actividades.

Aunque la posición de Breyer es más protectora de la defensa política que la de Roberts y por esta razón bien podría ser preferida, tampoco está a la altura de lo que la Primera Enmienda exige una incitación a una inminente acción ilegal y una probabilidad de éxito. Breyer señaló que cuando el conocimiento requerido está presente, la defensa política en nombre de una organización designada tiene «una relación lo suficientemente cerca» a las actividades violentas para justificar la criminalización<sup>43</sup>. En ese punto de su argumento<sup>44</sup>, citó a *Brandenburg*, pero eso me parece una mala interpretación y una apropiación indebida de esa decisión, pues *Brandenburg* se basa en la distinción entre la incitación y la promoción general de la violencia y se limita a censurar la prohibición de la incitación. Una declaración que ensalza el PKK y su uso de la violencia puede hacer que la violencia de esta organización sea más probable, incluso mucho más posible y puede ser la intención del hablante. Pero sin más requisitos, semejante expresión –por más detestable que sea y por muy cerca que esté de la incitación– no es una incitación, sino más bien una defensa general y por lo tanto, debe ser tratada como parte del dominio del discurso público que está protegida por la Primera Enmienda.

El carácter limitado de la disidencia de Breyer no aplaca a Roberts. Él dio a entender que Breyer era ingenuo y lo reprendió por no abordar “los peligros reales que están en juego”<sup>45</sup>. En el contexto del debate sobre el interés de los demandantes en que se les permita capacitar a los miembros de una organización designada para trabajar con Naciones Unidas, dijo Roberts, “en el mundo de la disidencia, la formación es para

---

<sup>42</sup> *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2732 (Juez Breyer, disidente).

<sup>43</sup> *Ibid.* en 2740.

<sup>44</sup> La cita fue antecedida por la sigla “Cf”. *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2740. Esta señal expresa un equívoco que probablemente sería pasado por alto para que el lector común de los *United States Reports*. El Libro Azul dice que “cf.” Apoya una “propuesta diferente de la proposición principal, pero lo suficientemente análoga a prestar apoyo.” El Libro Azul continúa diciendo que “[l]iteralmente”, cf. “Significa” comparar”. Véase *The Bluebook: A Uniform System of Citation* R. 1.2(a), p. 55 (Columbia Law Review Ass’n et al. eds., 19th ed. 2010). Los *United States Reports* son el registro oficial de las decisiones órdenes, casos y otros procedimientos antes la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (Nota del Traductor).

<sup>45</sup> *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2729 (opinión mayoritaria).



bien”<sup>46</sup>. Luego continuó señalando que “el Congreso y el Ejecutivo, sin embargo, han concluido que vivimos en un mundo diferente”<sup>47</sup>. En este mundo, las organizaciones terroristas extranjeras están “tan viciadas” que cualquier contribución a tales miembros de la organización –incluso la defensa política o la capacitación de miembros para trabajar con Naciones Unidas– debe ser criminalizada<sup>48</sup>.

Por supuesto, Breyer es tan consciente de los peligros del terrorismo como lo es Roberts. El primero hizo una concesión a la libertad de expresión y, aunque sea más generosa que la de Roberts, no es lo suficientemente grande como para satisfacer los requisitos de la Primera Enmienda. Roberts hizo una distinción entre la defensa independiente y coordinada, lo que en mi opinión, permitió al Congreso criminalizar la defensa coordinada pero no la independiente. Breyer rechazó la distinción entre la defensa independiente y coordinada, pero al mismo tiempo hizo otra distinción – esta vez entre las actividades pacíficas y violentas de la organización designada. Al hacerlo, dejó al Congreso la tarea de tipificar como delito la defensa política cuando el hablante sabe que su defensa ayudará a actividades violentas de la organización. Visto desde esta perspectiva, parece justo decir que ambos Breyer y Roberts habitan el mismo mundo y están impulsados por el mismo temor del terrorismo, que da cuenta de las otras infracciones a la Constitución que se han notado en la última década en nombre de la lucha el terrorismo. Lo que falta en las opiniones de Roberts y de Breyer niones –e incluso en la de Elena Kagan– es un compromiso permanente con el tipo de defensa política que es de la esencia de una democracia vibrante.

Durante mucho tiempo nos hemos acostumbrado a los sacrificios de la libertad en tiempos de guerra<sup>49</sup> y es discutible que el conocimiento de esta tradición podría moderar las preocupaciones que la decisión del *Humanitarian Law Project* genera. De hecho es Roberts quien ha invocado y tratado de explotar esta tradición. En una coda, citó el Preámbulo y los escritos de James Madison para hacer hincapié en la necesidad de “proveer a la defensa común y para proteger contra el peligro exterior”<sup>50</sup>. Roberts también fue hacia atrás en la historia e hizo una referencia a la Segunda Guerra Mundial<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Véase STONE, Geoffrey R. *Perilous Times: Free Speech in War Time From the Sedition Act of 1798 to the terrorism*. Nueva York, Estados Unidos: W. W. Norton & Company, 2004; KALVEN JR., Harry. “Foreword: Even When a Nation Is at War”, en: *Harvard Law Review*, 85. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1971, pp. 3 y ss.

<sup>50</sup> *Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. en 2731.

<sup>51</sup> *Ibid.* en 2730.

al desestimar la voluntad de Breyer de asumir que que el Congreso tenía interés en permitir a los estadounidenses a entrenar a organizaciones terroristas extranjeras para utilizar medios pacíficos de solución de controversias. Roberts dijo que esa suposición es tan plausible como asumir que el Congreso llegase a la conclusiónconcluyó que “ayudar a Japón en ese frente podría facilitar (a Estados Unidos) el esfuerzo de guerra”<sup>52</sup>.

Esta manera de enmarcar las cuestiones en el *Humanitarian Law Project* parece fuera de lugar. En la última década, hemos crecido acostumbrados a pensar en la lucha contra el Terrorismo como una guerra, y esto ha sido tan cierto para la Administración Obama como lo fue durante la de Bush. El presidente Obama ha sido meticuloso en evitar el uso de la frase “Guerra contra el terrorismo”, pero ha declarado repetidamente que estamos en guerra con Al Qaeda. La charla de la guerra por ambos presidentes Bush y Obama se deriva del hecho de que los militares han sido desplegados para lograr los objetivos nacionales para la captura y, si es necesario, elegir como blanco a los combatientes y dirigentes de Al Qaeda. Sin embargo, esta campaña militar contra Al Qaeda no implica las circunstancias excepcionales que la historia indica o que comúnmente imaginamos cuando pensamos en la guerra y las utilizamos para excusar o justificar la regulación de las libertades básicas.

Por una parte, Al Qaeda no representa una amenaza para la supervivencia de la nación en la manera que Japón o nuestros otros enemigos hicieron en la Segunda Guerra Mundial. Más aún, a diferencia de otras campañas militares que hemos concebido como una guerra, no hay límites –ya sea geográficos o temporales– a la lucha contra Al Qaeda. Al Qaeda es una organización internacional que opera en secreto, y como resultado de ello, todo el mundo puede ser visto como un campo de batalla, y la batalla puede durar para siempre<sup>53</sup>. Osama bin Laden está muerto, pero es probable que otros líderes emerjan y también células locales pueden ser capaces de operar por su cuenta.

La legislación en discusión en el Humanitarian Project alcanza a Al Qaeda –es una de las cincuenta organizaciones terroristas en la lista del Ministro de Relaciones Exteriores. Pero, como mencioné antes, este estatuto no está confinado a Al Qaeda, y en los hechos se extiende a organizaciones como el PKK o los Tigres Tamiles, lo que hace el hablar de guerra y las referencias de Roberts a la Segunda Guerra Mundial aún más forzadas. Estas organizaciones no presentan ninguna amenaza a la supervivencia de Estados Unidos– la amenaza de que, sobre todo, hace la guerra tan excepcional.

---

<sup>52</sup> Véase ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New Haven, Estados Unidos: Yale University Press, 2006, p. 171 (proporciona la gráfica que define los tipos de conflictos).

<sup>53</sup> Véase FISS, Owen. *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*. Londres, Reino Unido: Republic of Letters Publishing, 2011.

Aislando y haciendo pasar hambre a organizaciones terroristas extranjeras como el PKK y los Tigres Tamiles puede proteger a ciudadanos norteamericanos que viajan al exterior y servir a objetivos de la política exterior como mejorar las relaciones con nuestros aliados, pero esos fines, aunque seguramente legítimos, no tienen el carácter trascendente de aquellos que usualmente asociamos con la guerra, y que podrían posiblemente justificar sacrificar una libertad constitucional – la sobrevivencia de una nación.

Además, tratar cualquier campaña militar que pueda ser llevada a cabo por nuestros aliados en contra de organizaciones terroristas designadas como el PKK o los Tigres Tamiles como una guerra de los Estados Unidos, desafía a la calidad limitada de una guerra, incluso más allá que la campaña militar contra Al Qaeda. Estas organizaciones pueden tener una vida tan larga como la organización árabe, pero incluso si son aniquilados, como los Tigres Tamiles, organizaciones similares surgirían inevitablemente en algún lugar del mundo. A lo largo de la historia, siempre ha habido un grupo u otro dispuesto a usar la violencia para alcanzar sus objetivos. Por supuesto, las organizaciones como el PKK y los Tigres Tamiles están geográficamente más limitadas que la de Al Qaeda, pero la prohibición de la defensa que la Corte confirmó, aplica a cualquier organización en el mundo que el de Estado Ministro de Relaciones Exteriores, con su sabiduría, esté preparado para designar.

Bajo estas circunstancias, no es correcto ver la legislación sobre apoyo material lay su prohibición de defensa política a través del prisma de la guerra y ser optimista acerca de la voluntad de la Corte que pretende sacrificar nuestra libertad por la defensa de la misma. El *Humanitarian Law Project* no puede defenderse –como Roberts lo plantearía– como una concesión temporal a las necesidades que se sienten de una guerra contra un enemigo que pone la supervivencia de la propia nación en peligro. La prohibición de la defensa política que la Corte sostuvo, me temo, pronto se convertirá en una característica permanente de la vida cotidiana en los Estados Unidos e incluso podría irradiar a esferas ajenas a la lucha contra el terrorismo y de esa manera alterar la propia arquitectura de la Primera Enmienda.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New Haven, Estados Unidos: Yale University Press, 2006.

FISS, Owen. *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*. Londres, Reino Unido: Republic of Letters Publishing, 2011.

\_\_\_\_\_. “Aberrations no more”, en: *Utah Law Review*, Vol. 1. Utah, Estados Unidos: University of Utah, 2010, pp. 1085 y ss.

\_\_\_\_\_. “Dombrowski”, en: *Yale Law Journal*, 86. New Haven, Estados Unidos: Yale Law School, 1977.

KALVEN JR. Harry. *A worthy tradition: Freedom of speech in America*. Nueva York, Estados Unidos: Harper and Row publishers, 1988.

\_\_\_\_\_. “Foreword: Even When a Nation Is at War”, en: *Harvard Law Review*, 85. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1971, pp. 3 y ss.

LICHTBLAU, Eric y JOHNSTON, David. “Court to Oversee U.S. Wiretapping in Terror Cases”, en: N.Y. TIMES, 18 de Enero de 2007 en A1.

RISEN, James & LICHTBLAU, Eric. “Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts”, en: N.Y. TIMES, 16 de Diciembre de 2005, en A1.

STONE, Geoffrey R. *Perilous Times: Free Speech in War Time From the Sedition Act of 1798 to the terrorism*. Nueva York, Estados Unidos: W. W. Norton & Company, 2004.

WRIGHT, Lawrence. “The Spymaster”, en: New Yorker el 21 de enero de 2008.