

2009

The Precarious Situation of Human Rights in the United States in Normal Times and after September 11, 2001 (La Situación Precaria de los Derechos Humanos en Estados Unidos en Tiempos Normales y Después del 11 De Septiembre de 2001) (Spanish)

Stephen C. Thaman

Saint Louis University School of Law

Follow this and additional works at: <https://scholarship.law.slu.edu/faculty>

Part of the [Criminal Law Commons](#), [Criminal Procedure Commons](#), and the [Human Rights Law Commons](#)

Recommended Citation

Thaman, Stephen C., The Precarious Situation of Human Rights in the United States in Normal Times and after September 11, 2001 (La Situación Precaria de los Derechos Humanos en Estados Unidos en Tiempos Normales y Después del 11 De Septiembre de 2001) (Spanish) (September 1, 2009). *Derecho Penal y Criminología*, No. 89, pp. 163-207, September 2009.

This Article is brought to you for free and open access by Scholarship Commons. It has been accepted for inclusion in All Faculty Scholarship by an authorized administrator of Scholarship Commons. For more information, please contact erika.cohn@slu.edu, ingah.daviscrawford@slu.edu.

LA SITUACIÓN PRECARIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ESTADOS UNIDOS EN TIEMPOS NORMALES Y DESPUÉS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001*

Stephen C. Thaman**

Sumario: I. La aplicación desigual de los derechos humanos en el proceso penal de los Estados Unidos en tiempos normales. A. Introducción. B. La implementación retrasada del Bill of Rights en el proceso penal. C. Acoso policial: el registro y la detención de minorías. D. Interrogatorios policiales y el privilegio de no incriminarse. E. La utilización de informantes secretos. F. La marcha victoriosa de la pena de muerte. G. Penas draconianas y la coerción de admisiones de culpabilidad. H. La ayuda ineficaz del letrado y del defensor público. II. El impacto del 11 de septiembre en la protección de los derechos

* Los resultados de esta investigación han sido publicados en *L'impatto dell'11 Settembre sulla procedura penale americana*, *Cassazione Penale*, n.º 1 (2006), at 251-64, "Is America a Systematic Violator of Human Rights in the Administration of Criminal Justice?", 44 *Saint Louis U. L. Rev.* 999-1023 (2000), y "La protección de derechos humanos en el procedimiento penal de los EE. UU." ("The Protection of Human Rights in the Criminal Trial in the US"), 29 *Capítulo Criminológico* (Venezuela) 37-70 (2001). El artículo que aquí se presenta es una nueva versión que ha sido revisada y actualizada. Fecha de recepción: junio de 2009. Fecha de modificación: agosto de 2009. Fecha de aceptación: septiembre de 2009.

** Abogado de la Universidad de Berkeley (California); doctor en derecho de la Universidad de Friburgo (Alemania); profesor de derecho de la Universidad de San Luis (Missouri) (Saint Louis University School of Law). Correo electrónico: thamansc@slu.edu.

humanos en el procedimiento penal de los Estados Unidos. A. Introducción. B. IncurSIONES en el secreto de las comunicaciones (derecho a la intimidad). C. Quebrantamiento del secreto de los datos. D. Vigilancia y uso de informantes y agentes secretos. E. Registros secretos. F. Derecho probatorio extraordinario. G. La detención de musulmanes en los Estados Unidos después del 11-S. H. La detención de los “testigos claves”. I. La detención de “combatientes enemigos”. J. El uso de tortura o tratamiento cruel e inhumano para obtener información. K. Pronóstico

Resumen: Esta ponencia critica el impacto del derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos sobre los derechos humanos de ciudadanos estadounidenses en tiempos normales y los cambios que ocurrieron después de los atentados del 11 de septiembre 2001. Se concentra en las prácticas de *racial profiling*, pena de muerte, penas privativas de libertad draconianas en tiempos normales y el uso de detención ilimitada, tortura y escuchas secretas desde el 11-S.

Palabras clave: derechos humanos, terrorismo, pena de muerte, cadena perpetua, Guantánamo, tortura, escuchas e interceptaciones.

THE PRECARIOUS SITUATION OF HUMAN RIGHTS IN THE UNITED STATES IN NORMAL TIMES AND AFTER SEPTEMBER 11TH, 2001

Abstract: The paper criticizes the impact of U. S. American criminal law and procedure on the human rights of U. S. citizens in normal times and the changes that have occurred since the terrorist attacks of September 11, 2001. It deals with racial profiling, the death penalty, Draconian prison sentences in normal times, and the use of unlimited detention, torture and expanded powers of wiretapping and evidence gathering since the attacks of 9-11.

Keywords: human rights, terrorism, racial profiling, death penalty, life imprisonment, Guantánamo, torture, wiretapping.

I. LA APLICACIÓN DESIGUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN TIEMPOS NORMALES

A. Introducción

La base de la protección de los derechos de los acusados en el procedimiento penal de los Estados Unidos se arraiga en el Bill of Rights, las diez primeras enmiendas de la Constitución federal que se promulgaron en el año 1791 para compensar la ausencia de un catálogo de derechos en la Carta Magna original de 1787. Las ocho primeras enmiendas contienen, sin embargo, casi todas las protecciones para ciudadanos sospechosos o acusados de haber cometido un delito penal. La única excepción es el derecho

a ser juzgado por un jurado, que se encuentra en el artículo III, sección 2(3) de la Constitución. Es importante analizar el desarrollo de estos derechos desde su promulgación original hacia el final del siglo XVIII y su contenido actual dentro del contexto de tres áreas fundamentales en que se encuentran las más perniciosas violaciones de derechos humanos hoy en Estados Unidos: la pena de muerte, el racismo en la administración de justicia y las leyes y prácticas que se han implantado después de los atentados del 11 de septiembre de 2001. La primera parte de este trabajo se dedica al desarrollo de los derechos humanos garantizados por el Bill of Rights desde su promulgación hasta hoy, análisis que se centra en su aplicación a casos normales en la administración de justicia en los Estados Unidos. La segunda parte se dedica al efecto de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en la protección de los derechos humanos frente al “enemigo” y a mostrar cómo las protecciones del ciudadano normal han también sufrido como resultado de este suceso.

Los Estados Unidos y Japón son casi las únicas democracias industrializadas en las que todavía se dicta y ejecuta la pena de muerte. Pero las ejecuciones son mucho más frecuentes en los Estados Unidos y han revelado en el último tiempo una cantidad atroz de inocentes esperando en los corredores de la muerte. Desde el año 1977 se ha puesto en libertad a por lo menos cien personas condenadas a muerte, que eran completamente inocentes. Nadie sabe cuántas personas están cumpliendo condenas de privación de libertad en prisiones por delitos que no han cometido¹. También los Estados Unidos encarcelan más personas per cápita que cualquier otro país del mundo². La “industria carcelaria” está entre los sectores económicos que más rápidamente crecen en los Estados Unidos. Comunidades concursan entre sí para que construyan nuevas prisiones en sus territorios, pues ellas significan fuentes de trabajo y un aumento de los impuestos que el municipio puede recoger; es decir, se trata de un “negocio rentable”. En California, por ejemplo, el sindicato de los carceleros es una fuerza poderosa que ejerce presión en la legislatura estatal para aumentar las penas de privación de libertad. Tampoco es un secreto que los encarcelados en los Estados Unidos son desproporcionadamente miembros de minorías, sobre todo afroamericanos³.

-
- 1 Desde 1989, el análisis de ADN ha revelado que por lo menos 206 inocentes han sido condenados a penas de privación de libertad o de muerte. FERNANDA SANTOS. “Vindicated by DNA, But a Lost Man on the Outside”, *The New York Times*, 25 de noviembre de 2007, [www.nytimes.com/2007/11/25/us/25jeffrey.html?_r=1&ref=us&oref=slogin].
 - 2 En abril de 2008, 2,3 millones eran encarcelados en las prisiones de Estados Unidos, 751 por 100.000 habitantes. En Rusia, la cifra era de 627; en Alemania, de 88; y en Japón, de 63 por 100.000 habitantes. ADAM LIPTAK. “Inmate Count in U. S. Dwarf’s Other Nations”, *The New York Times*, 23 de abril de 2008, pp. A1, A14.
 - 3 Entre 15 hombres negros de edad, uno será encarcelado, y el porcentaje es uno a nueve para el grupo entre las edades de 20 y 34 años. ADAM LIPTAK. “More than 1 in 100 adults are now in prison in U. S.”, *The New York Times*, 29 de febrero de 2008, p. 14.

Se revela, observando estas tendencias, una inquietante politización de la administración de la justicia. Candidatos a puestos políticos prometen mayor dureza en relación con la ejecución de la pena capital, así como aumentar las penas de privación de libertad para delitos no capitales, construir más prisiones, etc. Magistrados políticamente elegidos tratan de mostrar su dureza en sus sentencias y fiscales políticamente elegidos solicitan las penas máximas y tuercen la ley, hasta violarla, para conseguir condenas⁴.

¿Cómo es una posible tal situación en la democracia más vieja del mundo con una de las más viejas declaraciones de derechos humanos? ¿Por qué hay todavía terribles bolsas de pobreza en el campo pero, sobre todo, en las ciudades ruinosas?⁵ ¿Por qué optan los políticos por encarcelar una creciente cantidad de los pobres, cuyos delitos son consecuencias de su pobreza, ignorancia y degradación, en vez de usar algo de la riqueza sin precedentes para aminorar estos problemas?

B. La implementación retrasada del Bill of Rights en el proceso penal

El Bill of Rights se promulgó para limitar el poder del nuevo gobierno federal y así asegurar la soberanía continuada de los gobiernos estatales. Las disposiciones contenidas en las primeras ocho enmiendas que protegen acusados en casos penales no solían aplicarse directamente en los sistemas estatales⁶. El derecho penal era casi exclusivamente competencia de los estados. La competencia de los nuevos tribunales federales se limitó en aquel entonces sólo a, por ejemplo, los delitos de traición, contrabando, delitos cuya ejecución se daba en más de un estado, etc. Solamente cuando el legislador federal empezó a extender la competencia federal a la promulgación de otros delitos, sancionando, por ejemplo, el consumo y tráfico de bebidas alcohólicas (la llamada *Prohibition*), el tráfico de drogas y otras conductas que amenazan la salud y bienestar del público, creció la cantidad de juicios penales en los tribunales federales.

Todos los estados tenían (y todavía tienen) sus propias constituciones con sus propios *bills of rights*, y también sus propios códigos penales y procesales penales. Aunque los *bills of rights* de los estados reflejan a veces palabra por palabra los de la Constitución federal, la interpretación y implementación ha variado de un estado a otro. Los ciudadanos afroamericanos eran las víctimas principales de la desigualdad en la práctica. Para evitar el linchamiento por la muchedumbre, la administración de “justicia” orquestaba una farsa de tribunal de jurado en casos de homicidio con acusados negros que culminaba normalmente en la ejecución de la pena de muerte en poco más tiempo

4 STEPHEN B. BRIGHT y PATRICK J. KEENAN. “Judges and the Politics of Death: Deciding Between the Bill of Rights and the Next Election in Capital Cases”, 75 *Boston U. L. Rev.* 759 (1995).

5 Una investigación en los años noventa ha revelado que Estados Unidos tiene más pobreza entre niños, que en cualquier país industrializado con excepción de Israel e Irlanda. KEITH BRADSHER. “Low Ranking for Poor American Children”, *The New York Times*, 14 de agosto de 1995, p. A7.

6 “Barron v. Baltimore”, 32 U. S. (7 Pet.) 243 (1833).

que un linchamiento en sí⁷. Y hasta el fin del siglo XIX, ni el Estado ni el acusado tenían el derecho a interponer un recurso de apelación contra una sentencia después de un veredicto de un jurado. Por eso no existía oportunidad para que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (en adelante TSEU) interpretara e implementara las diversas enmiendas contenidas en el Bill of Rights.

Con la promulgación, después de la Guerra Civil de 1865, de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, promulgada junto con la Decimotercera y la Decimoquinta para proteger a los esclavos liberados, existió por primera vez un medio para tratar de forzar la implementación efectiva de las protecciones del Bill of Rights federal por parte de los estados. Ésta estipula: “ningún estado privará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de la Ley”⁸. Durante muchos años el TSEU tan sólo trataba como violaciones del *due process* las violaciones de “principios inmutables de justicia según la concepción de una sociedad civilizada”⁹, o de principios “implícitos en el concepto de libertad organizada” sin los cuales “un sistema de justicia justo y progresista sería imperfecto”¹⁰. Pero, según el juicio del TSEU, la gran mayoría de los derechos protegidos por el Bill of Rights federal no ascendía a este nivel. Por eso, los estados quedaron en libertad de interpretar sus propias constituciones en estas áreas sin la injerencia del TSEU, siempre que la conducta de los órganos de la justicia no fuera brutal o incivilizada.

El TSEU revocó sentencias condenatorias de tribunales estatales cuando determinó que la policía utilizó tortura¹¹, coerción, decepción u otras prácticas atroces para conseguir una confesión involuntaria. También revocó la famosa condena a muerte de los Scottsboro Boys, jóvenes negros pobres, que fueron condenados por la violación de dos muchachas blancas, en razón de que no tuvieron la ayuda de un letrado¹².

Sin embargo, durante el Movimiento por los Derechos Civiles de los años cincuenta y sesenta las cosas empezaron a cambiar. Una mayoría del TSEU comenzó a reconocer que la idea de un “debido proceso” que señala la Decimocuarta Enmienda incluye casi todos los derechos enumerados en las primeras ocho enmiendas del Bill of Rights: 1. la protección contra registros o confiscaciones excesivos, garantizada por la Cuarta

7 Por lo menos 4.743 personas murieron por linchamiento, 90% de los cuales vivieron en el sur. Tres cuartos de ellos eran afroamericanos. La pena de muerte debería sustituirse por los linchamientos. A menudo pocos eran pocos días entre la detención del “sospechoso” y la ejecución por el estado. STEPHEN B. BRIGHT”. *Discrimination, Death and Denial: the Tolerance of Racial Discrimination in Infliction of the Death Penalty*”, 35 *Santa Clara L. Rev.* 433, 440-441 (1995).

8 Constitución de los Estados Unidos, XIV Enmienda.

9 “*Adamson v. California*”, 332 U. S. 46 (1947).

10 “*Palko v. Connecticut*”, 302 U. S. 319 (1937).

11 “*Brown v. Mississippi*”, 297 U. S. 278 (1936).

12 “*Powell v. Alabama*”, 287 U. S. 45 (1932).

Enmienda¹³ y la prohibición de utilizar pruebas inconstitucionalmente recogidas¹⁴; 2. el derecho a no inculparse, garantizado por la Quinta Enmienda¹⁵; 3. la protección del “*ne bis in idem*”, también garantizado por la Quinta Enmienda¹⁶; 4. el derecho a un juicio público sin dilaciones¹⁷, a ser juzgado por un jurado¹⁸, a confrontar los testigos de cargo¹⁹, a llamar con ayuda del tribunal testigos en su defensa²⁰ y a la asistencia de un letrado²¹, todos garantizados por la Sexta Enmienda; y finalmente 5. la protección contra penas crueles y inusuales, garantizada por la Octava Enmienda²². Las únicas protecciones incluidas en el Bill of Rights que el TSEU no estableció como obligatorias para los estados bajo la rúbrica del “debido proceso” eran el derecho a una acusación por el Gran Jurado, garantizado por la Quinta Enmienda²³, y la protección contra fianzas excesivas, en la Octava Enmienda.

La jurisprudencia del TSEU que interpretó las protecciones del Bill of Rights como vinculantes para los estados se ha llamado la “revolución de procedimiento penal” y tuvo lugar principalmente cuando EARL WARREN era presidente del alto tribunal (1953-1969). Sin embargo, los presidentes RICHARD NIXON (1968-1974), RONALD REAGAN (1980-1988), GEORGE H. W. BUSH (1988-1992) y GEORGE W. BUSH (2000-2008) nombraron varios magistrados ultra-conservadores en el TSEU y las decisiones en estos años socavaron paulatinamente las protecciones garantizadas por la Corte Warren.

A continuación voy a discutir: 1. cómo las decisiones del TSEU han debilitado paulatinamente las protecciones de la Cuarta Enmienda garantizadas por el Tribunal bajo la presidencia de WARREN, lo que ha conducido a una situación en que la policía puede discriminar en el cumplimiento de las leyes contra el tráfico de drogas y de armas a las minorías nacionales, sin violar la Constitución; 2. cómo el desarrollo de la jurisprudencia ha conducido a un régimen de interrogación policial más coercitivo e inquisitorio que no alcanza las normas mínimas reconocidas en Europa y, mientras tanto, ha contribuido a que se dicten sentencias de pena de muerte contra inocentes; 3. cómo la utilización de informantes de la policía, no sólo para investigar clandestinamente en los entornos criminales, sino también para declarar durante el juicio oral como testigos de cargo, ha conducido asimismo a sentencias de pena de muerte contra inocentes; 4.

13 “Wolf v. Colorado”, 338 U. S. 25 (1949).

14 “Mapp v. Ohio”, 367 U. S. 643 (1961).

15 “Malloy v. Hogan”, 378 U. S. 1 (1964).

16 “Benton v. Maryland”, 395 U. S. 784 (1969).

17 “Klopper v. North Carolina”, 386 U. S. 213 (1967).

18 “Duncan v. Louisiana”, 391 U. S. 145 (1968).

19 “Pointer v. Texas”, 380 U. S. 400 (1967).

20 “Washington v. Texas”, 388 U. S. 14 (1967).

21 “Gideon v. Wainwright”, 372 U. S. 335 (1963).

22 “Robinson v. California”, 370 U. S. 660 (1962).

23 “Hurtado v. California”, 110 U. S. 516 (1884).

cómo el TSEU ha afirmado finalmente que la pena de muerte no viola ni la prohibición contra penas crueles e inusuales ni el debido proceso, y cómo la jurisprudencia del alto tribunal ha conducido a un crecimiento de sentencias capitales y a una aceleración de su ejecución; 5. cómo un sistema general de penas draconianas y un principio de oportunidad casi sin límites ha conducido a un sistema de justicia donde raramente hay un juicio oral con jurado porque los acusados admiten los cargos para minimizar los daños; y finalmente, 6. cómo el nombramiento de abogados de oficio incompetentes para acusados pobres ha contribuido a fallos injustos y cómo las oficinas del defensor público (abogados de oficio asalariados) luchan, en forma más o menos eficaz, para defender sus clientes a pesar de las dificultades.

La combinación de estos factores ha resultado en un sistema defectuoso de la administración de justicia, donde los pobres sufren diariamente invasiones graves de sus intereses protegidos, son condenados en juicio con ayuda ineficaz de un letrado, con fundamento en pruebas que a veces tienen un valor probativo dudoso y que, además, son recogidas de una manera sospechosa. Las reglas probatorias mantienen al jurado en un estado de media-ignorancia, motivo por el cual éste no puede a menudo discernir los aspectos débiles de las pruebas de cargo o evaluar adecuadamente la credibilidad de los testigos. La policía y sus informantes mienten como rutina en sus testimonios en el juicio oral y los fiscales a menudo no los corrigen, dejan también de revelar la existencia de pruebas exculpatorias y utilizan tácticas incorrectas e informes inflamatorios para manipular al jurado. Y, finalmente, los magistrados, que como los fiscales son elegidos a nivel estatal, no tienen el coraje –ni las ganas– de poner fin a éstas prácticas cuestionables o de anular condenas injustas pronunciadas por los jurados.

C. Acoso policial: el registro y la detención de minorías

Después de haber decidido que la Cuarta Enmienda y la doctrina de prueba prohibida son vinculantes para los estados, el TSEU bajo WARREN trató de limitar los poderes de la policía en sus confrontaciones con los ciudadanos, especialmente con minorías (y sobre todo con afroamericanos). El alto tribunal decidió que los registros y detenciones de las personas serían legales sólo cuando exista una “causa probable” (*probable cause*) que indique que la persona ha cometido un delito o cuando piezas de convicción o efectos o instrumentos del delito se encontraran en su persona, su casa o sus efectos personales (por ejemplo en el automóvil). La evaluación jurídica o constitucional de las confrontaciones o cacheos diarios entre policía y ciudadano permaneció poco clara. ¿Significaba que la policía no podía parar transitoriamente a una persona sin indicios de probabilidad de la culpabilidad del sospechoso?

En 1968, un año de disturbios raciales después del asesinato de MARTIN LUTHER KING, el TSEU prestó especial atención al sistemático acoso de ciudadanos negros por parte de la policía –predominantemente blanca– durante la investigación de la criminalidad, y decidió, sin embargo, que la policía podía efectuar una “detención temporal” con menos *probable cause*, es decir, sólo con una “sospecha fundada” (*reasonable suspicion*) de

que la persona cometió o se preparaba para cometer un delito. El TSEU también aprobó la realización de un cacheo de la ropa del sospechoso si la policía tenía una sospecha fundada de que la persona estaba armada o resultaba peligrosa. La policía podía solamente sacar cosas duras que parecían ser armas (armas blancas o de fuego) y no otros elementos (es decir, drogas)²⁴.

A causa de la tensión entre la policía predominantemente blanca y la comunidad negra, los tribunales enfatizaron al principio que una persona no podía ser “detenida transitoriamente” sólo porque estaba en un “barrio de alta criminalidad”²⁵, a causa del color de su piel²⁶ o sólo porque huyó cuando apareció la policía²⁷. Debían existir indicios objetivos o conductas que mostraran que la persona había cometido un delito o se preparaba para cometerlo.

Después de la jubilación de WARREN el TSEU empezó a abrir más espacio para la policía en su “guerra contra la droga”. Permitió a la policía sacar drogas durante un cacheo de armas, si el agente podía inmediatamente conocer que el objeto era contrabando²⁸. También decidió el TSEU que no hay violación de la Cuarta Enmienda cuando la policía trata de efectuar una detención, aunque sea sin sospecha fundada, si la persona no se somete a la autoridad de la policía²⁹. Finalmente, el TSEU acabó recientemente de decidir que el mero hecho de que una persona huya de la policía mientras está en un barrio de alta criminalidad (a pesar de incidentes como la brutalidad a la que fue sometido RODNEY KING en Los Ángeles) es suficiente para constituir una “sospecha fundada” para justificar una detención temporaria, pese a que la policía no tuviera ninguna idea acerca del delito que estuviera cometiendo³⁰. Esta decisión es lamentable, especialmente en el contexto de informes generalizados sobre la utilización del terror por parte de la policía en comunidades de minorías y la participación de la policía en el tráfico de drogas y en extorsiones³¹.

24 “Terry v. Ohio”, 392 U. S. 1 (1968).

25 “Brown v. Texas”, 443 U. S. 47 (1979).

26 P. e., “State v. Barber”, 823 P.2d 1068 (Wash. 1992).

27 P. e., “State v. Hicks”, 488 N. W. 2d 359 (Neb. 1992).

28 “Minnesota v. Dickerson”, 508 U. S. 366 (1993).

29 “California v. Hodari D.”, 499 U. S. 621 (1991).

30 “Illinois v. Wardlow”, 528 U. S. 119 (2000).

31 En 1997 tan solo había 1.768 quejas contra la policía en la ciudad de Nueva York, y como resultado, la ciudad debía pagar \$19,5 millones en daños. DEBORAH SONTAG y DAN BARRY. “When Brutality Wears a City Badge”, *The New York Times*, 19 nov. 1997, pp. A1, A25. Seis policías en Philadelphia admitieron su culpabilidad en la conducta de registros ilegales, de ocultar de pruebas para incriminar a otros, y de perjurio. Se han anulado 56 condenas por tenencia ilícita de drogas como consecuencia y otros 1.600 casos eran de dudosa calidad. MICHAEL JANOFSKY. “A Philadelphia Police Scandal Results in Lawsuit and Racism Accusation”, *The New York Times*, 12 dic. 1995, p. A10. Se detuvo a seis policías en Atlanta por el robo a un traficante de drogas y exacción de dinero para protección. RONALD SMOTHERS. “6 Held in Atlanta Police Corruption Case”, *The New York Times*, 7 sept. 1995, p. A12. Había que reparar 3.200

Es conocido que la policía concentra sus fuerzas en la administración de las reglas de tráfico vehicular contra afroamericanos y otras minorías con el pretexto de investigar posibles violaciones de las leyes contra la droga. Entre los críticos esta práctica se llama “negro conduciendo” (*driving while Black*)³². La policía suele parar a alguien por exceso de velocidad, porque no había señalado que iba a doblar, o incluso por una luz defectuosa para iluminar la placa de la matrícula, y todo esto sólo para buscar otra conducta sospechosa o para pedir consentimiento para registrar el automóvil. Mientras que algunos tribunales afirmaban la legalidad de tal detención sólo si un agente razonable hubiera también parado a la persona en la misma situación, el TSEU ha dado su expresa aprobación a esta táctica de hacer “paradas como pretexto”, que la policía utiliza primariamente contra minorías en muchas localidades³³.

El TSEU también ha confirmado la práctica, permitida por la ley en unos veintiocho estados³⁴, de llevar a cabo la detención de personas que han violado las reglas de tráfico vehicular, aunque no pueden ser condenados ni a un día de cárcel por ello³⁵, con el pretexto de realizar un registro de sus personas³⁶ y el interior del automóvil³⁷. Así, con una violación menor, la policía puede llevar a cabo un registro por drogas sin indicios fundados de criminalidad y sin que haya peligro alguno para los agentes de la policía³⁸. Siguiendo su jurisprudencia de deferencia a la policía (y a los políticos) en su campaña antidroga, el TSEU ha permitido a los departamentos municipales de la policía implementar “reglas de inventario” para que la policía pueda confiscar y registrar sin *probable cause* automóviles y otros efectos después de una detención del dueño por cualquier infracción³⁹. Aun cuando la policía haya llevado a cabo un registro ilegal en el lugar de los hechos, los tribunales de apelación han permitido la utilización de

casos penales en Los Ángeles como consecuencia de la corrupción policial. Las acusaciones recorren desde tráfico de drogas hasta asesinato. DUNCAN CAMPBELL. “Police corruption embroils LA in a legal nightmare”, *The Guardian Weekly*, 6-12 de enero de 2000, p. 5.

32 DAVID A. HARRIS. “‘Driving While Black’ and All Other Traffic Offenses: the Supreme Court and Pretextual Traffic Stops”, 87 *J. Crim. L. & Criminology* 544, 546 (1997).

33 “Whren v. United States”, 517 U. S. 806 (1996).

34 BARBARA C. SALKEN. “The General Warrant of the Twentieth Century? A Fourth Amendment Solution to Unchecked Discretion to Arrest for Traffic Offenses”, 62 *Temple L. Rev.*, 221,250 (1989).

35 En “Atwater v. City of Lago Vista”, 532 U. S. 318 (2001), el TSEU ha aprobado la detención de una mujer por no haber utilizado su cinturón de seguridad, aunque la pena máxima para tal violación era una multa de \$50.

36 “United States v. Robinson”, 414 U. S. 218 (1973); “Gustafson v. Florida”, 414 U. S. 260 (1973).

37 “New York v. Belton”, 453 U. S. 454 (1981).

38 Recientemente, el TSEU ha aumentado la protección de los conductores de automóviles y limitado el alcance de la decisión en *Belton*, permitiendo el registro del interior del automóvil solamente cuando el conductor haya sido detenido en el automóvil y cuando hay razones fundadas que la policía podría hallar frutos o instrumentos del supuesto delito o hay un riesgo de que el detenido fuera armado. “Arizona v. Gant”, 2009 WL 1045962 (21 de abril de 2009).

39 “South Dakota v. Opperman”, 428 U. S. 364 (1976); “Colorado v. Bertine”, 479 U. S. 367 (1987).

las pruebas recogidas porque hubieran sido encontradas después durante el “procedimiento de inventario”⁴⁰.

La policía utiliza tales “paradas como pretexto” también contra peatones en barrios con alta criminalidad. Por ejemplo, en la ciudad de St. Louis (Missouri), la policía municipal detiene rutinariamente jóvenes negros por violación de la falta municipal de “manifestación callejera” (*street demonstration*), una disposición para controlar el comercio callejero o artistas de la calle, sólo para efectuar un registro de la persona sin indicios fundados.

Grupos de ciudadanos están entablando demandas civiles contra los departamentos de policía y contra los estados, alegando una práctica de “perfil racial” (*racial profiling*), es decir, el señalamiento, por ejemplo, de afro e hispanoamericanos en particular en la administración de la leyes de tráfico vehicular como pretexto para investigar violaciones a la ley antidroga y para llevar a cabo registros sin la necesidad de articular *probable cause*⁴¹.

Aun cuando los tribunales deciden que la policía ha violado la Cuarta Enmienda llevando a cabo un registro, las pruebas recogidas, no obstante, son admisibles si, por ejemplo, el agente de la policía se ha confiado de buena fe en el auto judicial que autorizaba el registro, pues el TSEU bajo la presidencia de WARREN BURGER decidió que la única razón para declarar una pieza de convicción como “prueba prohibida” sería la de disuadir violaciones por parte de la policía y no proteger a los ciudadanos contra violaciones de la Constitución por parte de magistrados, etc.⁴². Recientemente el TSEU reconoció una excepción más amplia admitiendo pruebas recogidas cuando la policía fue simplemente imprudente en su violación de la Cuarta Enmienda⁴³.

El TSEU también limitó el alcance de la denominada “regla de exclusión” (*exclusionary rule*) cuando decidió en una sentencia que sólo la persona cuyo derecho a la intimidad había sido violado por parte de la acción policial puede pedir la exclusión de las pruebas ilegalmente recogidas durante el juicio oral⁴⁴. Como resultado, la policía puede parar y

40 “United States v. Andrade”, 784 F.2d 1431 (9th Cir. 1986); “United States v. Seals”, 987 F.2d 1102 (5th Cir. 1993); “United States v. Martin”, 982 F.2d 1236 (8th Cir. 1993); “United States v. Zapata”, 18 F.3d 971 (1st Cir. 1994).

41 “Brown v. Oneonta”, N. Y., 195 F.3d 111 (2nd Cir. 1999); “National Congress for Puerto Rican Rights v. New York, N. Y.”, 75 F. Supp. 2d 154 (SDNY 1999); “Maryland State Conference of NAACP Branches v. Department of Md. State Police”, 72 F. Supp. 2d 560 (D. Md. 1999); “Hodgers-Durgin v. De la Vina”, 199 F.3d 1037 (9th Cir. 1999); “National Congress for Puerto Rican Rights v. New York, N. Y.”, 75 F. Supp. 2d 154 (SDNY 1999); “Daniels v. New York, N. Y.”, 198 FRD 409 (SDNY 2001); “Chavez v. Illinois State Police”, 251 F.3d 612 (7th Cir. 2001).

42 “United States v. Leon”, 468 U. S. 897 (1984).

43 “Herring v. United States”, 129 S. Ct. 695 (2009).

44 “Rakas v. Illinois”, 439 U. S. 128 (1978).

registrar ilegalmente un automóvil, por ejemplo, con cuatro pasajeros, y sólo el dueño del automóvil podría con éxito excluir las pruebas en su juicio. Es decir, por ejemplo, la “prueba prohibida”, en relación con el dueño, digamos una cierta cantidad de cocaína, será admisible contra un pasajero, aunque el pasajero sea el dueño de la droga⁴⁵.

D. Interrogatorios policiales y el privilegio de no inculparse

Después de haber vinculado a los estados en cuanto a la implementación del privilegio del procesado reconocido en la Quinta Enmienda de no declarar contra sí mismo, el TSEU emitió la famosa decisión de “Miranda v. Arizona”, para controlar el uso por parte de la policía de coerción, amenazas, presión psicológica, promesas y engaños para inducir a los sospechosos a inculparse contra su propia voluntad. En esa decisión el alto tribunal examinó manuales policiales en que describían tácticas para superar la resistencia del detenido y conseguir una confesión o declaración, normalmente durante las 24 o hasta las 48 horas que el detenido permanece en la cárcel policial antes de comparecer por primera vez ante un juez. En su opinión, el presidente del tribunal Warren escribió por la mayoría que aun sin indicios de coerción, amenazas, promesas o decepción, la condición de estar detenido por la policía era coercitiva en sí, y que antes de interrogar a un detenido la policía debe explicarle su derecho de no declarar contra sí mismo y también del derecho a ser asistido por un letrado elegido o por un abogado de oficio nombrado por el Estado antes de hablar con la policía y renunciar expresamente a estos derechos⁴⁶.

Tales advertencias, aceptadas en la gran mayoría de los países europeos⁴⁷, están ahora en peligro de desaparecer en los Estados Unidos. Aunque el TSEU originalmente decidió que la falta de las advertencias de “Miranda” o una explícita renuncia de los derechos resultaría en la prohibición de utilizar las declaraciones en el juicio oral, el alto tribunal permitió la utilización de declaraciones conseguidas con violación de “Miranda” para impugnar declaraciones contradictorias del procesado durante el juicio oral⁴⁸. Finalmente, el TSEU empezó a mantener que la regla de “Miranda” no es de envergadura constitucional, sino sólo una regla “profiláctica” para fortalecer la Quinta Enmienda. Como resultado, aunque la declaración propiamente sea una “prueba prohibida”, la policía puede utilizar cualquier pista conseguida durante el interrogatorio para desa-

45 El poder de la policía de detener automóviles con más de un pasajero estaba, sin embargo, limitado por una decisión del TSEU que recientemente articuló que una detención ilegal constituye una violación de la libertad de todos los pasajeros detenidos. “Brendlin v. California”, 127 S. Ct. 2400 (2007). Pero, para que el pasajero pueda excluir pruebas confiscadas como resultado de una detención ilegal, puede alegar con éxito que la prueba era la “fruta del árbol envenenado”, es decir, de la detención ilegal.

46 “Miranda v. Arizona”, 384 U. S. 436 (1966).

47 STEPHEN C. THAMAN. „Wahrheit oder Rechtsstaatlichkeit? Die Verwertung von verfassungswidrig erlangten Beweisgegenständen im Strafverfahren“, en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag* 1041, 1050 (JÖRG ARNOLD et al. eds., 2005).

48 “Harris v. New York”, 401 U. S. 222 (1971).

rollar la investigación, y las pruebas resultantes de estas pistas no constituyen “frutos del árbol envenenado”⁴⁹. Por consiguiente, los departamentos de policía comenzaron a interrogar a detenidos dejando de lado las advertencias establecidas por “Miranda” para recopilar pistas para una investigación más intensiva o pruebas para impugnar al procesado si pensaba declarar en el juicio oral. Aun cuando había una estrategia dirigida a la violación intencional de las disposiciones de “Miranda” en este sentido, algunos tribunales han admitido las pruebas así recogidas bajo las excepciones ilustradas anteriormente⁵⁰.

En 1968 el Congreso promulgó una ley con la intención expresa de anular la decisión de “Miranda” y algunas otras decisiones del TSEU protegiendo los derechos de acusados, pero el Fiscal General del Estado (Attorney General) y también los tribunales federales se negaron a basarse en esta ley por unos treinta años. Finalmente, en 1999, un tribunal federal de apelación falló que la ley de 1968 en realidad ha anulado la decisión de “Miranda”; sin embargo, el TSEU decidió finalmente, en el año 2000, que la regla de “Miranda” es una regla *constitucional* y no sólo una regla profiláctica, aunque la decisión no ha anulado las decisiones anteriores que han limitado el alcance de “Miranda”⁵¹.

Además de las decisiones que animan la utilización de engaños por parte de la policía para inducir confesiones, es importante subrayar que confesiones falsas han conducido a la condena de no pocas personas inocentes por homicidios que no habían cometido y a veces hasta la imposición de la pena capital. En un distrito policial en la ciudad de Chicago, la policía utilizó tortura, es decir, descargas eléctricas, palizas y asfixia para conseguir confesiones que condujeron a la imposición de la pena de muerte⁵².

E. La utilización de informantes secretos

El principio de oportunidad casi sin límites que predomina en el sistema estadounidense y las penas draconianas con las que los acusados se confrontan han conducido a un crecimiento rápido de la utilización de informantes secretos por parte de la policía y la fiscalía para declarar contra sus conocidos o cómplices y así librarse de la posibilidad de condenas por delitos graves o reducir sus propias penas. Si el informante no brinda

49 “Michigan v. Tucker”, 417 U. S. 433 (1974). Véase “United States v. Patane”, 542 U. S. 630 (2004), en que el TSEU permitió el uso como prueba de una pistola, que era descubierta como consecuencia de una declaración conseguida en violación de la regla de “Miranda”.

50 “California Attorneys for Criminal Justice v. Butts”, 922 F. Supp. 327 (C. D. Cal. 1996); “People v. Peevy”, 73 Cal. Rptr. 2d 865 (Cal. 1998)

51 “Dickerson v. United States”, 530 U. S. 428 (2000).

52 KEN ARMSTRONG y STEVE MILLS. “The Failure of the Death Penalty in Illinois: A Tortured Path to Death Row”, *Chicago Tribune*, 17 nov. 1999, p. 1, 8-9.

resultados satisfactorios según el juicio de sus dueños (la policía o el fiscal), puede ser condenado a la máxima pena posible⁵³.

Como resultado de esta práctica, los informantes no sólo recogen pruebas para investigar la criminalidad y detener delincuentes, sino que, en muchos casos, también funcionan como testigos de cargo en el juicio oral. A menudo informantes en las cárceles testifican que sus vecinos de celdas reconocieron su culpa mientras esperaban entre su detención y su primera comparecencia ante el tribunal, también a veces después de la primera comparecencia y el nombramiento de un letrado. El TSEU ha permitido el interrogatorio de prisioneros por parte de informantes secretos que trabajan con la policía casi sin límites antes de la primera comparecencia del sospechoso⁵⁴ y permite que tales informantes de celda relaten el contenido de las conversaciones sostenidas en las celdas durante el juicio oral aun después de la presentación de la acusación y el nombramiento de un letrado, siempre que el informante sólo participe pasivamente en la conversación⁵⁵. Esta táctica de los órganos de la acusación, que no se tolera en algunos países europeos⁵⁶, ha conducido a la condena de no pocas personas inocentes en los Estados Unidos, y algunas a la pena de muerte⁵⁷.

F. La marcha victoriosa de la pena de muerte

Quizás como resultado del Movimiento por los Derechos Civiles, el apoyo en los Estados Unidos a la pena de muerte estuvo cayendo regularmente durante los años cincuenta y sesenta⁵⁸. Finalmente, en 1972, el TSEU declaró que la pena de muerte era una pena cruel e inusual y violaba el *due process*, no en sí, sino a causa del modo injusto de su implementación. Los condenados a muerte no solo eran casi siempre pobres, por lo que no podían pagar un buen letrado, sino que también pertenecían desproporcionadamente a las minorías raciales. La selección de quienes, entre los cerca de 20.000 asesinos por

53 En el caso "Ricketts v. Adamson", 483 U. S. 1 (1987), el acusado ha acordado con el fiscal testificar contra dos coacusados en un juicio relacionado con el asesinato de una periodista que estaba investigando corrupción en el estado de Arizona, por una pena de 20 años. Como consecuencia de su testimonio, sus cómplices fueron condenados a muerte. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Arizona ha anulado las condenas en casación y ordenado una repetición del juicio. El acusado se ha negado a testificar en el segundo juicio y el fiscal ha cambiado su táctica, sobreyendo la acusación contra los dos cómplices y reactivando el juicio contra RICKETTS por haber violado el acuerdo. RICKETTS fue condenado a muerte y el TSEU afirmó la sentencia de pena de muerte.

54 "Illinois v. Perkins", 496 U. S. 292 (1990).

55 "United States v. Henry", 447 U. S. 264 (1980); "Kuhlmann v. Wilson", 477 U. S. 436 (1986).

56 STEPHEN C. THAMAN. *Comparative Criminal Procedure: A Casebook Approach 98-99* (2nd ed., 2008).

57 KEN ARMSTRONG y STEVE MILLS. "The Failure of the Death Penalty in Illinois: The Inside Informant", *Chicago Tribune*, 16 nov. 1999, pp. 1, 8-9.

58 En el año 1999 cerca del 42% de la población apoyó la pena de muerte, pero el porcentaje creció hasta 66% en 1976 y en el año 1994 era entre 70 y 80%. TONY MAURO y MARK POTOK. "Death penalty becoming 'real' ", *USA Today*, 7 dic. 1994, p. 3A.

año, iban a estar condenados a la pena de muerte se tornó completamente caprichosa, como también la selección de quienes, en los corredores de la muerte, iban finalmente a ser ejecutados⁵⁹. En el mismo año el Tribunal Supremo de California declaró que la pena de muerte era en sí una pena cruel e inusual según la Constitución californiana⁶⁰.

Los políticos partidarios de la pena de muerte no esperaron. Las legislaturas de más de 35 estados redactaron nuevas leyes permitiendo la pena de muerte, y trataron de limitar la discreción del juez, o de guiarla para evitar el capricho de las viejas leyes. En el año 1976, el TSEU aprobó algunas de estas leyes⁶¹ y la moratoria en ejecuciones, que había durado desde 1968 hasta 1976, terminó. GARY GILMORE, que se negó a presentar un recurso y deseó ser ejecutado, murió por pelotón de fusilamiento en Utah en 1977⁶² y la matanza comenzó otra vez. En el año 1976 el pueblo de California enmendó la Constitución del estado por referéndum para que señalara que la pena de muerte no era una pena cruel e inusual y hoy en día en 36 estados y en el sistema federal la pena de muerte amenaza los asesinatos agravados⁶³.

Desde 1977 se ha ejecutado a por lo menos 1.163 personas en 34 estados y en el sistema federal. El puntero entre los estados sangrientos es, por mucho, Texas, seguido de otros estados del sur y Missouri. También se ha descubierto, gracias a periodistas, abogados, grupos religiosos y otras agrupaciones fuera de la administración de justicia, que por lo menos 132 personas completamente inocentes han sido condenadas a muerte en los Estados Unidos desde 1977⁶⁴. En todos estos casos el Estado ha reconocido oficialmente la inocencia del condenado, gracias a una confesión de la persona culpable, análisis de ADN, u otros métodos. Nadie sabe cuántas personas inocentes ya se han ajusticiado o murieron en los corredores de la muerte o están cumpliendo penas privativas de libertad⁶⁵.

59 "Furman v. Georgia", 408 U. S. 238 (1972)

60 "People v. Anderson", 493 P.2d 880 (Cal. 1972)

61 "Gregg v. Georgia", 428 U. S. 153 (1976); "Proffitt v. Florida", 428 U. S. 242 (1976); "Jurek v. Texas", 428 U. S. 262 (1976).

62 Véase NORMAN MAILER. *The Executioner's Song* (1977).

63 No hay pena de muerte en Dakota del Norte, Minnesota, Iowa, Wisconsin, Michigan, West Virginia, Maine, Vermont, Rhode Island, Massachusetts, Hawaii, Alaska, New Jersey y New Mexico. New Jersey eliminó la pena de muerte en 2007 y New Mexico en marzo de 2009: "Death Penalty Is Repealed in New Mexico", *The New York Times*, marzo 19, 2009, p. A16, [www.nytimes.com/2009/03/19/us/19execute.html?ref=us].

64 "Facts About the Death Penalty" (15 de mayo de 2009), *Death Penalty Information Network*, [www.deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf].

65 Una investigación en los años ochenta descubrió que desde 1900, 350 inocentes han sido condenados por delitos con la posibilidad de pena capital. 139 de estas personas han sido condenadas a muerte y 23 de ellas ejecutadas. HUGO A. BEDAU y MICHAEL L. RADELET. "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases", 40 *Stan. L. Rev.* 21, pp. 22-24, 35-39, 71-71, 83-85 (1987). En 1992 ya han contado 416 de tales errores, con 29 ejecuciones de inocentes. SAMUEL R. GROSS. "Lost Lives. Miscarriages of Justice in Capital Cases", 42 *Law Quadrangle Notes* (Univ. of Michigan Law School), 1999, 82,

El TSEU y los políticos no solo han afirmado la reactivación de la pena de muerte: hubo un movimiento para expandir su aplicación a un catálogo más amplio de delitos. Por ejemplo, el presidente BILL CLINTON firmó una ley en 1994 que prevé la pena de muerte para 50 nuevos tipos de asesinato. Políticos a niveles federal y estatal subrayan su apoyo a la pena capital y una campaña para limitar el derecho a presentar recursos de los prisioneros condenados a muerte. El TSEU, que hasta el año 2008 no incluía ningún magistrado que expresara su oposición a la pena de muerte⁶⁶, ha emitido fallos que limitan las protecciones para los condenados a muerte, a veces más que en relación con otros condenados.

Por ejemplo, durante la selección del jurado en casos en que amenaza la pena de muerte, el fiscal puede recusar a todos los candidatos a ser jurado por razones de parcialidad si ellos no pudieran sentenciar el acusado a la pena de muerte⁶⁷. Es decir, alrededor de un 30% al 40% de los presuntos jurados, probablemente los más progresistas de la población local, no pueden participar en los juicios más importantes. El resultado es un jurado que probablemente simpatiza más con la acusación y, por eso, tendrá tendencia más a emitir un veredicto de culpabilidad también⁶⁸.

El TSEU proclamó que la recusación sin motivo por parte del fiscal de miembros de minorías sólo por su pertenencia a ellas viola el principio de igualdad ante la ley⁶⁹—era una práctica conocida de la acusación el hecho de recusar continuamente a todos los candidatos afroamericanos para ser jurados en casos en que el procesado era negro— y el alto tribunal aplica ahora esta doctrina a la defensa también⁷⁰. A pesar de esto, esta práctica perniciosa persiste, incluso en muchos casos capitales. Después de la decisión en *Batson v. Kentucky*, el fiscal ha podido justificar todas sus recusaciones de afroamericanos con “razones neutras en relación con la raza del jurado” (*race neutral*)⁷¹.

pp. 84-85. Hasta el fin del año 2007 han descubierto por análisis de ADN que 206 personas completamente inocentes han sido condenadas a penas privativas de libertad o de muerte. FERNANDA SANTOS. “Vindicated by DNA, But a Lost Man on the Outside”, cit.; ÍD. “12 Years After Execution, Evidence of Innocence”, *The New York Times*, 22 nov. 2005, p. A20.

66 El magistrado JOHN PAUL STEVENS ha manifestado una posición expresamente contra la pena de muerte solamente en abril de 2008, después de 33 años en el Tribunal. LINDA GREENHOUSE. “After a 32-Year Journey, Justice Stevens Renounces Capital Punishment”, *The New York Times*, 18 de abril de 2008, p. A20.

67 “*Witherspoon v. Illinois*”, 391 U. S. 510 (1968); “*Lockhart v. McCree*”, 476 U. S. 162 (1986).

68 BRUCE J. WINICK. “Prosecutorial Peremptory Challenge Practices in Capital Cases: An Empirical Study and A Constitutional Analysis”, 81 *Mich. L. Rev.* 1 (1982).

69 “*Batson v. Kentucky*”, 476 U. S. 79 (1986).

70 “*Georgia v. McCollum*”, 505 U. S. 42 (1992). Ahora el fiscal puede exigir una explicación no basada en la raza del jurado, cuando un afroamericano trate de recusar a un jurado blanco, aun cuando ellos constituyen la gran mayoría de los jurados. “*State v. Knox*”, 609 So.2d 803 (La. 1992).

71 Incluso en casos donde todas las recusaciones sin motivación se utilizaron para eliminar afroamericanos. BRIGHT, *supra* nota 4, pp. 447-449.

El TSEU ha confirmado también la constitucionalidad de leyes que permiten a la acusación presentar pruebas que muestren el impacto del asesinato en la familia de la víctima o la comunidad⁷². La acusación utiliza tales pruebas para inflamar las pasiones del jurado contra el procesado y empujarlo a emitir un veredicto de muerte. A pesar del hecho de que los fiscales demandan y los jurados recomiendan la pena de muerte desproporcionadamente contra asesinos (negros y blancos) que matan a víctimas blancas, el TSEU ha rechazado el argumento de que el método de administración de la pena capital viola el principio de igualdad ante la ley por esta razón⁷³.

Finalmente, la legislación⁷⁴ y las decisiones del TSEU⁷⁵ han limitado con éxito el derecho a interponer recursos de los condenados a muerte; específicamente, han prohibido repetidos recursos de *habeas corpus* donde el acusado intentaba impugnar la constitucionalidad de sus condenas. El *writ of habeas corpus* es el único vehículo para impugnar sentencias firmes y ha sido usado para revocar muchas condenas injustas en el pasado.

Afortunadamente, hay señales hoy que indican que el apoyo a la pena de muerte en los Estados Unidos está cayendo. Una encuesta de opinión de Gallup en mayo de 2006 mostraba una disminución en el apoyo a la pena de muerte, que pasó del 80% en 1994 al 65%, y cuando se da a la gente una alternativa de cadena perpetua 48% prefiere la cadena perpetua y 47% la pena de muerte. El número de condenas a muerte también está cayendo desde el año 1994, en que hubo 328 condenas, hasta 284 en 1999, 153 en 2003, 115 en 2007 y 111 en 2008. La caída es el resultado de que los fiscales están solicitando menos la pena capital y los jurados son más reticentes a aplicar la pena máxima. Paralelamente ha disminuido el número de ejecuciones cada año desde un máximo de 98 en el año 1999 hasta sólo 27 en el año 2008⁷⁶. Como ya mencionaba, por primera vez desde hace muchos años dos estados (New Jersey y New Mexico) abolieron la pena de muerte en los últimos dos años.

Finalmente, incluso el TSEU ha limitado el alcance de la pena de muerte en los últimos años prohibiendo la ejecución de retrasados mentales⁷⁷ y la condena a muerte de personas que tuvieran menos de 18 años cuando cometieron un homicidio⁷⁸. Además, la crisis económica está induciendo intentos de abolir la pena de muerte, pues cuesta más

72 "Payne v. Tennessee", 501 U. S. 808 (1991).

73 "McCleskey v. Kemp", 481 U. S. 279 (1987).

74 28 U. S. C. § 2244.

75 "McCleskey v. Zant", 499 U. S. 467 (1991).

76 "Facts About the Death Penalty", *supra* nota 64.

77 "Atkins v. Virginia", 536 U. S. 304 (2002).

78 "Roper v. Simmons", 543 U. S. 551 (2005).

dinero ejecutar a una persona condenada a muerte, por los múltiples recursos ejercidos por abogados de oficio, que encarcelarla de por vida⁷⁹.

G. Penas draconianas y la coerción de admisiones de culpabilidad

Además de la pena capital, hay disposiciones en muchos estados y en el sistema federal que prevén la cadena perpetua por contravenciones de las leyes contra la droga y reincidencia en robo. Las famosas leyes de “Three Strikes”⁸⁰, penas mínimas draconianas privativas de libertad para violaciones de las leyes contra la droga y otros delitos⁸¹ y las opresivas “pautas sentenciadoras” (*sentencing guidelines*), que efectivamente limitan la posibilidad de utilizar la discreción humana en la determinación de la sentencia⁸², han conducido a la población carcelaria más grande del mundo, a pesar de la caída notable en el índice de criminalidad durante los últimos años. Aunque hubo una caída de 25% en crímenes violentos en los últimos 20 años⁸³, la población encarcelada ha crecido increíblemente en el mismo tiempo. Con 5% de la población mundial, los Estados Unidos tienen más del 25% de los prisioneros del mundo: de 100.000 habitantes de los Estados Unidos, 751 están encarcelados (sólo 110/100.000 en el año 1975), seguida en el mundo por Rusia con 627/100.000. En comparación, se encarcela en Alemania sólo 88/100.000 y en Japón solamente 63/100.000. En los Estados Unidos están hoy encarceladas 2,3 millones de personas⁸⁴.

Pero la severidad de las penas no es sólo un síntoma de una cultura que se deshace de sus ciudadanos menos perfectos como de sus navajas de afeitar plásticas o de sus cámaras desechables. Es también primariamente una ficha en la mano de la fiscalía en las negociaciones de conformidades a la estadounidense (*plea bargaining*) para evitar un juicio oral con jurado. Un juicio con jurado dura mucho tiempo y es un procedimiento costoso que demanda un alto nivel de profesionalismo de los letrados y fiscales, y la última resolución es siempre imprevisible. Se ha escrito mucho sobre la anulación por el jurado a causa de simpatía con el procesado, antipatía contra la policía, desacuerdo

79 IAN URBINA. “Citing Costs, States Consider Halting Death Penalty”, *The New York Times*, 25 de febrero de 2009, p. A1. [www.nytimes.com/2009/02/25/us/25death.html?ref=us] (citando legislación en este sentido en Maryland, Colorado, Kansas, Nebraska, New Hampshire y Montana).

80 El TSEU ha recientemente rechazado el argumento de que la cadena perpetua para un ladrón con antecedentes penales violara la prohibición contra penas crueles e insólitas (*cruel and unusual*) de la Octava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. “Lockyer v. Andrade”, 538 U. S. 63 (2003); “Ewing v. California”, 538 U. S. 11 (2003).

81 U. S. SENTENCING COMMISSION. Special Report to Congress: Mandatory Minimum Penalties in the Federal Criminal Justice System 33-34 (1991).

82 ALBERT A. ALSCHULER. “The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation”, 58 *U. Chi. L. Rev.* 901 (1991).

83 ADAM LIPTAK. “More than 1 in 100 adults are now in prison in U. S.”, *The New York Times*, 29 de febrero de 2008, p. A14.

84 ADAM LIPTAK. “Inmate Count in U. S. Dwarf’s Other Nations”, *The New York Times*, abril 23, 2008, pp. A1, A14 [www.nytimes.com/2008/04/23/us/23prison.html?_r=1&hp&oref=slogin].

con la ley, etc., en casos en que los elementos del delito punible estaban, sin duda, probados.

Durante las negociaciones para acordar una confesión, la amenaza por parte del acusado de insistir en un juicio con jurado es la ficha más efectiva de la defensa para inducir una oferta razonable de parte del fiscal, mientras que la amenaza de penas draconianas juega el mismo papel en las manos de la fiscalía. No es un secreto que los magistrados dictan sentencias con penas más severas si el procesado es condenado por veredicto de jurado que cuando admite su culpabilidad en un *guilty plea*. Una resultado de este sistema es que acusados inocentes a veces renuncian a su derecho de ser juzgados por un jurado y brindan su conformidad con la sentencia negociada para evitar una pena más severa, sistema parecido a aquel al que se veían sometidos los sospechosos de antaño que admitían su culpabilidad bajo tortura o presión psicológica para evitar un destino peor⁸⁵.

Pero cuando una persona elige arriesgarse a una pena severa en un juicio en que no hay posibilidad de pena de muerte, el jurado normalmente no conocerá los parámetros de las penas privativas de libertad si decide condenar⁸⁶. Por ejemplo, vi en un reportaje por televisión una entrevista con un jurado que participó en la condena de un joven de 18 años sin antecedentes penales por tráfico de drogas. Cuando el periodista le preguntó cuántos años pensaba que el joven merecía cumplir, el jurado respondió: “Probablemente cinco años, era un delito grave”. Cuando el periodista le dijo que la sentencia era la cadena perpetua el hombre se asustó. El sistema funciona mejor, desde la perspectiva de la administración de la justicia, si el jurado no conoce la severidad de las penas arriesgadas, porque en casi todos los países en que han introducido el tribunal del jurado y donde tienen un código penal con penas muy severas, el jurado tradicionalmente ha anulado estas penas pensando que eran excesivas. Con la publicidad sobre, por ejemplo, las leyes de Three Strikes, los jurados han empezado a preguntar a los magistrados si se trata de un caso de Three Strikes. La respuesta normal es que no es de su competencia⁸⁷.

Había también una técnica legislativa consistente en redefinir los elementos de hechos punibles que conducirían a penas agravadas como hechos de agravamiento para el sentenciador (es decir, el juez profesional), que deben ser probados sólo con la preponderancia de las pruebas y no cuestiones de hecho para el jurado, que deben ser probados

85 En la investigación de BEDAU y RADELET, *supra* nota 65, los autores han encontrado por lo menos 16 casos en que un inocente ha declarado su culpabilidad de asesinato según un *plea bargain*.

86 Esta regla prevalece en la gran mayoría de casos cuando no hay posibilidad de pena de muerte. “Shannon v. United States”, 512 U. S. 573 (1994).

87 “People v. Nichols”, 62 Cal. Rptr.2d 433 (Cal. App. 1997); “State v. Taylor”, 943 S. W.2d 675 (Mo. App. 1997); 2State v. Stevens”, 949 S. W.2d 257 (Mo. App. 1997). Pero algunos jueces actúan contra la práctica corriente y hacen que los jurados conozcan los parámetros de las penas posibles. “United States v. Datcher”, 830 F. Supp. 411 (M. D. Tenn. 1993).

fuera de toda duda razonable. Como resultado, el jurado solamente ha deliberado y decidido cuestiones básicas, y el juez técnico podía aumentar la pena mas allá de la máxima sin participación popular. Por ejemplo, el jurado decidía sólo si el acusado ha vendido drogas, y el juez la cantidad, o si el acusado ha utilizado un arma de fuego, y el juez, si ha causado heridos graves. Por fortuna, el TSEU, en una serie de decisiones, ha eliminado esta práctica si las cuestiones de “aplicación de la pena” aumentan la pena mas allá de la máxima⁸⁸, pueden determinar una pena de muerte⁸⁹ o aumentan la pena dentro de los sistemas de *sentencing guidelines*⁹⁰.

H. La ayuda ineficaz del letrado y del defensor público

Teóricamente, la Sexta Enmienda de la Constitución protege correctamente el derecho a la asistencia de un letrado. Según la interpretación del TSEU, un acusado tiene el derecho a ser defendido por un letrado de su elección, o a contar con un abogado de oficio si no tiene medios y si existe la mera posibilidad de privación de libertad como resultado de una condena⁹¹.

Hay en general tres sistemas diferentes en los Estados Unidos para asegurar el servicio de abogados de oficio para acusados pobres: defensores públicos, defensa de pobres por contrato y el nombramiento de abogados individuales de oficio. En muchos estados y condados existen oficinas del Defensor Público (*public defender*) para defenderlos. En California, por ejemplo, la administración de cada uno de los condados decide qué tipo de organización de defensa de oficio es el más compatible con sus necesidades. En los grandes condados metropolitanos, la oficina del defensor público es normalmente como un gran bufete de abogados que organiza la defensa de todos los acusados pobres. Comúnmente, el jefe de la oficina es un funcionario de la municipalidad. Una excepción sería el Defensor Público de la Ciudad de San Francisco, que es elegido por el pueblo. En el condado de Alameda (California), donde trabajé durante once años y medio como defensor público, había oficinas de defensores públicos en los tribunales municipales, situadas en las cinco ciudades más grandes, dos oficinas en los tribunales para menores y una oficina en el Tribunal Superior en Oakland, donde se juzgan los delitos graves (felonías). Hay una combinación de representación colectiva en los procedimientos preliminares (por ejemplo, uno o dos abogados se encargan de todas las primeras comparecencias en casos de *felonies* y *misdemeanors* [faltas] en el tribunal municipal, otros –uno o dos– se encargan de las negociaciones de conformidades y otros

88 “Apprendi v. New Jersey”, 530 U. S. 466 (2000). El TSEU ha rechazado el intento de dejar al jurado cada cuestión que podría imponer una pena mínima obligatoria. “Harris v. United States”, 536 U. S. 545 (2002). La única excepción sería la existencia de una condena antecedente que aumentara la pena máxima. “Almendarez-Torres v. United States”, 523 U. S. 224 (1998).

89 “Ring v. Arizona”, 536 U. S. 584 (2002).

90 “Blakeley v. Washington”, 542 U. S. 296 (2004); “Booker v. United States”, 543 U. S. 320 (2005).

91 “Argersinger v. Hamlin”, 407 U. S. 25 (1972).

de la preparación de mociones o cuestiones previas), pero si el acusado demanda un juicio con jurado, se nombra a un abogado particular para prepararlo y seguirlo hasta el final. La representación en casos de felonía es, por contraste, vertical desde la apertura de procedimientos en el tribunal superior. Hubo excepciones para homicidios y, sobre todo, para casos capitales, en que se nombró a un defensor desde el principio. Una oficina del defensor público puede representar una gran cantidad de acusados de forma mucho más económica que los abogados de oficio privados nombrados uno para cada caso. Hay un agregado de experiencia y pericia –como es típico en la fiscalía– y existe también un grupo de investigadores que ayudan en la preparación de los casos.

Por contraste, en otros condados de California el ayuntamiento municipal ha solicitado ofertas para conseguir el contrato de proveer la defensa de oficio. El abogado o grupo de abogados que hace la mejor puja se establece como un tipo de defensor público-privado. Se ha establecido un tal sistema en el condado de San Diego⁹². En condados rurales, sin embargo, el tribunal nombra un abogado de oficio separadamente en cada caso, normalmente de una lista de abogados que han expresado su voluntad de defender en tales casos.

Los requisitos para ser abogado de oficio varían en regiones diferentes. En unas hay reglas rigurosas en cuanto a la experiencia necesaria para defender según la gravedad de la acusación. En otros, los magistrados nombran abogados muy poco calificados para defender en casos penales. Se han nombrado abogados con una especialidad en derecho civil o tributario para defender casos capitales, aun cuando nunca hayan ejercido la defensa en un juicio penal en su vida. Los tribunales en ocasiones nombran abogados incompetentes o éticamente comprometidos en casos capitales, lo que ha contribuido, sin embargo, a la imposición de una condena injusta de muerte contra sus clientes⁹³.

Mientras que en California los condados mismos deciden la organización de la defensa de oficio, en Missouri la oficina del defensor es un cargo a nivel estatal, pero con oficinas regionales.

Una excepción sería la Public Defender Service del Distrito de Columbia (Washington, D. C.), en la que tratan de limitar la cantidad de casos preparados por cada abogado y de ofrecer una representación completamente vertical, como si fuera una *law firm* típica.

92 En un condado de Georgia, en el año 1993, un abogado se ofreció a defender de oficio en todos los casos por \$25.000, casi \$20.000 menos que los otros abogados que han negociado con el condado. Durante el año este abogado ha defendido solamente en un juicio con jurado y ha resuelto todos los demás casos con conformidades (*guilty pleas*). “Too poor to be defended”, *The Economist*, 11 de abril de 1998, p. 22.

93 KEN ARMSTRONG y STEVE MILLS. “The Failure of the Death Penalty in Illinois: Inept defenses cloud verdicts”, *Chicago Tribune*, 15 nov. 1999, pp. 1, 8-9.

La calidad de la defensa es más importante en un sistema adversarial como el de los Estados Unidos que en un sistema inquisitivo, donde el magistrado es obligado a buscar la verdad y es responsable de asegurar que se hayan investigado y presentado justa y completamente todas las pruebas inculpatorias y exculpatorias. Los magistrados presidentes en los Estados Unidos no juegan tal papel, sino que son árbitros pasivos hasta que alguna de las partes viole las reglas del juego. Las mismas partes deben investigar y preparar las pruebas para el juicio oral donde la acusación casi siempre tiene la ventaja porque puede aprovechar las fuerzas de la policía local y estatal (o en el sistema federal del FBI u otras agencias policiales), incluso sus grupos operativos, laboratorios y peritos para investigar los hechos. Se han interpuesto recursos contra muchas sentencias en las que se condenaba a la pena de muerte, y algunos fueron exitosos porque el abogado defensor no ha investigado una coartada, una excusa o justificación posible, o, en juicios capitales, porque no ha investigado y presentado pruebas atenuantes que hubieran podido salvar la vida de su cliente⁹⁴.

Una investigación independiente por parte de la defensa es doblemente importante, porque el fiscal a menudo no está obligado por la ley o la Constitución a revelar las pruebas de cargo. Aunque el TSEU ha proclamado que el fiscal está obligado a revelar pruebas exculpatorias o atenuantes de la pena⁹⁵, no tiene ninguna obligación de buscar pruebas exculpatorias⁹⁶. Además, el TSEU ha añadido que si el fiscal se negó a revelar pruebas exculpatorias o atenuantes ello no se califica como una violación al debido proceso si el tribunal de apelación decide que la revelación y admisión de las pruebas en el juicio oral no hubiera tenido como resultado un veredicto diferente. El resultado de esta decisión es que el fiscal a menudo hace una evaluación preliminar acerca de la posibilidad de que el tribunal de apelación determine que la ocultación de pruebas hubiera sido capaz de afectar el veredicto del jurado ventajosamente para el procesado⁹⁷. Es una invitación para el fiscal a arriesgarse.

A menudo los fiscales ocultan información sobre los acuerdos que existen entre la policía o la fiscalía y sus testigos de cargo⁹⁸. Los acuerdos pueden incluir un archivo

94 La decisión del TSEU que indica la norma mínima para la eficacia del defensor, “Strickland v. Washington”, 466 U. S. 668 (1984), se trata de un defensor en un caso capital que no había investigado circunstancias atenuantes necesarias para evitar la aplicación de la pena de muerte. Incluso cuando el defensor había actuado con gran incapacidad, un recurso en casación no anularía la sentencia, si el tribunal de segunda instancia cree que aun con un defensor capaz la sentencia hubiera sido la misma. Para algunos casos, en que se han anulado una sentencia con pena de muerte: “Glenn v. Tate”, 71 F.3d 1204 (6th Cir. 1995); “Smith v. Stewart”, 140 F.3d 1263 (9th Cir. 1998).

95 “Brady v. Maryland”, 373 U. S. 83 (1963).

96 “United States v. Valenzuela-Bernal”, 458 U. S. 858, 863 (1982).

97 “United States v. Bagley”, 473 U. S. 667 (1985).

98 En “United States v. Boyd”, 55 F.3d 239 (7th Cir. 1995), por ejemplo, la policía de Chicago ha permitido relaciones sexuales entre miembros de una banda con sus novias y el uso de drogas en sus oficinas y ha dejado de revelar declaraciones falsas de los testigos delincuentes.

de cargos pendientes contra un testigo, una promesa de no acusarlo, la oferta de una conformidad muy ventajosa, admisión en el Programa para Protección de Testigos y también remuneración, a menudo a destajo, por cada traficante de drogas que pueda inculpar⁹⁹. La información ocultada podría ser también sólo el hecho de que un testigo sea un informante policial¹⁰⁰. Dado que el testimonio de informantes es tan peligroso de inicio y en atención a que los tribunales de segunda instancia usualmente determinan que los errores procesales no comportaron daños para el procesado (*harmless error*), hay un gran incentivo para el fiscal para reforzar la credibilidad de sus testigos de cargo, ocultando información o no revelando, por ejemplo, el perjurio de sus testigos cuando declaran falsamente en el juicio oral¹⁰¹.

La calidad de la defensa ofrecida por las oficinas del defensor público depende, por un lado, como en el caso de abogados privados de oficio, de la remuneración que reciben por sus servicios. Cuando trabajé en la oficina del condado de Alameda los defensores públicos finalmente alcanzaron el nivel salarial de la fiscalía del mismo condado. Por contraste, los defensores públicos en la ciudad de St. Louis (Missouri) todavía no han alcanzado paridad con sus oponentes procesales. No obstante, aun en oficinas en que la remuneración es insuficiente, hay abogados idealistas que luchan valerosamente por sus clientes. Pero incluso los abogados más idealistas tienen dificultades para ofrecer la mejor defensa si tienen un volumen de casos demasiado grande para realizarla.

En algunos estados, particularmente en el sur, las oficinas del defensor público, si es que existen, tienen a menudo personal insuficiente, con remuneración insuficiente y con demasiado trabajo¹⁰². En cuanto a los abogados privados de oficio, ellos son a menudo amigos del magistrado que los nombra, o del fiscal, y sólo ofrecen una defensa tibia y

99 “United States v. Arnold”, 117 F.3d 1308 (11th Cir. 1997)

100 “People v. Wright”, 658 N. E.2d 1009 (N. Y. 1995).

101 Desde el año 1963 han sido anuladas por lo menos 381 condenas por homicidio en Estados Unidos porque los fiscales han ocultado pruebas de inocencia o presentado con complicidad pruebas falsas. ALAN BERLOW. “The Wrong Man”, *The Atlantic Monthly*, nov. 1999, 66, p. 74.

102 En condados con pocos homicidios y un presupuesto pequeño, los defensores públicos tienen a menudo poca experiencia y recursos insuficientes. Por ejemplo, en el condado de Montgomery, en Illinois, DAVID GRIGSBY, que nunca ha defendido en un caso de homicidio y estaba licenciado por solamente dos años, defendió a TUHRAN LEAR, acusado del asesinato del jefe de una gasolinera. Como defensor público del condado, tenía que manejar otros cientos de casos. El tenía un investigador y el tribunal ha rechazado su petición por un perito para ayudar en la fase de la aplicación de la pena. MATTHEW A. MALONEY, defensor público de tiempo parcial del condado de Bureau, también en Illinois, fue nombrado para defender a JEFFREY RISSLEY, acusado de haber secuestrado y matado a una niña de seis años. Cuando el tribunal se negó a nombrar un investigador, él dejó su puesto. El tribunal nombró, pues, a JOHN HEDRICH, un abogado con especialidad del derecho inmobiliario. RISSLEY declaró su culpabilidad sin juicio con jurado y fue condenado a muerte. KEN ARMSTRONG y STEVE MILLS. “The Failure of the Death Penalty in Illinois: Inept defenses clouded verdicts”, *Chicago Tribune*, 15 nov. 1999, pp. 1, 8-9. Cada defensor público en Louisville (Kentucky), por ejemplo, debe manejar 750 casos cada año. “Too poor to be defended”, *supra* nota 92, p. 21.

mínima para asegurar que “el sistema funcione”¹⁰³. El pago por hora de abogados de oficio es a menudo muy bajo¹⁰⁴. No es una sorpresa, entonces, que casi nunca en los Estados Unidos se haya condenado a muerte un hombre rico¹⁰⁵.

Por otro lado, en algunas oficinas del defensor hay equipos especializados para defender en casos capitales, como en Missouri. Hay otras oficinas que se especializan en los recursos de casación (*appeals*) o de *habeas corpus* en casos con condena a muerte. Tales oficinas dependen del capricho de la política criminal o presupuestaria. Por ejemplo, el California Appellate Project ha ayudado a los abogados de todo el estado que defendieron en los tribunales de apelación y el Tribunal Supremo del Estado en casos capitales, pero perdió su financiación cuando el Congreso federal cortó el presupuesto¹⁰⁶. Sin embargo, cuando el Congreso federal promulgó la Ley Contra el Terrorismo y una Pena Capital Efectiva en 1992, para, en parte, acelerar las ejecuciones de prisioneros en los corredores de la muerte, el estado, para conseguir dinero federal, necesitaba demostrar que los defensores que se encargaban de los recursos de apelación y *habeas corpus* eran bastante calificados y bien pagados, así que el Tribunal Supremo de California dio la financiación para el Habeas Corpus Center con miras a defender más efectivamente a los condenados a muerte y tomar parte en el programa federal para acelerar las ejecuciones.

En los últimos años la situación se ha tornado aún peor. A pesar de las penas siempre más draconianas y “reformas” del procedimiento penal que debilitan la posibilidad de defensa, los presupuestos para defender en casos criminales han sido reducidos de una manera radical. Un ejemplo es la oficina del *Capital Defender*, que fue introducido en 2006 para ejercer la defensa en casos de pena de muerte en el estado de Georgia, bajo la dirección de CHRISTOPHER W. ADAMS. La oficina ha defendido unos treinta casos en el primer año sin que un jurado haya condenado algún cliente a muerte. Como re-

103 Un buen ejemplo fue el abogado tejano JOE FRANK CANNON, con más de 70 años de edad. CANNON gustaba a los jueces elegidos porque podía defender en casos capitales de un modo muy rápido, casi sin preparación. Ocho de sus clientes fueron condenados a muerte, uno de ellos ya ejecutado y otro asesinado en la prisión. En un caso, CANNON se durmió durante partes importantes del juicio oral, pero los tribunales tejanos de segunda instancia afirmaron la condena. PAUL M. BARRETT. “Lawyer’s Fast Work on Death Cases Raises Doubts About System”, *Wall Street Journal*, 9 sept. 1994, pp. A1, A4. Afortunadamente, un tribunal federal ha finalmente decidido que el hecho de que el abogado durmiera durante fases importantes de un juicio era un error absoluto, y se anuló la condena. “Burdine v. Johnson”, 262 F.3d 336 (5th Cir. 2001). Sobre los abogados que duermen en casos en que amenaza la pena de muerte, BRUCE SHAPIRO. “Sleeping Lawyer Syndrome”, *The Nation*, 7 de abril de 1997, pp. 27-29.

104 En Virginia se pagaba a abogados de oficio un máximo de \$265 por la defensa en casos de delitos graves (*felonies*) con pena máxima hasta de 20 años y \$575 si la pena era de más de 20 años. Por la defensa en casos de pena de muerte en Alabama se ha pagado \$20 por hora con un máximo de \$1.000. “Too poor to be defended”, *supra* nota 92, p. 21.

105 BRIGHT, *supra* nota 7, p. 433.

106 LIS WIEHL. “Program for Death-Row Appeals Facing its Own Demise”, *The New York Times*, 11 de agosto de 1995, p. A13.

sultado de tal éxito, el estado ha cortado el presupuesto a la mitad, y ADAMS ha dejado su puesto en señal de protesta, aduciendo que era imposible ofrecer así una defensa digna a sus clientes¹⁰⁷.

II. EL IMPACTO DEL 11 DE SEPTIEMBRE EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

A. Introducción

Los actos terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, que causaron la muerte de casi tres mil personas, han tenido como resultado, al mismo tiempo, cambios radicales en el procedimiento penal estadounidense que recuerdan mucho el impacto de la época de MCCARTHY en los años cincuenta, cuando la libertad sufrió durante la lucha contra el comunismo¹⁰⁸. Analizando la legislación y su aplicación por parte de la policía, es importante recordar las palabras de BENJAMIN FRANKLIN inscritas en la Estatua de la Libertad: “Aquellos que ceden la libertad esencial para conseguir un poco de seguridad temporal no merecen ni libertad ni seguridad”¹⁰⁹.

Pero la actitud mental entre los funcionarios del Estado en el gobierno de GEORGE W. BUSH después del 11-S se comprende mejor utilizando las palabras del entonces presidente del TSEU, WILLIAM REHNQUIST: “No es aconsejable, ni en cualquier modo posible, que las libertades civiles gocen durante los tiempos de guerra de una posición tan favorable como en tiempos de paz”¹¹⁰. Hay consecuencias claras si se dice que la lucha contra el terrorismo es una “guerra” en vez de una tarea de la administración de la justicia. El presidente CLINTON trató el terrorismo como una forma letal de conspiración o de la criminalidad organizada, y durante su administración el ministerio público utilizó trámites tradicionales para investigarlo, como la vigilancia electrónica, registros internacionales e interrogatorios con métodos legales¹¹¹. Sin embargo, el 25 de octubre 2001 el representante del ministerio público, JOHN ASHCROFT, declaró que la

107 BRENDA GOODMAN. “Official Quits in Georgia Public Defender Budget Dispute”, *The New York Times*, 7 sept. 2007, p. A 16.

108 DAVID COLE. “The New McCarthyism: Repeating History in the War on Terrorism”, 38 *Harv. Civil Rights-Civil Liberties L. Rev.* 1, pp. 1-2 (2003).

109 JOHN W. WHITEHEAD y STEVEN H. ADEN. “Forfeiting ‘Enduring Freedom’ for ‘Homeland Security’: A Constitutional Analysis of the USA Patriot Act and the Justice Department’s Anti-Terrorism Initiatives”, 51 *Am. U. L. Rev.* 1081, p. 1083 (2002).

110 *Ibíd.*, p. 1085.

111 KIM LANE SCHEPPELE. “Law in Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11”, *U. PA. J. Const. L.* 1001, p. 1023 (2004).

prevención de los actos terroristas se ha tornado más importante que el enjuiciamiento penal contra los responsables¹¹².

Este énfasis en la prevención condujo a la aplicación de métodos ilegales en la investigación y búsqueda de información en la lucha contra el terrorismo que hace que las pruebas de culpabilidad no sean utilizables en el juicio oral¹¹³.

De la misma manera que la “guerra contra las drogas” en los años ochenta y noventa produjo una jurisprudencia más débil en cuanto a la defensa de la privacidad y al endurecimiento de la política penal y la introducción de penas draconianas¹¹⁴, la guerra contra el terrorismo ha también conducido a una amplificación de la capacidad de la policía para investigar que también se siente en la investigación de delitos comunes. La legislación más importante en la guerra contra el terrorismo es, obviamente, la Ley Patriota, que el Congreso promulgó en una explosión de patriotismo tan grande que muchos de los legisladores no pudieron ni siquiera leer su texto¹¹⁵.

Hablaremos sobre las características de la Ley Patriota que afectan a la protección de la intimidad durante el conducto de inspecciones, registros, la vigilancia y otras formas de la recopilación de información. Además discutiremos los problemas en cuanto a la admisibilidad que han surgido como consecuencia de métodos de detención e interrogación de dudosa legalidad utilizados contra los sospechosos de terrorismo. Sintomática de los problemas fue la primera condena importante de presuntos terroristas por un tribunal del jurado proclamada por el Ministerio de Justicia, un caso contra una supuesta célula terrorista en la ciudad de Detroit. A pesar del veredicto de culpabilidad, el Ministerio de Justicia archivó los cargos después de la revelación de que el fiscal en el juicio había ocultado pruebas de la inocencia de los acusados¹¹⁶.

112 WHITEHEAD y ADEN, *supra* nota 109, pp. 1086-1087.

113 Aunque la administración Bush comenzaba con la incoación de procedimientos penales normales en dos de los casos poco tiempo después del 11-S, los casos de ZACHARIAS MOUSSAOUI y el “talibán americano” JOHN WALKER LINDH, el enfoque cambió por preferir el uso de procedimientos administrativos y militares para evitar las garantías en el procedimiento penal. SCHEPPELE, *supra* nota 111, pp. 1026-1027.

114 Véase STEPHEN C. THAMAN. “Is America a Systematic Violator of Human Rights in the Administration of Criminal Justice?”, *St. Louis U. L. J.* 999, pp. 1014-1017 (2000).

115 P. L. 107-56, 115 Stat. 272 (oct. 26, 2001) “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism” containing 1016 paragraphs. NORMAN ABRAMS. *Anti-Terrorism and Criminal Enforcement* 9 (2003).

116 DANNY HAKIM. “Judge Reverses Convictions in Detroit Terrorism Case”, *The New York Times*, sept. 3, 2004, at A10.

B. Incursiones en el secreto de las comunicaciones (derecho a la intimidad)

En el año 1968 el Congreso promulgó una ley que reglaba las intervenciones en las conversaciones confidenciales. Según la ley, las intervenciones en comunicaciones confidenciales son aceptables sólo con autorización judicial. La autorización debe ser motivada y basada en “causa probable” que indique que la intervención de un aparato preciso revelará indicios de la comisión de uno de los delitos graves codificados en la ley y de que la intervención es necesaria para el éxito de la investigación. La diligencia no puede durar más de 30 días, pero puede ser prolongada con un nuevo decreto judicial motivado¹¹⁷.

Pero desde el principio la ley permitió que el presidente de la República decretara intervenciones sin autorización judicial para proteger la seguridad nacional¹¹⁸. Esta autoridad ejecutiva, que siempre existió para impedir el espionaje, fue limitada por una decisión del TSEU de 1975, según la cual la autorización judicial es, sin embargo, necesaria si la intervención tiene como objeto un ciudadano de los Estados Unidos¹¹⁹.

Pero en el año 1978 el Congreso promulgó una ley para reglar las intervenciones ejecutivas contra agentes extranjeros: la Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)¹²⁰. En la ley FISA el legislador inventó un nuevo procedimiento, con nuevos requisitos para los casos de seguridad nacional, y también creó una nueva corte para administrarla: la Corte de Vigilancia de Informaciones Extranjeras (Foreign Intelligence Surveillance Court: FISC). La FISC está compuesta de once jueces de apelación federal y examina las peticiones para vigilancia o intervenciones del Ministerio de Justicia cuando se afecte a los ciudadanos de los Estados Unidos¹²¹. Las pruebas no son admisibles si se han recopilado durante una intervención relacionada con la seguridad nacional, si la petición fue rechazada, si una intervención realizada de urgencia no fue convalidada por un juez o si una intervención según las reglas de FISA tenía como sujeto un ciudadano de los Estados Unidos¹²². Sin embargo, el fiscal federal pudo utilizar información que fue fruto de una vigilancia de FISA al ejército republicano de Irlanda en un procedimiento penal contra un ciudadano de los Estados Unidos, aunque la carga de la prueba exigida para una vigilancia de FISA es mucho menos rigurosa que para las escuchas en un procedimiento penal normal¹²³. La ley de FISA no exige “causa probable” de que se

117 18 U. S. C. § 2518.

118 18 U. S. C. § 2511(3). On the Fourth Amendment of the U. S. Constitution, the 1968 wiretap law and its application, see STEPHEN C. THAMAN. “Landesbericht USA”, in *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität* 907-17 (WALTER GROPP & BARBARA HUBER eds.2001).

119 U. S. v. U. S. District Court, 407 U. S. 297 (1975).

120 50 U. S. C. § 1802.

121 50 U. S. C. § 1803(a).

122 50 U. S. C. § 1805(f)(2).

123 “US v. Duggan”, 743 F.2d 59 (2d Cir. 1984). Other cases allowing evidence in criminal cases that were

ha cometido un delito y de que ciertas comunicaciones se relacionan con ello¹²⁴, sino sólo que la persona que es objeto de vigilancia represente a un gobierno extranjero o esté vinculada con el terrorismo internacional¹²⁵. Una intervención por FISA puede durar no sólo 30 días, como en el caso penal normal, sino hasta un año contra representantes de poderes extranjeros y sin autorización judicial si no hay la posibilidad de que se intercepte la conversación de un ciudadano de los Estados Unidos¹²⁶. Si existe tal riesgo, el decreto de la corte de FISA dura de 90 a 120 días¹²⁷. Según la ley de FISA, el Ministerio de Justicia puede autorizar una intervención de urgencia sin autorización judicial si se informa a la corte de FISA dentro de 72 horas y la corte la convalida¹²⁸. Entre enero de 2001 y abril de 2003, el ministro de Justicia JOHN ASHCROFT emitió personalmente más de 170 autorizaciones de urgencia, mientras que sus predecesores autorizaron sólo 47 en los 23 años anteriores¹²⁹.

Desde 1978, cuando la ley de FISA entró en vigencia, la corte de FISA no ha rechazado ninguna de las más que 10.000 aplicaciones para escuchas. Entre los años 1978 y 1995 eran alrededor de 500 aplicaciones cada año, pero la cantidad aumentó hasta 697 en 1995, 839 en 1996, 749 en 1997, 796 en 1998, 886 en 1999, 1.005 en 2000 y 932 en 2001¹³⁰. Sin embargo, los jueces federales tampoco rechazan con mucha frecuencia las peticiones de intervenciones en comunicaciones privadas en los casos penales normales. Por ejemplo, los jueces federales han rechazado sólo tres de las 6.207 aplicaciones para escuchas según la ley federal de 1968 entre los años 1996 y 2000, es decir, han aceptado el 99,9 % de las aplicaciones¹³¹.

A pesar de que los jueces de la corte de FISA nunca han rechazado una petición en casos que implicaban a ciudadanos de los Estados Unidos, y a pesar de la posibilidad de intervenciones de urgencia, el gobierno de GEORGE W. BUSH ha ignorado intencional y sistemáticamente la ley de FISA durante muchos años y ha intervenido llamadas internacionales (o con teléfonos móviles con un número internacional) evitando el control de la corte de FISA¹³². Aunque el Congreso ha expresado su indignación en cuanto a la

seized pursuant to FISA-wiretaps: "US v. Pelton", 835 F.2d 1067, 1074-76 (4th Cir.1987); "US v. Truong Dinh Hung", 629 F.2d 908, 915-16 (4th Cir. 1980).

124 Véase THAMAN. *USA*, *supra* nota 118, p. 908.

125 50 U. S. C. § 1805.

126 50 U. S. C. § 1802(a)(1)(A).

127 50 U. S. C. § 1805(e)(1); antes de la promulgación de § 207 de la Patriot Act, el límite era solamente de 45 días.

128 50 U. S. C. § 1805(f)(2).

129 DAN EGGEN y ROBERT O' HARROW, Jr. "Secret Surveillance", *Washington Post National Weekly Edition*, 31 marzo-6 abril, 2003, p. 29.

130 ABRAMS, *supra* nota 115, pp. 419-420.

131 WHITEHEAD y ADEN, *supra* nota 109, p. 1108.

132 JAMES RISEN y ERIC LICHTBLAU. "Bush Lets U. S. Spy on Callers Without Courts", *The New York Times*, 16 dic. 2005, pp. A1, A22.

supuesta ilegalidad de las escuchas¹³³, los legisladores han finalmente apoyado cambios en la ley para dar expresamente este poder al presidente¹³⁴.

Aunque la ley de FISA no ha prohibido el cambio de información relevante para el procesamiento de casos penales entre órganos de seguridad nacional y los de la administración de justicia federal (el FBI, etc.), se han establecido en la práctica reglas para reducir al mínimo (*minimization*) la posibilidad de que una intervención FISA afecte a un ciudadano de los Estados Unidos. Estas reglas han erigido un “muro” institucional entre los órganos penales y los de la seguridad nacional por razones puramente políticas.

Este “muro” fue consecuencia de las repercusiones del espionaje doméstico practicado contra oponentes de la guerra en Vietnam y activistas de los movimientos de derechos civiles (*Civil Rights Movement*) y del poder negro (*Black Power*) en los años sesenta y setenta¹³⁵. Después del 11-S, la administración Bush sostuvo que el “muro” bloqueó el cambio de información entre la CIA y FBI, lo que que hubiera podido facilitar el descubrimiento de la conspiración mortífera contra Nueva York y Washington. Por ejemplo, se resalta la omisión de solicitar un registro del computador de ZACHARIAS MOUSSAOUI un mes antes del atentado y de vigilar a dos miembros de Al Qaeda, que la CIA seguía después de una reunión en Malasia hasta San Diego, donde ellos vivían, utilizando sus nombres propios, asistían a una escuela para pilotos y finalmente guiaron el avión contra el Pentágono el 11-S¹³⁶.

Como consecuencia de la Ley Patriota, la recopilación de información secreta extranjera (*foreign intelligence information*) debe ser sólo “una meta importante” de la intervención FISA, cuando en la versión original de la ley ésta debía ser “la meta principal”¹³⁷. La Ley Patriota también ha eliminado oficialmente el “muro” que supuestamente limitaba el cambio libre de información recopilada por intervenciones de FISA entre órganos de seguridad nacional y de la policía judicial¹³⁸.

En la única decisión de la Corte de FISA que fue publicada, la Corte aceptó que las condiciones previas necesarias para una intervención según la ley de FISA no son tan

133 Por lo menos un juez federal ha declarado la ilegalidad de las escuchas. ERIC LICHTBLAU. “Judge Rejects Bush’s View on Wiretaps”, *The New York Times*, 3 de julio de 2008 [www.nytimes.com/2008/07/03/washington/03fisa.html?ref=us].

134 ERIC LICHTBLAU. “Senate Approves Bill to Broaden Wiretap Powers”, *The New York Times*, julio 10, 2008 [www.nytimes.com/2008/07/10/washington/10fisa.html?ref=us].

135 JOHN T. ELLIFF. “The Attorney General’s Guidelines for FBI Investigations”, 69 *Cornell L. Rev.* 785 (1984), citado en ABRAMS, *supra* nota 115, pp. 459-461.

136 NEIL A. LEWIS. “Rule Created Legal ‘Wall’ To Sharing Information”, *The New York Times*, 14 de abril de 2004, p. A17; DAN EGGEN. “Adding Intelligence to Investigation”, *Washington Post National Weekly Edition*, 22 de diciembre de 2003 - 4 de enero de 2004, p. 29.

137 § 218 Patriot Act, enmendando 50 U. S. C. § 1804(7)(B).

138 § 504 Patriot Act, enmendando 50 U. S. C. §§ 1806(k)(1), 1825.

rigurosas como las exigidas para conseguir una orden de registro o de intervención según la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, pues no se requiere “causa probable”. Sin embargo, la Corte subrayó que las normas son “razonables” y por eso no violan la Constitución¹³⁹. Existen muchas voces en la literatura que temen que la existencia de posibilidades más amplias para obtener una orden de intervención según FISA conduzca al uso de las normas menos rigurosas de FISA en perjuicio de las de la Cuarta Enmienda¹⁴⁰.

El Ministerio de Justicia de la administración Bush mantuvo que las intervenciones FISA han ayudado de modo importante en los juicios exitosos contra presuntas células terroristas en Lackawanna, Nueva York y Portland (Oregon), al igual que contra una organización filantrópica islámica que financió el terrorismo, entre otros¹⁴¹.

Después de la promulgación de la Ley Patriota se hizo más fácil para el ministerio público obtener ciertas comunicaciones privadas. Hoy se necesita sólo un mandato (*subpoena duces tecum*) en vez de una orden judicial basada en causa probable (*search warrant*) para recopilar información en manos de un proveedor de servicios de internet, como la identificación de los que utilizan ciertas direcciones electrónicas provisionarias (*temporary internet addresses*) y ciertos mensajes electrónicos que guardan los servicios¹⁴². El juez juega un papel solamente cuando el destinatario del mandato rechaza entregar los datos y solicita revocar el mandato. Para incautar las comunicaciones telefónicas guardadas en un contestador automático o en forma de mensajería de voz (*voice mail*) antes de la Ley Patriota, el ministerio público hubiera necesitado una orden para intervenir en comunicaciones telefónicas con sus exigencias rigurosas, es decir, una orden de un juez federal motivado con causa probable. Después de la Ley Patriota, basta una autorización para un registro sin motivación emitida por cualquier juez de paz¹⁴³. La Ley Patriota también ha dado a los jueces federales el poder de autorizar varias diligencias no sólo en sus propios distritos judiciales, como antes, sino en todo el país. Se aplica cuando hay necesidad de intervenir comunicaciones con teléfonos celulares¹⁴⁴, para instalar aparatos mecánicos para captar los números de teléfono marcados por una persona sospechosa o aquellos de las personas que la han llamado a (*pen*

139 In re Sealed Case, 310 F.3d 717, 746 (USFIS App. 2002).

140 El ministro de Justicia ASHCROFT utilizó rutinariamente las normas de FISA cuando era claro que el FBI quería simultáneamente recopilar información de seguridad nacional e investigar de modo criminal. *Memorandum from John Ashcroft, USAG, to Director, FBI* at pt. 1 (6 de marzo de 2002), [<http://fas.org/irp/agency/doj/fisa/ag030602.html>], SCHEPPELE, *supra* nota 4, p. 1046.

141 USDOJ. “Report From the Field: The USA Patriot Act at Work” (julio de 2004), pp. 3-8. [www.lifeandliberty.gov/docs/071304_report_from_the_field.pdf] (heareafter USDOJ Patriot Act at Report-2004).

142 § 210 Patriot Act, enmendando 18 U. S. C. § 2703(c)(2).

143 § 209 Patriot Act, enmendando 18 U. S. C. § 2510. Sobre las exigencias más rigurosas para las escuchas, véase THAMAN. *USA*, *supra* nota 118, pp. 908-909.

144 § 220 Patriot Act, enmendando 18 U. S. C. § 2703.

registers y trap and trace devices)¹⁴⁵, y para recopilar las comunicaciones electrónicas y telefónicas para utilizar en un registro en un caso de terrorismo¹⁴⁶.

En el campo de las intervenciones electrónicas, hubo una controversia intensa en cuanto al uso del programa “Carnivore”, que puede realizar, según el FBI, el llamado “registro perfecto” que sólo descubrirá datos ilegales y no tocará los datos legales. Un ejemplo de tal registro *sui generis* sería el olfateo de un perro para registrar la presencia de cocaína u otra droga¹⁴⁷. Además, el FBI ya ha conseguido autorización para utilizar otro programa desarrollado por una empresa privada, que posibilita que la policía judicial envíe adjunto a un mensaje electrónico por internet (*attachment*) un programa que se planta en el computador de una persona sospechosa y facilita a la policía vigilar de modo completo el uso del computador¹⁴⁸.

C. Quebrantamiento del secreto de los datos

La Ley Patriota ha introducido también mandatos administrativos: las llamadas “cartas de seguridad nacional” (*national security letters*), que permiten al FBI obligar a proveedores de servicios de comunicación a entregar datos relacionados con sus clientes cuando el FBI considere que los datos son “relevantes en una investigación autorizada para proteger contra el terrorismo internacional y para recopilar información clandestina”¹⁴⁹. La ley ni siquiera permitía al receptor de una carta de seguridad nacional divulgar el hecho de que la carta fue emitida¹⁵⁰. Un juez federal, sin embargo, proclamó la inconstitucionalidad de las cartas de seguridad nacional porque faltaba la posibilidad de solicitar su nulidad ante un juez, como sí es posible en casos de otros mandatos judiciales¹⁵¹. La Ley Patriota también introdujo otra norma análoga para forzar la entrega de “cualquier cosa tangible” (que incluye libros, datos, cartas, documentos y otros artículos)¹⁵². Hubo una reacción fuerte contra esta norma entre empresarios y sobre todo entre bibliotecarios, que temían que el Estado los obligara a entregar los datos relacionados con los libros que leen los visitantes de la biblioteca y las páginas

145 §216 Patriot Act, enmendando 18 U. S. C. § 3123(a). Véase THAMAN. *USA supra* nota 118, pp. 912-913, sobre el tratamiento de los aparatos de *pen registers y trap and trace* en investigaciones criminales.

146 § 219 Patriot Act, enmendando F. R. Crim. p 41(a).

147 Véase THAMAN. *USA, supra* nota 118, p. 916, para una discusión del “registro perfecto de un computador”. Para la decisión del TSEU que ha aprobado el olfatear de un perro, “United States v. Place”, 462 U. S. 696 (1983).

148 JOHN SCHWARTZ. “Snoop Software Gains Power And Raises Privacy Concerns”, *The New York Times*, 10 oct. 2003, pp. A1, C4.

149 18 U. S. C. § 2709(b), introducido por § 505 Patriot Act.

150 18 U. S. C. § 2709(c).

151 “Doe v. Ashcroft”, 334 F. Supp. 2d 471, 494-506 (SDNY 2004).

152 § 215 Patriot Act, amending FISA, 50 U. S. C. § 1861.

web que han visitado¹⁵³. Muchos de los miembros del Congreso se opusieron a estas dos disposiciones cuando debatieron la prolongación de la Ley Patriota. Hubo también fuertes debates en el Congreso contra el programa de “conciencia informativa total” (*total information awareness*) del Pentágono, que ha conducido el conspirador de *Irangate* JOHN M. POINDEXTER, que tenía como meta el descubrimiento de amenazas terroristas mediante el control de los correos electrónicos y las bases de datos en los sectores de salud, finanzas y transporte. El Congreso prohibió el uso del programa contra ciudadanos de los Estados Unidos¹⁵⁴. Sin embargo, para tener acceso a las bases de datos más amplias, el Ministerio de Justicia pagó a empresas privadas como ChoicePoint, que han recopilado bases de datos personales para vender a las organizaciones que verifican la historia de crédito de ciudadanos y a las agencias publicitarias¹⁵⁵. Pero unos años atrás hurtaron los datos personales de unos 140.000 clientes de ChoicePoint, cuyo resultado fue un gran riesgo de robo de identidad¹⁵⁶.

A pesar de las críticas de la Ley Patriota en cuanto a la utilización de datos privados (*data mining*), el Congreso promulgó la ley de nuevo en 2007, pero el mismo juez del año 2004 anuló algunas disposiciones relacionadas con las “cartas de seguridad nacional”¹⁵⁷. En el mismo año el FBI confesó que utilizó las “cartas” no sólo contra personas sospechosas de terrorismo, sino también contra sus amigos y otras personas relacionadas con ellos¹⁵⁸.

D. Vigilancia y uso de informantes y agentes secretos

La Constitución de los Estados Unidos no protege contra actividades de vigilancia llevadas a cabo en lugares públicos, y la policía puede normalmente recopilar información relacionada con tales actividades sin restricciones. Además, se puede utilizar agentes secretos e informantes no sólo para investigar en lugares públicos, sino también para entrar en domicilios y otros lugares privados si el propietario o dueño del

153 SUSAN NEVELOW. “Protecting the Lady from Toledo: Post USA-Patriot Act Electronic Surveillance at the Library”, 96 *Law Library J.* 449 (2004). El Ministerio de Justicia ha hecho valer que nunca ha utilizado este poder para recopilar datos sobre el uso de las bibliotecas, pero que lo han utilizado 35 veces desde 2003 para conseguir información sobre el arrendamiento de apartamentos, datos económicos y otros datos. ERIC LICHTBLAU. “Antiterrorism Law Defended as Hearings Start”, *The New York Times*, 6 de abril de 2005, p. A13.

154 ADAM CLYMER. “Conferees in Congress Bar Using A pentagon Project on Americans”, *The New York Times*, 12 de febrero de 2003, p. A17.

155 GLENN R. SIMPSON. “If the FBI Hopes to Get the Goods On You, It May Ask Choicepoint”, *Wall Street Journal Abstracts*, 13 de abril de 2001, 2001 WLNR 1997751.

156 TOM ZELLER, JR. “Investigators Argue for Access To Private Data”, *The New York Times*, marzo 21, 2005, 2005 WLNR 4343097.

157 ADAM LIPTAK. “Judge Voids FBI Tool Granted by Patriot Act”, *The New York Times*, 7 sept. 2007, p. A 16.

158 ERIC LICHTBLAU. “FBI Data Mining Reached Beyond Initial Targets”, *The New York Times*, 9 sept. 2007 [www.nytimes.com/2007/09/09/washington/09fbi.html?_r=1&ref=us&oref=slogin].

espacio ha invitado. Se permite también la grabación secreta de conversaciones entre informantes y agentes secretos con sospechosos, sin autorización judicial¹⁵⁹. Además, se permite la grabación clandestina de videos por informantes y agentes secretos que han sido invitados a espacios privados¹⁶⁰. Sin embargo, en algunos estados se necesita una autorización judicial para enviar agentes secretos a domicilios privados para grabar conversaciones¹⁶¹.

Como reacción contra el espionaje doméstico contra ciudadanos de los Estados Unidos en los años sesenta y setenta llevado a cabo por el ejército, el FBI y las policías locales para recopilar información sobre las actividades de los izquierdistas, los disidentes políticos y los opositores de la guerra en Vietnam las cortes en las ciudades de Chicago y Nueva York limitaron la infiltración de grupos domésticos porque violaba la libertad de expresión y de libre asociación¹⁶². Después del 11-S, la policía en Chicago y Nueva York tuvo éxito en sus intentos de relajar las limitaciones impuestas¹⁶³. Este cambio de actitud se refleja también en una revelación franca del Ministerio de Justicia, de un programa para infiltrar y asistir clandestinamente en reuniones de grupos para “prevenir hechos delictivos en el futuro y para aclarar y procesar delitos ya cometidos”¹⁶⁴.

Según las directivas del Ministerio de Justicia, después del 11-S los órganos debían mantener bases de datos en cuanto a la vigilancia clandestina, y el énfasis debería estar más en la prevención que a la detención y enjuiciamiento de los delincuentes¹⁶⁵.

Según las directivas del Ministerio de Justicia, para reglar el uso de informantes, los informantes y los agentes secretos pueden cometer hechos delictivos cuando son justificados, o para “obtener información o pruebas imprescindibles para el éxito de la investigación y que no son razonablemente disponibles sin la participación en actividades ilegales”, o para “establecer o mantener la credibilidad de la identidad enmascarada del informante o agente o para prevenir la muerte o lesión grave”. Pero se prohíbe la participación “en cualquier acto de violencia salvo en el ejercicio de la autodefensa, o de iniciar o instigar un plan para cometer hechos delictivos o de participar en con-

159 Véase THAMAN. *USA*, *supra* nota 118, pp. 907-908. En particular, véase “United States v. White”, 401 U. S. 745 (1971).

160 “United States v. Davis”, 326 F.3d 361 (2d Cir. 2003); “United States v. Corona-Chávez”, 328 F.3d 974 (8th Cir. 2003).

161 “Commonwealth v. Brion”, 652 A.2d 287, 298 (Pa. 1984); “State v. Geraw”, 795 A.2d 1219 (Vt. 2002); “State v. Mullens”, 650 S.E.2d 169 (W.Va. 2007).

162 Véase “Laird v. Tatum”, 408 U. S. 1 (1972), que documenta las prácticas del ejército y la reacción del Congreso.

163 Para Chicago, véase “Alliance to End Repression v. City of Chicago”, 237 F.3d 799 (7th Cir. 2001). Para Nueva York, véase BENJAMIN WEISER. “Rules Eased for Surveillance of New York Political Groups”, *The New York Times*, 12 feb. 2003, p. A15.

164 AG-Racketeering-Terrorism Guidelines-2002, *supra* nota 22, p. 6.

165 *Id.* p. 21.

ducta que constituyera una diligencia de investigación prohibida, como las escuchas, registros o inspecciones ilegales, la abertura de correspondencia, etc. Además, los informantes y agentes secretos no deben incitar la comisión de hechos delictivos de parte de los ciudadanos”¹⁶⁶. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema, se considera incitación o *entrapment* cuando los agentes de la policía siembran en la mente de un ciudadano la idea de cometer un delito, idea que nunca hubiera tenido sin la incitación del funcionario¹⁶⁷.

E. Registros secretos

La Ley Patriota también permite explícitamente la autorización judicial de registros secretos (llamados “autorizaciones *sneak and peak*”) de domicilios y otros espacios privados. No hay necesidad de avisar a las personas afectadas inmediatamente después de la diligencia, como en casos típicos. Se pueden tardar en avisar de modo indefinido, si el juez está convencido de que “hay razones bien fundadas para creer que el aviso inmediatamente después del registro tendrá un efecto adverso”. “Efectos adversos”, según la ley, consisten en amenazas contra la vida o la seguridad física de la persona, la huida de un sospechoso, la destrucción de pruebas, la intimidación de testigos o el peligro que la investigación se retarde o se bloquee¹⁶⁸. Sin embargo, ésta cláusula de la Ley Patriota simplemente ha dado una base legislativa para una práctica que las cortes de casación ya habían autorizado, consistente en colocar clandestinamente micrófonos para intervenir y grabar conversaciones en espacios privados o para descubrir datos electrónicos en computadores o fotografiar documentos¹⁶⁹.

F. Derecho probatorio extraordinario

La Ley Patriota también ha eliminado otro “muro” que había prohibido el intercambio de información revelada por testigos ante el jurado de acusación (*grand jury*) entre varios funcionarios del ministerio público. Antes de la Ley Patriota el secreto del jurado de acusación impedía cualquier uso o intercambio de las declaraciones hechas en este órgano inquisitorio¹⁷⁰.

Pero más alarmante es el uso creciente de pruebas secretas. Después del 11-S el gobierno federal ha mantenido que todas las pruebas recopiladas durante las investigaciones

166 *The Attorney General’s Guidelines Regarding the Use of Confidential Informants*, 30 de mayo de 2002, p. 16 [www.usdoj.gov/olp/dojguidelines.pdf].

167 *Id.* p. 16; “*Sorrells v. United States*”, 287 U. S. 435 (1932); “*Sherman v. United States*”, 356 U. S. 369 (1958); “*Jacobson v. United States*”, 503 U. S. 540 (1992).

168 § 213 Patriot Act, enmendando 18 U. S. C. § 3103a.

169 Véase “*United States v. Simons*”, 206 F.3d 392 (4th Cir. 2000), apoyando la práctica, y “*United States v. Freitas*”, 800 F.2d 1451 (9th Cir. 1986), rechazándola. SCHEPPELE, *supra* nota 4, p. 1035.

170 § 203 Patriot Act, enmendando FRCrimP 6(e)(3)(c).

del terrorismo son secretas, que su revelación perjudicaría la seguridad nacional e impediría la lucha contra el terrorismo.

En el año 1980 el Congreso promulgó la Classified Information Protection Act (CIPA)¹⁷¹, con la cual el legislador quería sopesar el derecho de la defensa a conocer las pruebas de cargo contra la necesidad del Estado de proteger información importante para la seguridad nacional. La CIPA quería minimizar la amenaza de la defensa de revelar pruebas secretas durante el juicio oral, una práctica nombrada *graymail*¹⁷². Según la CIPA, “información secreta” constituye cualquier información o material precisado por el gobierno de los Estados Unidos que “necesita la protección contra divulgación no autorizada por razones de seguridad nacional”¹⁷³.

Si el acusado solicita la divulgación de información que contiene material secreto, el juez puede autorizar al ministerio público a “eliminar información secreta contenida en los documentos entregados a la defensa” y a sustituirla con un sumario de la información en lugar de los documentos secretos propios, o a ofrecer una declaración admitiendo hechos pertinentes que la información secreta tuviera la aptitud de probar¹⁷⁴. El ministerio público puede pedir que la audiencia se desarrolle a puerta cerrada si alega que una audiencia pública resultará en la divulgación de información secreta¹⁷⁵.

La CIPA no prevé reglas precisas para el juez que decida la cuestión de la divulgación de información secreta. Según la jurisprudencia, la defensa debería tener acceso a las pruebas si son “pertinentes y útiles para la defensa”, la misma regla que se aplica cuando la defensa solicita la revelación de la identidad de un informante secreto¹⁷⁶. Sin embargo, se mantiene en la literatura que la regla para informantes es demasiado rigurosa y que se debería aplicar la regla normal para la admisibilidad de pruebas¹⁷⁷. Según esta regla, el juez tiene discreción también de declarar la inadmisibilidad de pruebas secretas por lo demás pertinentes, si el efecto perjudicial de las pruebas es más

171 Legge per la Protezione d’Informazione Segrete, P. L. 96-456 (94 Stat. 2025), oct. 15 1980, codificado en 18 U. S. C. app. 3 y ss.

172 Sobre CIPA, véase STEPHEN C. THAMAN. “Official Privilege, State Security and the Right to a Fair Trial in the USA”, en *National Security and International Criminal Justice*, pp. 31-36 (H. ROGGMANN y P. ŠARČEVIĆ eds. 2002).

173 18 U. S. C. app.3 § 1(a).

174 18 U. S. C. app.3 § 4.

175 18 U. S. C. app.3 § 6(a).

176 “Roviaro v. United States”, 353 U. S. 53, 62 (1957). Se ha aplicado esta norma en las decisiones siguientes: “United States v. Pringle”, 751 F.2d 419, 428 (1st Cir. 1984); “United States v. Badia”, 827 F.2d 1458, 1461 (11th Cir. 1987); “United States v. Yunis”, 867 F.2d 617 (D. C. Cir. 1989). Véase THAMAN. “Official Privilege”, *supra* nota 172, p. 32.

177 “United States v. Juan”, 776 F.2d 256, 258 (11th Cir. 1985); “United States v. Wilson”, 732 F.2d 404, 412 (5th Cir. 1984).

grande que su valor probatorio¹⁷⁸. Además, algunas cortes consideran el carácter secreto de los documentos antes de decidir la cuestión de su relevancia, en vez de resolver la cuestión de relevancia y después su admisibilidad¹⁷⁹.

Esa problemática ha jugado un papel en el caso contra ZACHARIAS MOUSSAOUI, un miembro admitido de Al Qaeda que, según la opinión del Ministerio de Justicia al principio, fuera el vigésimo pirata aéreo el 11-S. Los defensores de MOUSSAOUI querían entrevistar a dos miembros de Al Qaeda: RAMZI BIN AL-SHIBH y KHALID SHEKH MOHAMMED, que eran prisioneros de la CIA en aquel entonces en un lugar desconocido. MOUSSAOUI consideraba que los prisioneros hubieran podido declarar como testigos en el juicio oral, en el sentido de que él no participó en la conspiración del 11-S. Después de que el gobierno rechazó su petición, un juez federal decidió que los testimonios de los prisioneros hubieron sido relevantes y sobreescribió todos los cargos relacionados con la conspiración del 11-S, al mismo tiempo eliminando la posibilidad de la imposición de la pena de muerte¹⁸⁰.

El ministerio público interpuso apelación contra la decisión de sobreseimiento y la corte de apelación estimó su recurso y anuló el sobreseimiento, decidiendo que el juicio debería seguir a pesar de que el acusado no tenía la posibilidad de examinar a los prisioneros. La corte de apelación consideró que el ministerio público puede utilizar un resumen de las declaraciones de los prisioneros sustituyendo para las declaraciones propias de los prisioneros según las normas de la CIPA¹⁸¹. Al final, MOUSSAOUI interpuso una declaración de culpabilidad (*guilty plea*), admitiendo su participación en los hechos de 11-S, y la corte aceptó su *guilty plea* aunque él admitió hechos diferentes de aquellos que formaban parte de los escritos de calificación del ministerio fiscal¹⁸². Después de este extraño *guilty plea*, un jurado rechazó la pena de muerte y lo condenó a cadena perpetua.

G. La detención de musulmanes en los Estados Unidos después del 11-S

Se detuvo a alrededor de 1.200 musulmanes en los 80 días siguiente al 11-S. Aunque se liberó paulatinamente a la gran mayoría de ellos, muchos fueron deportados y otros siguieron detenidos como “testigos claves”. Más de un cuarto de ellos permanecieron

178 “United States v. Wilson”, 750 F.2d 7, 9 (2nd Cir. 1984).

179 “United States v. Smith”, 780 F.2d 1102 (4th Cir. 1985); “United States v. Baptista-Rodríguez”, 17 F.3d 1134 (11th Cir. 1994).

180 “United States v. Moussaoui”, 282 F. Supp. 2d 480 (E. D. Va. 2003).

181 “United States v. Moussaoui”, 365 F.3d 292 (4th Cir. 2004); “United States v. Moussaoui”, 382 F.3d 453 (4th Cir. 2004).

182 NEIL A. LEWIS. “Moussaoui Tells Court He’s Guilty of a Terror Plot”, *The New York Times*, 23 de abril de 2005. [www.nytimes.com/2005/04/23/national/nationalspecial3/23moussaoui.html?hp&ex=1114315200&en=f084bec26cc2c99a&ei=5094&partner=homepage].

en una prisión durante más de tres meses¹⁸³. Según la Ley Patriota, se puede detener a un extranjero por más de siete días si media causa probable de que el detenido participó en actividades que amenazaban la seguridad nacional. Sin embargo, una regla de urgencia emitida por el ministro de Justicia JOHN ASHCROFT permitió la detención durante un tiempo más largo, si es “razonable”¹⁸⁴. Se ha detenido a la gran mayoría de los musulmanes por violaciones de las leyes de inmigración¹⁸⁵.

Para facilitar la detención de musulmanes que viven en los Estados Unidos sin autorización legal, el Ministerio de Justicia y el nuevo Departamento de Seguridad de la Patria (Department of Homeland Security) han añadido ilegalmente los nombres de más de 300.000 extranjeros en la base de datos de delincuentes (National Criminal Information Center), a la que todos los departamentos de policía en el país tienen acceso. Ellos querían también incluir en la base de datos criminales los nombres de estudiantes extranjeros que no han cumplido las horas necesarias para licenciarse. Entre junio de 2002 y el fin de 2003 se ha detenido a 5.092 extranjeros por violaciones de las leyes de inmigración utilizando los datos computarizados¹⁸⁶. Además, el ministro de Justicia JOHN ASHCROFT anunció en octubre de 2001 que el Ministerio no iba a revelar la identidad de los detenidos. Al final del año 2002 se contaban 1.182 extranjeros detenidos por violaciones de las leyes de inmigración, por haber cometido delitos federales o para ser “testigos claves”. Esta política tuvo como resultado el que 22 organizaciones para la defensa de derechos civiles presentaran una queja para forzar la divulgación de los nombres y lugares de detención de los detenidos. La corte decidió que el gobierno estaba obligado a divulgar la identidad de todas personas detenidas como consecuencia de los atentados del 11-S¹⁸⁷. El gobierno también comenzó a celebrar las audiencias en los tribunales de inmigración a puerta cerrada, supuestamente para impedir que los terroristas conocieran dónde y cómo han detenido a sus presuntos cómplices. Sin embargo, algunas cortes han criticado esta práctica como abuso de discreción y han declarado que las audiencias deberían ser abiertas al público¹⁸⁸, mientras que otras han aceptado los argumentos del gobierno¹⁸⁹.

183 SCHEPPELE, *supra* nota 111, pp. 1031-1033.

184 Custody Procedures, 6 Fed. Reg. 48,334 (sept. 20, 2001) (codified at 8 CFR pt. 287).

185 ABRAMS, *supra* nota 115, pp.185-86.

186 NINA BERNSTEIN. “Crime Database Misused For Civil Issues, Suit Says”, *The New York Times*, 17 dic. 2003, p. A32.

187 “Center for National Security Studies v. Department of Justice”, 215 F. Supp. 2d 94 (DDC 2002)

188 “Detroit Free Press v. Ashcroft”, 303 F.3d 681 (6th Cir. 2002); “Haddad v. Ashcroft”, 221 F. Supp. 2d 799 (E. D. Mich. 2002).

189 “North Jersey Media Group, Inc. v. Ashcroft”, 308 F.3d 198 (3d Cir. 2002).

H. La detención de los “testigos claves”

La ley federal permite la detención de “testigos claves” en el procedimiento penal si “no es posible de asegurar su comparecencia por citación”. Sin embargo, la ley prohíbe la detención de un testigo clave solamente por no poder pagar la fianza o satisfacer otras condiciones de libertad provisional, si “el testimonio de este testigo puede ser constituido como prueba anticipada” y la detención continuada no es necesaria para prevenir la obstrucción a la justicia¹⁹⁰. Aunque se ha utilizado este poder en el enjuiciamiento en casos de criminalidad organizada, el testigo clave normalmente declara antes del juicio como prueba anticipada o en el juicio mismo y será liberado. En la lucha contra el terrorismo, sin embargo, se detiene a la persona para declarar ante el jurado de acusación que investiga los delitos del 11-S pero sin saber si cualquier testigo realmente conoció algo útil para la investigación. Se detuvo a por lo menos 44 personas como testigos claves entre el 11-S y el fin de noviembre 2002¹⁹¹. Aunque algunas cortes han rechazado la práctica y liberado a los testigos, determinando que la investigación del jurado de acusación no es un “procedimiento penal” según la ley¹⁹², la gran mayoría de las cortes ha aceptado la práctica¹⁹³.

I. La detención de “combatientes enemigos”

El 18 de septiembre 2001, el Congreso dio al presidente la autoridad “de utilizar fuerza necesaria y adecuada contra todas las naciones, organizaciones o personas que, según su opinión, han planificado, cometido o ayudado en los atentados terroristas que se han producido el 11 de septiembre, o contra los que les han dado refugio, para prevenir actos de terrorismo internacional en el futuro contra los Estados Unidos de parte de estas naciones, organizaciones o personas”¹⁹⁴.

El 13 de noviembre 2001, el presidente BUSH emitió un decreto en el que autorizaba la detención de personas que el presidente identificaba como “combatientes enemigos”, y su enjuiciamiento por comisiones militares¹⁹⁵. Después de la invasión de Afganistán y la supuesta derrota del talibán, se ha transportado masas de prisioneros a la base

190 18 U. S. C. § 3144.

191 ABRAMS, *supra* nota 115, p. 184.

192 En “United States v. Awadallah”, 202 F. Supp. 2d 55 (SDNY 2002), el acusado era un amigo en San Diego de dos de los secuestradores que pilotaron el avión contra el Pentágono el 11-S, y fue detenido, transportado a Washington para declarar ante el jurado de acusación y finalmente fue acusado sólo de haber declarado falso a la policía.

193 In re Material Witness Warrant, 213 F. Supp. 287 (SDNY 2002).

194 § 2, Public Law 107-40, 107th Congress. S. J. Res. 23, 107th Cong, 115 Stat. 224 (sept. 18, 2001).

195 Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism (13 de noviembre de 2001), 66 FR 57833. El TSEU ha aprobado el uso de comisiones militares en ex Parte Quirin, 317 U. S. 1 (1942), un caso relacionado con saboteadores alemanes capturados en Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial.

naval de Guantánamo, en la isla de Cuba, que empezó de funcionar como campo de internamiento. El Departamento de Defensa del secretario WILLIAM RUMSFELD se negó a reconocer a los prisioneros como prisioneros de guerra según las convenciones de Ginebra, y los críticos han mantenido que la decisión era intencional para facilitar la utilización de métodos severos de interrogación contra ellos¹⁹⁶. El gobierno mantuvo también que dado que la base de Guantánamo no está en el territorio de los Estados Unidos, los prisioneros no tienen la protección de *habeas corpus* para cuestionar la legalidad de su detención¹⁹⁷.

En el caso de YASER HAMDI, un ciudadano de los Estados Unidos de origen saudí capturado en Afganistán con el talibán, una pluralidad de la TSEU declaró que el presidente puede autorizar tales detenciones hasta de ciudadanos de los Estados Unidos pero no puede retener a los prisioneros indefinidamente sin una audiencia para cuestionar su estatus como “combatientes enemigos”. Una mera declaración de un funcionario del Departamento de Defensa en el sentido de que HAMDI era un combatiente enemigo no satisface las exigencias del debido proceso¹⁹⁸. Finalmente, la administración de BARACK OBAMA ha pedido y conseguido la anulación de una decisión de una corte federal que apoyó la detención indefinida de un residente de los Estados Unidos bajo sospecha de haber sido un “combatiente enemigo”¹⁹⁹.

Además, el TSEU ha también rechazado el argumento de que las cortes federales no tienen competencia para determinar la legalidad de la detención de extranjeros en Guantánamo y su estatus como “combatientes enemigos”, y ha decidido que ellos tienen el derecho a solicitar un mandato de *habeas corpus* para obtener su libertad²⁰⁰. Después de esta decisión el ejército estableció dos tipos de tribunales para decidir la cuestión de la legalidad de las detenciones en Guantánamo: 1. los “tribunales de revisión del estatus de combatientes” (*Combatant Status Review Tribunals*), que debieran decidir si los detenidos son de hecho combatientes enemigos; y 2. las comisiones militares que debieran juzgar a los que serán acusados de delitos terroristas como ayudar Al Qaeda.

Los tribunales de revisión del estatus del combatiente comenzaron su trabajo en agosto de 2004²⁰¹. Hasta marzo de 2005 emitieron decisiones sobre el estatus de unos 558

196 ABRAMS, *supra* nota 115, p. 235.

197 U. S. Const., art. I, sec. 9 señala: “El privilegio del mandato de *habeas corpus* no debe suspenderse, salvo en casos de rebelión o invasión cuando la seguridad del público lo necesitara”.

198 “Hamdi v. Rumsfeld”, 542 U. S. 507 (2004). HAMDI fue finalmente liberado y ha vuelto a Arabia Saudita después de casi tres años encarcelado sin que tuviera la audiencia exigida por la decisión. ERIC LICHTBLAU. “U. S. to Free ‘Enemy Combatant,’ Bowing to Supreme Court Ruling”, *The New York Times*, 23 sept. 2004, pp. A1, A19.

199 “Al-Marri v. Spagone”, 129 S. Ct. 1545 (2009).

200 “Rasul v. Bush”, 542 U. S. 466 (2004).

201 “Neil A. Lewis”. “Scrutiny of Review Tribunals As War Crimes Trials Open”, *The New York Times*, 29 de agosto de 2004, p. A12.

detenidos y han descubierto que sólo 33 de ellos fueron detenidos ilegalmente como combatientes enemigos. Al mismo tiempo, dos cortes federales han emitido decisiones contradictorias sobre la constitucionalidad del procedimiento en los tribunales, es decir, si se adecua a las exigencias del *due process*²⁰². Después de estas decisiones, el ejército estableció nuevas reglas de procedimiento ante un tribunal compuesto de tres funcionarios militares, en que los detenidos pueden declarar y tratar de refutar las alegaciones del gobierno²⁰³. Entre 2001 y 2005 el número de detenidos en Guantánamo cayó de 750 a 540²⁰⁴.

Para evitar la decisión del TSEU que dio derechos a los prisioneros de litigar la condición de su detención en Guantánamo, el Congreso cambió la ley de *habeas corpus* para explícitamente excluir su aplicación a los prisioneros en Guantánamo²⁰⁵. Pero el TSEU también declaró que esta ley violaba el principio constitucional de *habeas corpus* y que los prisioneros pueden litigar su estatus en las cortes federales²⁰⁶.

En agosto de 2004 se comenzó a enjuiciar algunos detenidos en las comisiones militares para delitos de ayuda al terrorismo²⁰⁷. Pero el gobierno de BUSH sufrió otro revés cuando un juez federal en Washington D. C. bloqueó los juicios y decretó que las comisiones militares violan la Constitución. Según la decisión, el procedimiento no garantiza al acusado el derecho a confrontar a los testigos de cargo y que las comisiones deberían utilizar las reglas de procedimiento para los consejos de guerra²⁰⁸.

El presidente BARACK OBAMA anunció inmediatamente después de su victoria electoral que iba a cerrar el campo de detención en Guantánamo, pero también expresó su deseo de mantener campos de detención en Afganistán y de tener el poder de detener indefinidamente a presuntos terroristas detenidos en otros países²⁰⁹.

202 Véase “Khalid v. Bush”, 355 F. Supp. 2d 311 (DDC 2005), que declaró que los prisioneros no tienen ningún derecho a un debido proceso, e In re Guantánamo Detainee Cases, 355 F. Supp. 2d 443 (DDC 2005), que determinó una violación del debido proceso.

203 As of March 24, 2005, 64 detainees had these hearings and 39 have declined to attend. NEIL A. LEWIS. “Guantánamo Detainees Make Their Case”, *The New York Times*, marzo 24, 2005, at A 17.

204 DOUGLAS JEHL. “Pentagon Seeks To Shift Inmates From Cuba Base”, *The New York Times*, 11 de marzo de 2005, pp. A1, A8.

205 ERIC SCHMITT. “Senate Approves Limiting Rights of U. S. Detainees”, *The New York Times*, 11 nov. 2005 [www.nytimes.com/2005/11/11/politics/11detain.html?hp&ex=1131771600&en=ef324454cb3a79c4&ei=5094&partner=homepage].

206 “Boumediene v. Bush”, 128 S.Ct. 2229 (2008).

207 NEIL A. LEWIS. “First War-Crimes Case Opens at Guantánamo Base”, *The New York Times*, 25 de agosto de 2004, p. A14.

208 “Hamdan v. Rumsfeld”, 344 F. Supp. 2d 152 (DDC 2004).

209 “Charlie Savage”. “Obama’s War on Terror May Resemble Bush’s in Some Areas”, *The New York Times*, 18 feb. 2009, p. A20.

J. El uso de tortura o tratamiento cruel e inhumano para obtener información

Antes del 11-S no se podía utilizar declaraciones “involuntarias” en un procedimiento penal que eran producto de coacción, engaño, amenazas o promesas. La teoría de inadmisibilidad se fundaba alternativamente tanto en el derecho de no declarar contra sí mismo como en el derecho a un debido proceso, ambas garantías protegidas por la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La opinión corriente en la literatura era siempre que las pruebas que se derivan de las declaraciones involuntarias, bien sean pruebas materiales, testimoniales o declaraciones repetidas sin coacción, no serían admisibles como prueba de cargo en el procedimiento penal. La inadmisibilidad tendría un efecto derivativo que extenderá a todos los “frutos del árbol envenenado”²¹⁰. Al decidir si una declaración fue voluntaria o no, el juez deberá sopesar la totalidad de las circunstancias²¹¹.

Los acontecimientos del 11-S han tenido repercusiones imprevisibles en cuanto a este principio aparentemente inquebrantable de los derechos humanos. Un profesor muy importante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, ALAN DERSHOWITZ, propuso la utilización de nuevo de mandatos para la tortura, como en el Medioevo, en el caso hipotético de una bomba de relojería, en que la policía tortura para saber su ubicación y salvar muchas vidas humanas²¹².

Se puede leer sobre la tortura en las decisiones del TSEU de la primera parte del siglo XX, aplicada sobre todo contra ciudadanos de origen afroamericano²¹³. Para minimizar la coacción intrínseca de la interrogación policial en la cárcel, el TSEU introdujo en el año 1966 la exigencia de avisar al sospechoso antes de interrogarlo sobre su derecho a no declarar contra sí y a entrevistarse con un defensor, y que si no puede pagar uno tendría una defensa de oficio pagada por el Estado. En la famosa decisión “Miranda contra Arizona” el TSEU reconoció que el uso de fuerza y amenazas era común hasta los años treinta del siglo pasado, pero también constató que el uso de presión psicológica y engaño reemplazó como instrumento preferido para provocar las confesiones²¹⁴. Sin embargo, vergonzosamente se descubrió que en una comisaría en la ciudad de Chicago la policía utilizó la tortura en forma de asfixia, palizas y electrochoque para inducir

210 THAMAN, „Wahrheit...“, *supra* nota 47, pp. 1049-1050.

211 Véase WAYNE R. LAFAVE et al. *Criminal Procedure* 315-22 (4th ed. 2004).

212 ALAN M. DERSHOWITZ. *Why Terrorism Works* 134-164 (Yale 2002); véase también ALAN M. DERSHOWITZ. “The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss”, 48 *New York Law School L. Rev.* 275, 277 (2003).

213 Cf. “Brown v. Mississippi”, 297 U. S. 278 (1936).

214 “Miranda v. Arizona”, 384 U. S. 436, 445-46 (1966).

confesiones en por lo menos nueve casos de asesinato en que había la posibilidad de pena de muerte²¹⁵.

Después de la publicación de las fotos de los actos sádicos de los soldados de Estados Unidos, torturando y humillando a los prisioneros iraquíes en la prisión de Abu Ghraib, se ha revelado que la Casa Blanca y el Ministerio de Defensa habían autorizado métodos coercitivos de interrogación para utilizar contra los presuntos terroristas²¹⁶. Juristas en la Casa Blanca y en el Ministerio de Justicia han escrito memorandos para justificar el uso de tales métodos como una forma de ejercicio de los poderes de urgencia del presidente en tiempos de guerra y han formulado una definición muy restringida de “tortura”²¹⁷.

Antes del 11-S, los interrogadores militares utilizaron el engaño, trampas, etc., que tal vez violarían las exigencias del debido proceso y cuyos resultados y “frutos” serían inadmisibles en los tribunales comunes por ser involuntarios. Pero después de los atentados del 11-S, el Departamento de Defensa permitió el uso de técnicas de la llamada “categoría II” que incluyen “posiciones de estrés”, el uso de documentos o informes falsos, aislamiento hasta 30 días, interrogatorios que duran hasta 20 horas, la privación de estímulos, el uso de capuchas, desnudar a los prisioneros, cortar las barbas o el pelo de prisioneros islámicos, la explotación de fobias, como de perros, para causar estrés. Sólo con el permiso extraordinario del Departamento de Defensa podían los interrogadores recurrir a las técnicas de la llamada “categoría III”, es decir, el ahogamiento fingido (*waterboarding*)²¹⁸, la exposición al frío y agua, el uso de una toalla bañada en agua para provocar una percepción falsa de asfixia o el uso de contactos corporales no dañosos²¹⁹.

215 THAMAN. “Is America a Systematic Violator...”, *supra* nota 114, p. 1010.

216 DAVID JOHNSTON y JAMES RISEN. “Aides Say Memo Backed Coercion for Qaeda Cases”, *The New York Times*, 27 de junio de 2004 [www.nytimes.com/2004/06/27/international/middle].

217 NEIL A. LEWIS y ERIC SCHMITT. “Lawyers Decided Bans on Torture Didn’t Bind Bush”, *The New York Times*, junio 8, 2004, [www.nytimes.com/2004/06/08/politics/08ABUS.html?ei+1&en].

218 Se han utilizado esta técnica contra los sospechosos más altos de Al Qaeda y fue aprobada por MICHAEL CHERTOFF, jefe del Departamento de la Seguridad de la Patria cuando era un fiscal federal. DAVID JOHNSTON et al. “Security Nominee Gave Advice to the CIA on Torture Laws”, *The New York Times*, 29 de enero de 2005 [www.nytimes.com/2005/01/29/politics/29home.html?ei=5094&en=0b261acbf233ce4a&hp=&ex=1107061200&partner=homepage&pagewanted=all&position].

219 SCHEPPELE. “The Metastasis of Torture: Circulating Coerced Knowledge in the Anti-Terror Campaign”, Conference on Undercover Policing and Emerging Enforcement Powers: perspectives from Two Sides of the Atlantic, University of Illinois College of Law, 11-12 de marzo, 2005, p. 19. Véase también NEIL A. LEWIS. “Broad Use of Harsh Tactics is Described at Cuba Base”, *The New York Times*, Internet edition, 17 oct. 2004 [www.nytimes.com/2004/10/17/politics/17gitmo.html?ei=5094&en=e29ccfe1afd6371a&hp=&ex=1098072000&partner=homepage&pagewanted=all&position].

El uso secreto de estas técnicas en Afganistán, Irak y en Guantánamo por los interrogadores militares y de la CIA, que a menudo ha horrorizado a los observadores en el FBI, resultaría en la inadmisibilidad de cualquier declaración obtenida sin un procedimiento penal. Sin embargo, hay una cierta confusión en la jurisprudencia estadounidense en cuanto a la aplicabilidad de la doctrina de “voluntariedad” y de los avisos de “Miranda” a los interrogatorios en el extranjero²²⁰. Algunas cortes han declarado que se valora la admisibilidad de una declaración que es fruto de un interrogatorio por parte de interrogadores extranjeros, en el extranjero, según los criterios de “voluntariedad” y sopesando todas las circunstancias²²¹. La gran mayoría de las cortes, sin embargo, no aplica las reglas de “Miranda” en esta situación²²². Por contraste, una minoría de las cortes ha aplicado las protecciones de la Quinta Enmienda cuando agentes de los Estados Unidos participan en los interrogatorios en el extranjero de personas que no son ciudadanos de los Estados Unidos²²³. Por lo menos una corte declaró que interrogadores de los Estados Unidos deben utilizar los avisos de “Miranda” en interrogatorios en el extranjero²²⁴, aunque la omisión de hacerlo no conducirá necesariamente a la inadmisibilidad de las declaraciones²²⁵. Sin embargo, las cortes han afirmado la admisibilidad de declaraciones coaccionadas por funcionarios extranjeros si los agentes de los Estados Unidos no participaron en las prácticas ilegales²²⁶. Al final, la cuestión contundente es si la policía extranjera actuaba como agente del gobierno de los Estados Unidos²²⁷ o si la participación era tal que constituyera un *joint venture*²²⁸. Según la opinión de

220 Avisos semejantes a los de “Miranda” son obligatorios en la gran mayoría de países democráticos. Véase STEPHEN C. THAMAN. “*Miranda* in Comparative Law”, 45 *St. Louis U. L. J.* 581 (2001).

221 “United States v. Martindale”, 790 F.2d 1131 (4th Cir. 1986); “Brulay v. United States”, 383 F.2d 345, 349 (9th Cir. 1967). Véase JONATHAN F. LENZNER. “From a Pakistani Stationhouse to the Federal Courthouse: A Confession’s Uncertain Journey in the U. S.-Led War on Terror”, 12 *Cardozo J. Int’l & Comp. L.* 297, 307 (2004).

222 “United States v. Chavarria”, 443 F.2d 904 (9th Cir. 1971); “United States v. Mundt”, 508 F.2d 904 (10th Cir. 1974); “United States v. Martindale”, 790 F.2d at 1131.

223 “United States v. Bin Laden”, 132 F. Supp. 2d 168 (SDNY 2001); “United States v. Yunis”, 859 F.2d 953, 957 (D. C. Cir. 1985).

224 “United States v. Bin Laden”, 132 F. Supp. 2d at 181.

225 “United States v. Welch”, 455 F.2d 211 (2d Cir. 1972); “United States v. Covington”, 783 F.2d 1059 (9th Cir. 1986); “United States v. Degollado”, 696 F. Supp. 1136, 1140 (S. D. Tex. 1988).

226 En “United States v. Yousef”, 327 F.3d 57, 126-172 (2nd Cir. 2003), el acusado mantuvo que fue torturado por policías filipinos y luego sometido a coacción psicológica por parte de funcionarios de Estados Unidos en el vuelo a los Estados Unidos, pero la corte basó la decisión refiriéndose solamente a la conducta de los interrogadores estadounidenses. Las cortes admiten declaraciones normalmente si los funcionarios de Estados Unidos no han participado en la coacción. “Brulay v. United States”, 383 F.2d p. 349, “United States v. Heller”, 625 F.2d 594, 599 (5th Cir. 1980). Otras cortes han excluido pruebas si la conducta de los funcionarios extranjeros “choca la consciencia”. “United States v. Barona”, 56 F.3d 1087, 1091 (9th Cir. 1995).

227 “United States v. Covington”, 783 F.2d at 1056.

228 “Pfeifer v. United States Bureau of Prisons”, 615 F.2d 873, 877 (9th Cir. 1980); “United States v. Toscanino”, 500 F.2d 267 (2d Cir. 1974). “United States v. Lira”, 515 F.2d 68, 70 (2nd Cir. 1970); “United States v. Emery”, 291 F.2d 1266 (9th Cir. 1978).

algunas cortes, la mera presencia de un funcionario de los Estados Unidos durante el interrogatorio no basta para transformar la diligencia en un *joint venture*²²⁹.

Una comentarista utiliza los términos médicos, hablando de la “metástasis de la tortura”²³⁰, manteniendo que el uso de métodos ilegales para recopilar información contaminará finalmente los frutos obtenidos, lo que resultará en su inadmisibilidad en los procedimientos penales²³¹. Por ejemplo, la juez en el caso *Moussaoui* tuvo dudas sobre la credibilidad de los “sumarios” sustituidos para el testimonio de los miembros de Al Qaeda AL-SHIBH y KHALID SHEIKH MOHAMMED según las reglas de la CIPA, porque eran quizás el producto del uso de la tortura. Además, un joven egipcio mantuvo que las pruebas en su caso eran fruto de torturas infligidas por funcionarios egipcios que colaboraban con los agentes de los Estados Unidos²³². Se mantiene que el gobierno ha establecido las comisiones militares extraordinarias explícitamente para poder enjuiciar a los presuntos terroristas utilizando pruebas defectuosas, si no para poder simplemente detenerlos por tiempo indefinido por no tener prueba admisible para enjuiciarlos. Como ejemplo, una corte ha permitido el uso de frutos de tortura en los procedimientos administrativos de los tribunales de revisión del estatus de los combatientes²³³. Más espeluznante fue la revelación de que los tribunales administrativos han ignorado intencionalmente pruebas claras presentadas por funcionarios alemanes y estadounidenses de que un detenido alemán de origen turco no tenía ninguna relación con Al Qaeda y hacía solamente trabajo misionero, y han basado su decisión de continuar con la detención en pruebas secretas que no revelaron al detenido²³⁴.

Para evitar las presuntas restricciones contra la tortura que operan en los Estados Unidos o respecto de los funcionarios de los Estados Unidos, la CIA ha, ya desde el año 1998, transportado prisioneros capturados en el extranjero a países como Marruecos, Egipto, Pakistán o Arabia Saudí para que fueran torturados en estos países sin la protección de la Constitución de los Estados Unidos. Se llama a esta práctica *rendition*

229 “United States v. Nagelberg”, 434 F.2d 585,587 (2nd Cir. 1970).

230 SCHEPPELE. *Metastasis*, *supra* nota 219.

231 Por ejemplo, pruebas fruto del *waterboarding* de KHALID SHEIKH MOHAMMED formaban la base para la acusación de JOSÉ PADILLA de haber conspirado para utilizar una “bomba nuclear sucia” en los Estados Unidos. RAMZI BIN AL-SHIBH también fue sometido a *waterboarding*. JAMES RISEN, DAVID JOHNSTON & NEIL A. LEWIS. “Harsh CIA Methods Cited In Top Qaeda Interrogations”, *The New York Times*, mayo 13, 2004, app. A1, A13. Recientemente, funcionarios de la CIA han admitido que utilizaban *waterboarding* 183 veces interrogando a KHALID SHEIKH MOHAMMED y 83 veces interrogando a otro prisionero, ABU ZUBAYDAH. SCOTT SHANE. “2 Suspects Waterboarded 266 Times”, *The New York Times*, 20 de abril de 2009 [www.nytimes.com/2009/04/21/world/21detain.html?emc=eta1].

232 ERIC LICHTBLAU y JAMES DAO. “Terror Suspect Told Saudis Of Attack Plots, FBI Says”, *The New York Times*, 2 de marzo de 2005, p. A 18.

233 “Khalid v. Bush”, 355 F. Supp. 2d 311 (DC 2005).

234 CAROL D. LEONNIG. “Panel Ignored Evidence on Detainee”, *Washington Post*, 27 de marzo de 2005, [www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A3868-2005Mar26.html].

(“rendimiento”)²³⁵. El Pentágono también ha transportado unos 62 prisioneros desde Guantánamo hasta Pakistán, Marruecos, Kuwait y Arabia Saudí²³⁶. Sin embargo, algunos jueces federales han prohibido el transporte de prisioneros de Guantánamo a terceros países cuando los prisioneros han articulado sus temores de que en sus países de origen ellos serían sometidos a tortura²³⁷.

K. Pronóstico

El aspecto más alarmante de la situación después del 11-S es la unificación de poderes en las manos del Ministerio de Justicia y la eliminación del “muro” entre órganos de seguridad nacional y espionaje interno y la policía judicial. Además, la Ley Patriota ha reforzado el secreto en cuanto a las invasiones de privacidad y ha aumentado el uso de intervenciones FISA y otros métodos de recopilar información.

También, la erosión de las garantías del debido proceso en la investigación y el enjuiciamiento de casos terroristas es muy peligrosa porque se propaga normalmente al procedimiento de casos normales. El derecho penal del enemigo sirve para debilitar las garantías no solo para el “enemigo combatiente” o extranjero, sino para los enemigos internos, los que quebrantan las leyes penales comunes²³⁸. El uso de tortura para recopilar información y de “sumarios” de estos interrogatorios ilegales para privar al acusado del derecho de confrontar a los testigos de cargo muestra un desarrollo espantoso. El establecimiento de tribunales especiales para evitar el debido proceso y eludir el derecho internacional humanitario es también de dudosa legalidad.

En conclusión, se debe discutir el factor Obama. Inmediatamente después de su elección, BARACK OBAMA declaró que iba a cerrar el campo de detención en Guantánamo, decidir qué hacer con los 245 prisioneros que se quedaban detenidos en la base en Cuba y suspender el uso de tortura y otros métodos de dudosa constitucionalidad en los interrogatorios a presuntos terroristas²³⁹. Sin embargo, el presidente ha hecho saber que va a continuar el transporte de presuntos terroristas a países en que no se respeten

235 JANE MAYER. “Outsourcing Torture”, *New Yorker*, 14 de febrero de 2005, pp. 109-123. Desde el 11-S, la CIA ha transportado entre 100 y 150 presuntos terroristas entre países, sobre todo en el Oriente Medio. DOUGLAS JEHL y DAVID JOHNSTON. “Rule Change Lets CIA Freely Send Suspects Abroad to Jails”, *The New York Times*, 6 DE marzo de 2005 [www.nytimes.com/2005/03/06/politics/06intel.html?hp&ex=1110171600&en=1cc93f4f41f5156b&ei=5094&partner=homepage].

236 Ídem.

237 SCOTT SHANE. “Judge Blocks the Transfer of 13 Detainees from Guantánamo”, *The New York Times*, 3 de marzo de 2005 [www.nytimes.com/2005/03/13/politics/13gitmo.html].

238 Véase E. RAÚL ZAFFARONI. *El enemigo en el derecho penal* 14-25 (2006), explicando cómo la ley de excepción viene a ser una “excepción perpetua” y cómo la aplicación de términos como “guerra” en vez de enjuiciamiento penal conduce a un Estado absoluto.

239 SCOTT SHANE, MARK MAZZETTI y HELENE COOPER. “Obama Reverses Key Bush Security Policies”, *The New York Times*, 23 de enero de 2009, p. A16.

los derechos humanos y que no va a cerrar los campos de detención, por ejemplo, en Afganistán, en los que los prisioneros no tienen el derecho de cuestionar la legalidad de su detención en tribunales federales²⁴⁰.

En cuanto a la posibilidad de un cambio de curso en el TSEU, es importante destacar que aunque BARACK OBAMA tiene la posibilidad de postular un magistrado más progresista a la Corte, si es confirmada, SONIA SOTOMAYOR va a reemplazar a otro magistrado, JOHN SOUTER, que ha votado de modo consistente contra el ala ultraconservadora y antigarantista de la Corte. Las señales son positivas para el futuro de los derechos humanos en Estados Unidos, pero no inequívocas.

240 CHARLIE SAVAGE. "Obama's War on Terror May Resemble Bush's in Some Areas", *The New York Times*, 18 de febrero de 2009, p. A20.

