ARANZADI

REVISTA DE DERECHO Y PROCESO PENAL

14

THOMSON

ARANZADI

2005

La legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silent leges**

J. A. E. VERVAELE **

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001 Y LA APROBACIÓN DE LA *PATRIOT ACT AMERICANA*

III. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA *PATRIOT ACT*
1. Legislación especial en Estados Unidos
2. Legislación anti-terrorista en Estados Unidos

IV. ANÁLISIS DE LA *PATRIOT ACT*
1. Seguridad nacional
2. Interceptación de comunicaciones, de flujos electrónicos y digitales y registros
2.1. Cuadro histórico y puntos de partida
2.2. Órdenes de interceptación e interceptaciones telefónicas
2.3. Orden pen/trap
2.4. Orden de exhibición de datos
2.5. Mandato de registro
3. Medidas financieras de control
4. Terrorismo y derecho penal sustantivo
5. Protección de las fronteras y leyes de inmigración: extranjeros enemigos

V. ATTORNEY GENERAL Y ULTERIORES APLICACIONES DE LA *PATRIOT ACT*
1. Circulares del Attorney General en materia de delitos comunes, investigaciones sobre organizaciones de *racket* y terroristas y poderes de investigación del FBI
2. Detención y derecho al secreto profesional

VI. DERECHO EXCEPCIONAL PRESIDENCIAL
1. Organizaciones terroristas y financiación de organizaciones terroristas
2. Comisiones militares y combatientes enemigos

VII. CONTROL JUDICIAL DE LA *PATRIOT ACT* Y DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DEL GOBIERNO
1. Derechos civiles, enemigos extranjeros y mayor apertura del Gobierno
2. Auxilio material al terrorismo
3. Terrorismo y pruebas impugnables en el sistema penal ordinario
4. Terrorismo, enemigos combatientes y comisiones militares

VIII. CONCLUSIÓN

«El mayor de los peligros que el terrorismo representa para nuestra democracia y para nuestra república constitucional estriba en la reacción desproporcionada por parte del ejecutivo frente al terrorismo y en la utilización del terrorismo por parte del ejecutivo como instrumento para erosionar el control,

---

* Cicerone, Oratio Pro Annio Milone, IV 52 A.C.

** Profesor de Derecho penal económico, Facultad de Derecho de Utrecht y Profesor de Derecho penal europeo, en el College d'Europe, Burges. El material empleado en este trabajo se obtuvo durante un «Adjuntt Professorship all' American law School dell' Università di Washington en 2003». La investigación ha sido actualizada y contiene referencias hasta el 31 de agosto de 2005. El trabajo ha sido traducido por Mª José Rodríguez Puerta y Esther Morón Lerma, Universidad Autónoma de Barcelona.

el equilibrio y la división de poderes en materia de asuntos exteriores reconocidos constitucionalmente, de los poderes militares y de la lucha contra la criminalidad internacional» BLAKESLEY (1992)[1].

I. INTRODUCCIÓN

Desde el 11 de septiembre de 2001, los temas relacionados con la seguridad y el terrorismo han dominado, como nunca, los *más media* en Estados Unidos. Con las guerras de Afganistán e Irak, y las consecuencias que de ellas se han derivado, la lucha global contra el terrorismo sigue estando en primera página. En Estados Unidos, el interés en la política interna de la primera administración Bush, en materia de seguridad y terrorismo, ha aumentado notablemente. Cabría preguntarse cuál era la información de la que disponía el gobierno respecto del peligro de que se produjeran los ataques del 11-S. Los asuntos judiciales contra sospechosos de terrorismo y la consecuente aplicación de la nueva legislación antiterrorista despiertan interrogantes en torno a la supremacía de los principios de la seguridad nacional en detrimento de la Constitución y los derechos civiles reconocidos en el *Bill of Rights*.

Podrían traerse a colación, a modo de ejemplo, algunos titulares de periódico, extraídos de la prensa americana del 2002-2004: «Banca, prestadores de servicios en Internet, compañías aéreas y bibliotecas consienten el acceso a información personal»; «El programa del Pentágono de *Terrorism Information Awareness* (TIA)[2] en el punto de mira»; «El FBI utiliza *Carnivore*[3] como red digital»; «Emigrante detenido y deportado sobre la base de pruebas secretas»; «Registros e interceptaciones sin autorización judicial»; «El *Justice Departament* no respeta las órdenes judiciales por considerarlas contrarias a la seguridad nacional»; «El gobierno ha congelado los bienes de organizaciones de ayuda a los palestinos y de organizaciones no gubernamentales (ONGS)»; «Prisioneros de Guantánamo juzgados por comisiones militares»; «Aprobada la legislación contra la Corte Penal Internacional»; «El gobierno proclama a todos los ciudadanos americanos como enemigos combatientes».

La primera administración Bush ha hecho, de la lucha contra el terrorismo, la máxima prioridad de su política de seguridad y justicia, y ha reducido notablemente la fragmentariedad de las organizaciones de control operativo. Pese a las críticas que se han esgrimido, y que todavía se esgrimen, contra el FBI por haberse ocupado inadecuadamente de la obtención de información dirigida a prevenir los ataques del 11 de septiembre, la posición del citado órgano se ha visto claramente reforzada. En estos momentos, el FBI emplea el 36% de sus recursos en la lucha contra el terrorismo[4]; sólo en Estados Unidos operan en este sector 66 grupos y cerca de 5.000 agentes de policía adscritos al servicio de investigación o al de *intelligence* del FBI. Su presupuesto ha llegado a ser de 4.318 millones de dólares[5], cifra que equivale, en la actualidad, a tres veces el presupuesto del DEA, órgano encargado de la lucha contra la droga, que hasta ese momento era prioritario. La primera administración Bush ha creado también un nuevo super-ministrerio para la seguridad nacional, el *Departament of Homeland Security* (DHS)[6], en lo que puede calificarse como la mayor reorganización federal habida después de la segunda guerra mundial. Se han incorporado al DHS

1. C. L. BLAKESLEY, *Terrorism, Drugs, International Law and the Protection of Human Liberty*, Transnational Publishers, New York, 1992, 88.
2. Inicialmente, este proyecto, duramente criticado, recibió el nombre de *Total Information Awareness program*. El objetivo del citado proyecto era recoger y gestionar en modo eficaz todos los datos relativos a la lucha contra el terrorismo. No obstante, a principios del año 2003, el Senado suspendió su financiación.
Para más información, vid.: http://darpa.mil/boby/tia/TIA%20ES.pdf y http://www.eff.org/Privacy/TIA/20030520_tia_report.php. Vid. críticamente sobre TIA, http://216.239.37.104/search?q=cache:6qKYAux7WVEJ:www.epic.org/privacy/profiling/tia/+TIA&hl=en&ie=UTF-8 y http://www.eff.org/Privacy/TIA/20030523_tia-report_review.php.
3. *Carnivore*, inicialmente llamado *Omnivore* y posteriormente CDS 1000, es una técnica que permite localizar ciertas comunicaciones entre algunos usuarios, por ejemplo todos los mensajes de e-mails entre los sujetos X e Y. Aunque tambien puede ser utilizado para descubrir el contenido de tales comunicaciones.
Cfr.: http://www.fbi.gov/hq/lab/carnivore/carnivore.htm para obtener información del FBI y http://216.239.53.104/search?q=cache:hYF-UPG1UasJ:www.epic.org/privacy/carnivore/+Carnivore&hl=en&ie=UTF-8 para obtener información crítica y algunos documentos relevantes. Con mayor profundidad vid., en defensa de este sistema, *Don't Fear Carnivore: It Won't Devour Individual privacy*, 66 MO.L. REV. 827 (2001) y R. MERL, *Internet Communication Standards For The 21st Century: Terrorism Must Force the US to Adopt «Carnivore» and New Surveillance Standards*, 27 Brook. J. Int'L.L. 245, 251-56 (2001).
4. G. FIELDS y J. R. WILKE, *FBI's new focus places big burden on local police*, The Wall Street Journal, 30 de junio 2003.
5. Vid. http://www.usdoj.gov/jmd/2003sumary/pdf/TotBA.pdf.
6. Vid. http://www.dhs.gov/interweb/assetlibrary/hr_5005_enr.pdf, para más información sobre el acto constitutivo del DHS, que ha empezado a ser operativo en enero de 2003, Cfr. http://www.dhs.gov/dhspublic.

unos 22 servicios federales, que contaban, en su conjunto, con 170.000 puestos a tiempo completo que originariamente eran independientes o formaban parte de otros departamentos; entre los servicios incorporados se encuentran, por ejemplo, el de *Immigration and Naturalization Service* (INS) y el *Customs Service*[7]. Cabe señalar, sin embargo, que, aunque el *Secret Service*[8] y el *Coast Guard* forman parte del DHS, estos últimos mantienen una cierta autonomía e informan directamente al *State Department*. El FBI y la CIA, por contra, no han sido incluidos en la fusión y permanecen adscritos al *Justice Department* y al *State Department* respectivamente[9]. Por otro lado, a través de la legislación de emergencia contra el terrorismo contenida en el *Patriot Act* de Estados Unidos (USAPA)[10] y en las órdenes ejecutivas presidenciales[11], la primera administración Bush ha considerado necesario expandir radicalmente la competencia de la agencia ejecutiva de control en la fase preventiva, y someter, en menor medida, su actividad al control judicial. Ha reforzado, también, el papel de los servicios de *intelligence* en la aplicación de la ley penal.

El primer año inmediatamente después del 11 de septiembre, el apoyo público otorgado a las reformas citadas y a la legislación de emergencia ha sido indiscutible: la relajación del principio de legalidad en favor de una mayor seguridad fue ampliamente respaldada. Ahora bien, la actuación y el modo en que el ejecutivo ha orillado al poder legislativo y al judicial a la hora de llevar a la práctica estas medidas han mermado notablemente ese apoyo de la opinión pública.

El tono de los «más media» especializados se ha tornado crítico y el Congreso reclama al Gobierno información sobre su proceder en la política anti-terrorista. Se abren interrogantes en torno a la información de la que disponía el gobierno antes de los ataques y a la efectiva necesidad de ampliar los poderes ejecutivos en la lucha contra el terrorismo, así como se ciernen dudas sobre la creciente influencia del servicio de *intelligence* en la aplicación de la ley penal. ¿Por qué motivo el FBI y la CIA no intercambiaron recíprocamente la información antes del 11 de septiembre? ¿Por qué la administración Bush se niega a dar la información relativa a las detenciones y expulsiones llevadas a cabo después del 11 de septiembre? ¿Eran verdaderamente necesarias las limitaciones esenciales llevadas a cabo en los derechos civiles, el paralelo aumento de los procesos secretos (detención secreta y juicio basado en pruebas secretas) y el derecho penal preventivo?

Los políticos ponen en duda la fiabilidad de la información, y destacan que la guerra en Irak ha avivado todavía más el debate. Mientras tanto, algunos críticos, afirman que la democracia y el Estado constitucional están muriendo, en silencio, lentamente. ¿Se puede decir que el ejecutivo ha utilizado los ataques del 11 de septiembre para establecer *de iure et de facto* un Estado de policía que ha suspendido el funcionamiento del Estado constitucional hasta nueva orden? ¿El Congreso y el poder judicial han quedado fuera de juego? La lucha contra el terrorismo no sólo ha dado lugar a duras críticas[12] sino también a la aparición de oposición política. Todo ello ha conducido a que, en numerosos Estados, las autoridades locales rechacen la aplicación de parte de la legislación anti-terrorista y sostengan que, con el Attorney General Ashcroft, la política de seguridad nacional ha pasado a ser el objetivo principal de la política judicial, en perjuicio de los derechos civiles y las garantías constitucionales. El *Justice Departament* se ha visto envuelto en un creciente número de batallas legales y ha estado luchando, con todas sus fuerzas, para que sean admitidos los recursos interpuestos ante el Tribunal de Apelación y el Tribunal Supremo contra sentencias consideradas contrarias a los intereses de la seguridad nacional, en las que sin embargo los derechos civiles habían resultado ilesos. El Justice Department se ha visto, cada vez con mayor frecuencia, a revelar documentos y a ejecutar órdenes que impongan la realización u omisión de ciertos actos. Más recientemente, el *Justice Departament* ha optado, para contrarrestar los ataques de los que había sido objeto, tanto desde la perspectiva legal como política, por instruir al Ministerio Fiscal en todo el país para defender la legislación anti-terrorista.

No obstante, la primera administración Bush ha visto frenada su política, en numerosas ocasiones,

7. L'INS formaba parte del *Justice Departament*, mientras que el *Customs Service* se encontraba genéricamente adscrito al Ministerio del Tesoro.
8. El *Secret Service* es responsable, entre otras cosas, de la seguridad del Presidente y del descubrimiento de actividades falsarias monetarias.
9. No parece posible, por otra parte, que el DHS tenga capacidad para desarrollar un *Home Intelligence Agency* autónomo, similar al M15 inglés.
10. Ésta es la abreviatura de *Uniting and Strengthening America by Providing Appropiate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism.*
11. Cfr. Infra ap. 6.
12. Cfr., entre otros, R. D. WORKIN, *The real threat to US values, The Guardian*, 9 marzo 2002; Ib. Idem., *The Threat to Patriotism*, New York Review of Books, 28 de febrero 2002.

por la actuación de los jueces federales, incluido el Tribunal Supremo (TS)[13]. No puede sorprender, por tanto, la encarnizada lucha política en relación a los nuevos nombramientos de jueces del TS.

Las crecientes dudas surgidas en torno a la información recogida y compartida entre personas próximas (y en el seno de la) a la *Intelligence Community* han conducido a la creación de la *National Commission on Terrrorist Attacks Upon the Unites States* (conocida como Comisión del 11 de septiembre): comisión independiente, *bipartisan*, fruto de la legislación del Congreso y de la Casa Blanca.

A causa de la oposición de la primera administración Bush a su creación, la Comisión del 11 de septiembre no se instauró hasta finales de 2002. La citada comisión ha sido la encargada de confeccionar un exhaustivo y completo catálogo de las circunstancias relativas a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, incluyendo las medidas adoptadas con carácter preventivo y las adoptadas inmediatamente después de los ataques. La Comisión recibió también el encargo de proponer recomendaciones dirigidas a evitar ataques futuros. El 22 de julio de 2004 hizo públicas las conclusiones finales[14], entre las que se incluían 41 recomendaciones, en su mayoría, dirigidas a la *Intelligence Community*[15].

Aunque la primera administración Bush intentó adecuar las reformas de la legislación sobre la *Intelligence* a las recomendaciones realizadas por la Comisión del 11 de septiembre, algunos de los aspectos han quedado suavizados como, por ejemplo, el poder de vigilancia del NID respecto al Pentágono. La primera administración Bush orquestó una dura campaña dirigida a atenuar los efectos de la reforma propuesta por la Comisión, y de ese modo alcanzó un compromiso final que cristalizó en la *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* de 2004 (IRTPA)[16].

Este documento prevé sin embargo reformas verdaderamente sustanciales en la *Intelligence Community*, introducidas mediante enmiendas al *National Security Act* de 1947. La *Intelligence Community* será coordinada, tanto en el aspecto operativo como en el financiero, por un *National Intelligence Directo* (NID) a cuya oficina quedaran adscritos el *National Counterterrorism Center* (NCTC) y el *Board on Safeguarding Privacy and Civil Liberties*.

El documento señalado contiene una definición de *intelligence* nacional ampliada, que se extiende a todo tipo de información, con independencia de la fuente de la que proceda, y que incluye información obtenida dentro y fuera de los Estados Unidos. Entre ellas, se comprende específicamente la relativa a la seguridad nacional[17]. La reforma persigue también reforzar el reparto de información sobre el terrorismo y la creación de un sistema de intercambio de información. La citada reforma no se limita a la *Intelligence Community* sino que incorpora además numerosas medidas dirigidas a mejorar la seguridad en el transporte y la protección de las fronteras. Además, la comisión del 11 de febrero recomendó que el FBI diera prioridad a la cuestiones relacionadas con la seguridad nacional por encima de las atinentes a la justicia penal y, a tal fin, se propuso la instauración de un grupo cuya misión sería la de velar por la seguridad nacional a través de acciones preventivas anti-terroristas[18]. Esta recomendación ha sido incorporada concretamente en el Título II del documento examinado. Por otra parte, el IRTPA incorpora asimismo numerosas medidas similares a las contenidas en la *Patrio Act*, relativas a derecho penal sustantivo y a las medidas de control de la financiación[19].

Los ataques del 11 de septiembre y la posición adoptada por los Estados Unidos en materia anti-terrorista han tenido consecuencias en Europa[20]. Muchos países europeos han adoptado legislaciones especiales anti-terroristas o han endurecido significativamente las leyes ya existentes[21]. La Unión Europea ha

13. Vid., *infra*, ap. 7.4.
14. Vid., http://www.gpoaccess.gov/911.
15. Cfr., http://wwww.whitehouse.gov/news/releases/2004/09/20040908-5.html.
16. Cfr., http://www.gpoaccess.gov/serialset/creports/intel_reform.html. El IRTPA fue aprobado por la Cámara de representantes el 12.07.04, con 336 votos a favor y 75 en contra. Fue aprobado por el Senado el 12.08.04, con 89 votos a favor y 2 en contra. Bush lo ha convertido en ley el 12.17.04.
17. Sección 1012.
18. Vid., http://www.gpoaccess.gov/911, pg. 425.
19. Vid. infra., ap. 4.
20. Para un análisis más profundo de la cuestión cfr. C. FIJNAUT, J. WOUTERS & F. NAERT (Eds.), *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004.
21. Vid., por ejemplo, el *Anti-terrorism, Crime and Security Act* (ASTA), de Inglaterra, http://legislation.hmso.gov.uk/acts2001/20010024.htm.

acelerado la adopción de la Decisión-marco sobre armonización de la legislación penal en materia de terrorismo y sobre el mandato de arresto, y ha elaborado un vasto proyecto de acción anti-terrorista[22].

Los jueces, nacionales[23] y supranacionales[24], deben confrontarse con las medidas de emergencia. Después de los ataques ferroviarios a Madrid de marzo de 2004, existe el riesgo real de que la Unión Europea se sirva de la experiencia americana para elaborar una política de seguridad europea[25]. Por ahora la Unión Europea se ha limitado a acelerar el programa existente[26], pero no hay duda que la Unión prepara cambios importantes como por ejemplo favorecer el flujo de información entre cuerpos de *intelligence*, cuerpos policiales y cuerpos judiciales poniéndolo en peligro en *habeas data* (derecho a la privacidad)[27]. Los estudiosos, y aquellos que aplican el derecho penal europeo, deberán valorar en qué medida se han modificado las garantías fundamentales del Estado Constitucional en aras a garantizar la seguridad nacional y en qué medida ello ha incidido sobre el derecho penal material y procesal y sobre la legislación especial.

Este trabajo persigue, precisamente, señalar los antecedentes que explican la actual legislación antiterrorista, en contraposición a la aplicación que los Estados Unidos habían hecho en el pasado de la legislación especial. En segundo lugar, se examinan las líneas esenciales de la legislación anti-terrorista y, por último, se lleva a cabo el análisis de la legislación formal del Congreso, los Decretos presidenciales y las líneas marco de actuación del *Justice Department.*

II. 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001 Y LA APROBACIÓN DE LA *PATRIOT ACT AMERICANA*

El 14 de septiembre, poco después de los ataques del 11 septiembre 2001 a edificios emblemáticos como las *Twin Towers* de New York y el Pentágono –presumiblemente también la Casa Blanca– en Washington D.C., el Presidente Bush decretó, con carácter retroactivo, el estado de emergencia nacional[28], recurriendo para ello a la dispuesto en la *National Emergencies Act*[29]. Estas agresiones no fueron definidas, en un primer momento, como delito, sino como actos de guerra provenientes de agresores extranjeros, para dejar, de ese modo claro, cuál era su posición. Al poco tiempo, el Attorney General Ashcroft se encargó de difundir que las nuevas atribuciones del *Justice Department*, en el ámbito del terrorismo, tendrían fundamentalmente naturaleza preventiva. En este sentido, el 17 de septiembre 2001, el *Justice Department* aprobó una nueva propuesta de ley sobre terrorismo, la *Mobilization against Terrorism Act*[30]. Esta propuesta ha constituido la base para la redacción de un texto por parte de la Cámara de los Representantes, el 2 de octubre, y por el Senado el 4 de octubre. El citado texto fue incorporado por el presidente del Senado a la propuesta de ley con el nombre simbólico de *Usa Patriot Act* (USAPA). La propuesta (H.R. 3162) fue ratificada por la Cámara de Representantes el 23 de octubre y votada al día siguiente, siendo el resultado de la votación el de 357 votos favorables frente a 66 en contra. El 25 de octubre el Senado aprobó, sin enmiendas, la propuesta por 98 votos a 1. Finalmente el 26 de octubre el Presidente la convirtió en ley.

La *Patriot Act* es una ley extensa y compleja que introduce modificaciones sustanciales en 15 leyes federales y que confiere inusuales poderes ejecutivos a estructuras operativas de control y a los servicios de *intelligence*. No obstante, pese a la complejidad de muchas de sus normas y su incidencia sobre valores

22. J. Wouters y F. Naert, *Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: An Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures against Terrorism after «11 septiembre», Common Market Law Review*, 41:909-935, 2004.
23. Vid., por ejemplo, los pronunciamientos contenidos en la *Lords of Appeal* de la *House of Lords for Judgment* en la causa A y X contra el *Secretary of Staatte for the Home Department*, 16 de diciembre de 2004, http://www.parliament.the-stationery-office.co.uK/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm.
24. C. Warbrick, *The principles of the European Convention on Human Rights and the Response of States to Terrorism*, E.H.R.L.R., 2002, 287-314; P. Lemmens, *Respecting Humans Rights in the Fight against Terrorism*, en C. Fijnaut, J.Wouters & F. Naert (Eds.), op. cit., 223-250 y D. Cassel, *Human Rights and the Unites States Response to 11 September*, en C. Fijnaut, J. Wouters & F. Naert (Eds.), *op. cit.*, 251-198.
25. Vid. la declaración del Consejo de Europa sobre el terrorismo de 25 de marzo de 2004.
26. http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/272&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en
27. http://www.statewatch.org/news/2005/sep/com-data-proteccion-prop.pdf: Draft framework Decision on simplifying the exchange of information and intelligence, Council of the EU, 10215/04, 4 June 2004.
28. Declaración núm. 7463, 66 Reg. Fed. 48,199 (14 de septtiembre 2001).
29. 50 Constitución de los Estados Unidos (a partir de ahora USC), Sec. 1631 (1994).
30. Vid., http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/20010919 mata bill draft.htlm/Terrorism militias/son-of-patriot.-draft.pd.

constitucionales, fue aprobada por el Congreso a través de un procedimiento de urgencia, sin debate ni enmiendas dignas de destacar. Aunque el documento incorporó propuestas anteriores al 11 de septiembre, éstas asumieron un rol claramente marginal en el debate del Congreso, ante todo porque una amplia mayoría las consideraba letales para los derechos civiles e incluso ponían en duda su compatibilidad con la Constitución. En realidad, la propuesta fue negociada por el Gobierno y un grupo heterogéneo de miembros del Congreso en tres semanas. El Attorney General Ashcroft solicitó al Congreso su aprobación inmediata e incondicional, alegando la inminencia de nuevos ataques que, fueron anunciados por el FBI, el 11 de octubre.

La *Patriot Act* ha conducido, entre otras, a la adopción, en varios Estados, de documentos denominados «*Fellow Patriot Act*»[31], que han introducido a nivel estatal previsiones similares en materia de registros, embargos, poderes especiales y excepcionales del gobernador, etcétera.

Inmediatamente después de la *Patriot Act* el Gobierno asumió poderes legislativos y, diseminadas a lo largo de la *Patriot Act*, se incluyeron numerosas obligaciones de información –evidentemente imprecisas– para con el Congreso[32]. Aparentemente esta irregular situación debía quedar paliada por la eficacia temporal que se atribuía a la *Patriot Act*, puesto que transcurrido un tiempo, debería dejar de ser aplicable. Sin embargo, lo cierto es que esa temporalidad sólo podía predicarse de algunas partes del documento. Además, en esta línea, se mantuvo que las disposiciones especiales únicamente podrían dirigirse a combatir el terrorismo, pero, en realidad, el documento ofrece una vasta gama de posibilidades que permiten un uso intensivo de los nuevos poderes en un ámbito penal más amplio, posibilidad que ha sido empleada de modo frecuente[33].

Desde la perspectiva de la innovación legislativa, la *Patriot Act*, en el marco de la legislación especial y antiterrorista, supone una novedad absoluta en la historia de Estados Unidos[34].

III. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA *PATRIOT ACT*[35]

1. Legislación especial en Estados Unidos

La libertad y el ejercicio de los derechos civiles han sido tratados en Estados Unidos como cuestiones de primer orden. Esto se ha traducido, desde la perspectiva histórica, en el *Bill of Rights*, que a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se aplica en todos los sectores de la vida publica y privada[36]. Cabe destacar que, en períodos de crisis e inestabilidad política, en varias ocasiones en la historia de Estados Unidos, el *Rechtsstaat* –es decir, el Estado sometido a la primacía de la Ley y fundado sobre los principios constitucionales– se ha dejado de lado, y en tales períodos el Presidente ha recurrido de forma casi inmediata a la legislación especial[37]. Se aportarán algunos ejemplos significativos que demuestran cómo, en Europa, la imagen prevalente de los derechos civiles americanos se ha visto marcada por la jurisprudencia del TS de los años 1953-1969 (*Warren Court*)[38].

1) A finales del s. XVIII, bajo la amenaza de la guerra contra Francia, el Presidente Adams consideró

31. En sentido contrario, cabe señalar que, todavía, en algunos Estados existe un contra movimiento que demanda la inaplicación de algunas disposiciones de la *Federal Patriot Act*.
32. Hasta finales de enero de 2002, el documento permitía que el Gobierno no informara al Congreso en material de *intelligence* y en aquellas otras materias conectadas a ésta de forma indirecta.
33. Algunas disposiciones del Título II dejarán de estar en vigor a finales de 2005; el Título II perdería eficacia de forma íntegra el 1 de octubre de 2005, siempre que el Congreso apruebe una declaración común.
34. E. LICHTBAU, *US terror Law to Pursue Crimes from Drugs to Swindling, The New York Times*, 27 de septiembre 2003.
35. D. COLE y J. X. DEMPSEY, «*Terrorism and the Constitution. Sacrificing civil liberties in the name of national security*», *The New York Press*, New York, 2002; D. GOLDBERG, V. GOLDBERG y R. GREENWALD, *It's a free country. Personal freedom in America after september 11*, RDV Books, New York, 2002; C. L. BLAKESLEY, *Terrorism, Drugs, International Law the Protection of Human Liberty*, Transnational Publishers, New York, 1992; S. SCHULHOFER, *The Enemy within Intelligence gathering, law enforcement and civil liberties in the wake of September 11*, The Century Foundation Press, New York, 2002 y D. COLE, *The new McCarthysm: Repeating history in the war on terrorism*, 38 Harv., C.R.-C.L.L. Rev. I.
36. Cfr. J. C. KLOTTER y J. R. KANOVITZ, *Constitutional Law*, Anderson Publishing, Cincinnati, 2002.
37. I. GLASER, *More safe, less free: a short history of wartime civil liberties*, en D.GOLDBERG Ed. Al., *It's a free Contry. Personal Freedom in America after sept. 11*, RDV Books, NY, 2002, 11-24.
38. Vid. B. SCHWARTZ (Ed.), *The Warren Court: A Retrospective*. New York, Oxford University Press., 1996.

a los numerosos ciudadanos de nacionalidad francesa, un peligro para el orden público, al amparo de esta situación el Congreso aprobó la *Alien and Seditions Acts* (1798)[39]. Como consecuencia, se amplió el periodo de residencia exigible para obtener la ciudadanía americana y se creó una base legal para expulsar a los extranjeros que representaban un peligro para el orden público. Junto a estas medidas también se calificó de delito federal la publicación de noticias falsas o engañosas sobre el Gobierno, el Congreso o el Presidente, cuya finalidad fuera la de ultrajar a tales instituciones o dañar su reputación. En esa época la *Bill of Rights* todavía no tenía siete años[40].

2) Durante la Guerra Civil[41], el Presidente Lincon hizo un uso extensivo de sus poderes presidenciales, relegando a un rol absolutamente marginal al Congreso y suspendiendo la aplicación del *habeas corpus*. Ello provocó que 13.000 personas fueran arrestadas y detenidas sin un ulterior proceso. A la vista de esos hechos, el TS obligó al Presidente a respetar el *habeas corpus*[42]. Sin embargo el pronunciamiento del TS fue inmediatamente relativizado por el Congreso que aprobó, con eficacia retroactiva, el decreto presidencial.

3) En 1917, Estados Unidos declaró la guerra a Alemania. Como resultado de la aprobación de la *Espionage Act* (1917) y de la *Seditons Act* (1918), cualquier postura crítica frente al Gobierno o al Congreso era considerada delito y servía para perseguir la disidencia. En esa época se limitó la libertad de expresión.

4) El ataque japonés a Pearl Harbour, en 1941, introdujo a Estados Unidos en la segunda guerra mundial. El presidente Roosevelt solicitó autorización militar para impedir el acceso a algunas zonas[43], y la no-cooperación en la recolocación pasó a ser un delito. Un año después, 120.000 ciudadanos japoneses-americanos (muchos de ellos nacidos en Estados Unidos) fueron encerrados en los campos. Frente a estos hechos, el TS consideró compatible con la Constitución el decreto presidencial en el que se contenían esas medidas[44]. Si bien, por el contrario, en 1942, la Corte Suprema decidió que los ciudadanos no podían ser condenados por los tribunales militares, ni en períodos de inminente peligro[45].

5) Durante la Guerra fría, el Congreso apoyó la iniciativa del Senador McCarthy de disolver las organizaciones políticamente inconvenientes. Las persecuciones anti-comunistas y anti-socialistas se basaron fundamentalmente en la *Smith Act* (1940)[46], que calificaba como delito el hecho de inducir a la violencia contra el Gobierno, y fueron respaldadas por el TS[47]. La *McCarran-Walter Act* (la *Migration and Nationality Act* de 1952) permitía la expulsión de cualquier persona acusada de asociación ilícita[48] que tuviera algún tipo de vinculación con grupos comunistas o anarquistas, sin que fuera necesario probar que la organización perseguía fines ilícitos o que los implicados estuvieran envueltos en operaciones concretas[49]. El veto del presidente Truman a la propuesta legislativa fue superado por el Congreso, aunque la Corte Suprema, en 1961, consideró la acusación de asociación ilícita contraria a la Constitución[50].

El uso de los poderes presidenciales para introducir leyes especiales no es excepcional en Estados Unidos. De otra parte, es oportuno destacar que, en muchos casos, el Congreso ha delegado poderes o los ha legitimado retroactivamente. Por todo ello, la exigencia de respeto al Estado constitucional democrático es todavía un debate abierto en los Estados Unidos a la vista de la amplitud de los poderes del Congreso y del Presidente[51].

---

39. Cfr. 50 USC sec. 21-24(2000), en la actual legislación se admite que el Presidente puede ordenar la deportación de un ciudadano de un país con el que Estados Unidos está en guerra.
40. Las primeras diez enmiendas de la Constitución fueron ratificadas gracias a los votos favorables del undécimo Estado, Virginia, el 15 de diciembre 1791.
41. M. Mathews, *Restoring the imperial Presidency: an examination of President Bush's new emergency powers*, 23 Hamline J.Pub. L.and Pol 455.
42. *Caso Prize*, 67 US 635 (1863).
43. Orden ejecutiva núm. 9066, y Reg Fed. (1942).
44. *Korematsu contra United States*, 323 US 214 (1944). Catorce años después, este caso fue reabierto y los Estados Unidos resarcieron el daño.
45. *Ducan contra Kahanamoku*, 327 US 304 (1951).
46. J. A. Cohan, *Seditious Conspiracy, the Smith Act, and Prosecution for Religious Speech Advocating the Violent Overthrow of Government*, 17 St. John's J. Legal Coment 199, invierno/primavera 2003.
47. *Dennis contra United States*, 341 US 494 (1951).
48. K. A Gary, *Congressional Proposals to Revive Guilt by Association: An Ineffective Plan to Stop Terrorism*, 8Geo. Immigr. L.J: 227, primavera 1994.
49. Para una amplia panorámica sobre la legislación anti-comunista, cf. M. Rohr, *Communist and the First Amendement: The Shaping of Freedom of Advocacy in the Cold War Era*, 28 San Diego L.Rev. 1, febrero/marzo 1991.
50. *Scale contra United States*, 367 US 203 (1961).
51. D. Cole, *The New McCarthysm: Repeating History in de War on Terrorism*, 38 Harv. C.R.-C.I.L. Rev. I, 2003.

2. Legislación anti-terrorista en Estados Unidos

Con la *Patriot Act* los Estados Unidos no han dado su primer paso en materia de legislación anti-terrorista, sino que, por el contrario, ya en el año 1986, el Presidente Reagan firmó la *Federal Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act*[52]. El objetivo de esta ley era proteger las misiones diplomáticas y la infraestructura esencial, como las bases militares y las naves americanas. La Ley expandía de forma notable la jurisdicción penal[53], al considerar punibles ciertos actos de terrorismo internacional cometidos contra ciudadanos americanos por no-americanos, con absoluta independencia del lugar en que éstos se hubieran cometido. El documento incorporaba una definición de terrorismo internacional basada en la *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA)[54] y limitada a aquellos delitos cometidos con violencia sobre las personas, incluida la tentativa y los actos preparatorios. El ámbito de aplicación de la ley quedaba sustancialmente condicionado a la interpretación del concepto de terrorismo internacional que llevara a cabo el ejecutivo.

Como consecuencia del cambio de rumbo de la nave de crucero Achille Lauro, del homicidio de un pasajero americano y de otras actividades de la OLP, se adoptó, en 1987[55], la *Anti-Terrorism Act*, que consideraba al OLP una «organización terrorista»[56].

En 1993, los Estados Unidos afrontaron el primer ataque serio a su territorio nacional; una bomba en el *World Trade Center* de New York. Sin embargo, y pese al escaso número de víctimas (6) y al rápido procesamiento de los sospechosos, los políticos y la opinión pública consideraron ya entonces el terrorismo interno como una amenaza de extrema gravedad. En 1995, la administración Clinton elaboró un proyecto de ley federal anti-terrorista, la *Omnibus Counterterrorism Act*[57], que permite una aplicación más rigurosa de la ley penal para los actos terroristas realizados desde los Estados Unidos. Después del atentado a un edificio federal en Oklahoma City, en el que murieron 168 personas, las previsiones legales se agravaron[58]. En particular, se ampliaron de forma considerable los poderes del FBI de interceptación y de acceso a los datos de los *service providers* (agencias de viaje, sociedades de crédito, etc.). Clinton obtuvo el pleno apoyo del Senado, en junio cuando se aprobó, casi por unanimidad, la *Comprehensive Terrorism Prevention Act* (1995)[59]. En la Cámara de los Representantes, la oposición republicana se reveló contra las restricciones de los derechos civiles consagrados en la Constitución y contra la creciente atribución de poderes a los órganos ejecutivos federales, y la comisión judicial de la Cámara de los Representantes presentó su propio proyecto de ley. En marzo de 1996, esta ley, denominada, *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (AEDPA) fue aprobada por la Cámara con 229 votos a favor y 191 en contra. En abril del mismo año, Clinton la convirtió en ley. El núcleo originario de la propuesta de Clinton permaneció inmutable, a excepción de algunos nuevos poderes que se atribuían al FBI. En concreto, cabe destacar lo siguiente: el Gobierno (*State Department*), no el Congreso, de ahora en adelante será el responsable de calificar de terrorista a una organización[60]. Para considerarla como tal no era necesario que la organización cometiera o hubiera cometido un delito, sino que era suficiente con que se encontrara involucrada en alguna actividad peligrosa para la seguridad de ciudadanos americanos o de los Estados Unidos. La *Immigration and Nationality Act* define el terrorismo como el uso de la violencia. La seguridad de los Estados Unidos se considera puesta en peligro siempre que se ponga en juego la defensa nacional, el comercio exterior o los intereses

52. *Omnibus Diplomatic Security and Anti-terrorism Act* de 1986, Pub. L. N. 99-399, 100 Stat. 855. Cfr. G. C. CLARK, *History repeating itself: the (d)evolution of recent British and American antiterrorist legislation*, 27 Fordham Urb. L.J. 247; R. SMITH, *America Tries to come to terms with terrorism. The US anti-terrorism and effective death penalty act of 1996 v. British anti-terrorism law and international response*, 5 Cardowo, J.Int'l and Comp. 249.
53. Vid. B. S. CHABNER, *The Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act of 1986: prescribing and enforcing United States law again terrorist violence overseas*, 37 UCLA L. Rev. 985.
54. 50 USC Sec. 1801: el terrorismo internacional es una violación del Derecho Penal de Estados Unidos o de algún Estado, que se dirige de forma evidente a intimidar o coaccionar a la población civil y a influir sobre la política del gobierno o a condicionar su actividad.
55. *Anti-Terrorism Amendment Act* de 1987, 22 USC. Sec. 5201-5203 (1987).
56. De momento el intento de excluir a la OLP de las Naciones Unidas ha fracasado. Estados Unidos perdió esta batalla.
57. *Ómnibus Counterterrorism Act* de 1995, HR, 896, S. 390, 104th Cong. (1996).
58. *Anti-Terrorism Amendment Acts* de 1995. Vid. *Message to Congres Anti-Terrorism Amedments Act* de 1995, USC C.A.N., 104th Congress at D35 /3 de mayo de 1995).
59. *Comprehensive Terrorism Prevention Act* de 1995, S. 735, 104th Cong. (1995).
60. Un documento con esta eficacia no fue convertido en ley por la administración Reagan por objeciones de orden constitucional. La OLP fue declarada organización terrorista a través de una ley del Congreso, la *Anti-Terrorism Act*, de 1987.

económicos. Las decisiones adoptadas por el Gobierno en este terreno pueden ser sometidas solamente a los tribunales en escasas ocasiones, dado que el Gobierno puede utilizar informaciones secretas y los medios de los que disponen los tribunales para valorar tales informaciones son muy limitados. De este modo, organizaciones como ANC podría recibir tal calificación.

La calificación de organización terrorista y la inclusión de la misma en una lista, así como la definición del delito de terrorismo dependía, en gran medida, de la valoración política realizada por el Gobierno. Por otra parte, el documento introduce nuevamente el delito de asociación ilícita, vetando cualquier tipo de auxilio material –incluida la captación de fondos– a las organizaciones que se encuentren involucradas en esta clase de actividades, incluyéndose incluso las ayudas materiales destinadas, por ejemplo, a fines humanitarios.

Las instituciones financieras debían bloquear los bienes pertenecientes a las organizaciones de todo el mundo que habían sido calificadas de terroristas y los miembros de tales organizaciones tenían prohibida la entrada en Estados Unidos, y en el caso de desobedecer tal prohibición, debían ser expulsados. Para acordar expulsiones secretas, el Título IV de la ley prevé la posibilidad de que el tribunal especial adoptara su decisión sobre la base de información reservada, sin respetar el derecho de defensa; siendo además estos juicios de expulsión asimismo considerados secretos.

El Gobierno ha utilizado la AEDPA de forma selectiva[61]. Sólo después de 18 meses ha confeccionado un catálogo de organizaciones terroristas, y el Secretario de Estado Albright ha incluido en la lista 30 organizaciones consideradas especialmente terroristas (SDTs)[62]. Los procesos por auxilio material son raros mientras que, por el contrario, son frecuentes los procesos de expulsión de extranjeros en los que se utilizan pruebas secretas.

En 1996, fue aprobado por la administración Clinton otro documento, *Aviation Security and Anti-Terrorism Act*[63], que, sin embargo, fue restringido por la Cámara de los Representantes al limitar los poderes de investigación.

Se observa sin embargo que la legislación especial no sólo se encuentra en específicas leyes anti-terroristas. De hecho, en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada ha resultado particularmente sencillo identificar los flujos de dinero de organizaciones internacionales y confiscarlos. También la legislación relativa a los servicios secretos ha conferido poderes ejecutivos más amplios a los organismos de control, por ejemplo, la *Fiscal Intelligence Authorization Act*[64], de 1999, autorizaba al FBI a llevar a cabo *roving wiretaps* que consisten en interceptar todas las comunicaciones de una persona, aunque ésta cambie su medio de comunicación. El FBI está también autorizado para emplear el *pen register*, e interceptar y rastrear los medios de comunicación en las operaciones anti-terroristas; ello consiste en acceder a un número elevado de información a través de los *service providers*, que no incluyen el contenido de las comunicaciones*(non-content)*, pero sí comprende, por ejemplo, el número de llamadas realizadas a un determinado teléfono en un plazo de tiempo concreto.

La legislación anti-terrorista de la primera administración Bush no nace de la nada, sino que, por el contrario, ya existían sólidas bases instauradas por la administración Reagan y Clinton. La legislación antiterrorista de la primera administración Bush se ha articulado sobre tres ejes: la formal *Patriot Act* del Congreso, los decretos presidenciales y, por último, las directrices internas, en las que ha participado de modo especial el Attorney General Ascroft.

IV. ANÁLISIS DE LA *PATRIOT ACT*[65]

La *Patriot Act* consta aproximadamente de 350 páginas y diez Títulos que modifican unas 15 leyes

61. Cfr. D.Cole y J. X. Dempsey, *op. cit.*, Cap. 10.
62. Algunos ejemplos: *Abu Nidal Organization, Euzkadi Ta Askatasuna* (ETA), HAMAS, *Hizballah, Gama'a al-Islamiyya, al-Jihad, Khmer Rouge, Kurdistan Workers'Party, Tamil Ealam, Revolutionary Movement*. El IRA no se encuentra en la lista.
63. *Aviation Security and Anti-Terrorism Act* de 1996, H.R. 3953, 104th Cong. (1996).
64. Sec. 604 del Pub. L. 105-272, 112 Stat. 2396, 2413, que modifica la 18 USC Sec. 2518 (11)(b).
65. Se incluyeron algunos aspectos importantes del Derecho penal de la *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act*, de diciembre de 2004 (IRTPA). La reforma de la *Intelligence Community* no ha sido incluida en el análisis acometido en este trabajo.

federales ya existentes, entre ellas, el *Wiretap Statute, el Computer Fraud and Abuse Act, el Foreign Intelligence Surveillance Act, el Pen Register and Trap and Trace Statute, the Immigration and Nationality Act, el Money Laundering Act y el Bank Secrecy Act.* La complejidad del documento es, sin duda, lo que ha impedido que hasta el momento se haya publicado, en Estados Unidos, un trabajo que examine de forma detallada la *Patriot Act* y que la analice de forma completa. Aunque lo que ha resultado modificado es notable, la clave de la reforma se encuentra frecuentemente en los pequeños detalles.

En abril de 2003 el Comité jurisdiccional de la Cámara de los Representantes[66] planteó al *Justice Department* un largo elenco de cuestiones relativas a problemas probatorios y la respuesta que obtuvieron ofrece, en muchos casos, una información valiosa sobre la aplicación de la Ley[67]. Todo ello será ampliamente analizado en los siguientes apartados.

1. Seguridad nacional

Se concedieron líneas de financiación secreta al *Justice Department* y al FBI para la lucha contra el terrorismo (Sec. 101 y 103)[68]; de ese modo se pudieron pagar recompensas a los informadores y exinformadores, y se sufragaron los costes de detenciones llevadas a cabo en el exterior de personas sospechosas de terrorismo. Además se ha creado, en el seno del *Secret Service* una unidad especial operativa dirigida a la prevención y descubrimiento del ciberterrorismo y, ante todo, de los ataques al sistema financiero o las infraestructuras digitales esenciales. Se han ampliado las facultades, tanto del Attorney General como del Secretary of state, para ofrecer el pago de recompensas en el ámbito de la lucha contra el terrorismo (Sec. 501-502).

Al banco de datos de ADN se han incorporado datos relativos a sujetos sospechosos de terrorismo o de haber cometido delitos violentos (Sec. 503). Ahora se puede requerir a los institutos de enseñanza para que autoricen el registro de sus aulas, comuniquen los nombres de sus estudiantes, o incluso los nombres de los libros de texto que emplean, etc. (Sec. 507-508), también las empresas están obligadas a autorizar un acceso amplio a sus registros contables (Sec. 505) y se ha previsto la creación de un fondo especial para ayudar a las víctimas del terrorismo (Sec. 621-624) así como se prevé la creación de un fondo especial para la instauración de un sistema seguro de distribución de la información entre todos los órganos de gobierno de control que aplican leyes federales o estatales (Sec. 701). En definitiva, en la *Patriot Act* –y en particular el Título IX– se han incluido específicas disposiciones relativas al intercambio de información entre los servicios operativos, como el FBI, y los de *intelligence* (CIA, etc.)[69].

2. Interceptación de comunicaciones, de flujos electrónicos y digitales y registros[70]

2.1. Cuadro histórico y puntos de partida

Las disposiciones relativas a la interceptación y secuestro de comunicaciones informáticas y electrónicas consisten, por regla general, en la modificación de normas ya existentes (Derecho procesal penal federal, FISA y derecho penal sustantivo federal), y serán analizadas, por tanto, en el marco de un contexto más amplio[71].

Hasta los años sesenta el control judicial del uso de los poderes de investigación ha sido uno de los temas recurrentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en particular en lo relativo a la cuarta enmienda (cláusula de autorización judicial). La cuarta enmienda establece expresamente que tal autorización puede ser obtenida sólo cuando se disponga de elementos probatorios suficientes como para mantener la acusación.

66. Vid. La carta del Representante del Attorney General F. James Sessenbrenner, Jr. Y John Conyers del Comité judicial de la Cámara de los Representantes del Attorney General Ashcroft, que incluye 50 complejas cuestiones concernientes, sobre todo, al seguimiento electrónico, las leyes de inmigración y el terrorismo.
67. Para las preguntas y las respuestas vid., www.house.gov/judiciary/patriot040103.htm.
68. Título I, Sec. 101 y 103.
69. Cfr. J.A.E. VERVAELE, *Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities: emergency criminal law?, Utrecht Law Review*, núm. 1, septiembre 2005.
70. Vid. http://www.eff.org/Privacy/Surveillnce/CALEA/, para ver la legislación y los delitos citados.
71. Para una panorámica exhaustiva vid., O. S. KERR, *Internet Surveillance law alter the USA Patriot Act: The Big Brother That Isn't*, 97 Nw. U.L.Rev. 607.

En el caso *Katz* contra *Estados Unidos*[72], el Tribunal Supremo estableció que la autorización judicial era, como regla general, necesaria para llevar a cabo la interceptación, salvo en los supuestos que puedan afectar a la defensa nacional.

En el caso *Berger* contra *New York*[73], el Tribunal Supremo dispuso que la autorización para llevar a cabo una interceptación telefónica debería ser suficientemente concreta, cuanto menos, en lo relativo al objeto y la duración.

En 1968, el legislador reguló esta materia en el Título III de la *Omnibus Crime Control and Safe Secret Act*. La citada ley estableció las condiciones para obtener la autorización. Se exigía, en todo caso, que los órganos policiales fueran capaces de demostrar la existencia de elementos probatorios suficientes, en un *affitdavit*[74], para mantener la acusación[75]. La regla general se situó, por tanto, en la necesidad de autorización, sin embargo existían numerosas excepciones[76]. Pero aun en los supuestos de interceptación sin autorización se exigía que ésta –la interceptación– se hubiera llevado a cabo de forma razonable, tan sólo era admisible la excepción cuando el agente que llevaba a cabo la investigación dispusiera de elementos probatorios suficientes, capaces de justificar la interceptación[77]. La ley establecía expresamente, sin embargo, que la materia en ella contenida no limita los poderes Presidenciales para adoptar alguna medida necesaria, a su juicio, para proteger la nación de ataques reales o potenciales o de otros actos hostiles provenientes de fuerzas extranjeras, para obtener de la *intelligence* extranjera información considerada esencial para la seguridad de Estados Unidos o para proteger la información concerniente a la seguridad nacional de la actividad desempeñada por los servicios extranjeros de *intelligence*[78]. En suma, una interceptación sin autorización es siempre posible cuando se trata de investigaciones nacionales o internacionales cuya finalidad es la de salvaguardar la seguridad nacional.

En 1972, en el caso *Keith*[79], la Corte Suprema interpretó que, la Constitución, consideraba obligatoria la autorización cuando «la investigación se llevaba a cabo sobre nacionales y no existían conexiones relevantes con una potencia extranjera». El legislador asumió la recomendación y, en 1978, se introdujo la nueva vigilancia FISA[80], que permite interceptar las comunicaciones, sin autorización, de «potencias extranjeras y de sus agentes». Según dispone la citada norma, para interceptar las comunicaciones de ciudadanos americanos o residentes en Estados Unidos debía obtenerse una autorización de un tribunal secreto FISA. En este sentido, cabe destacar que, en el período entre la entrada en vigor de FISA (1978) y el 1 de septiembre de 2001, esta posibilidad fue utilizada 47 veces; mientras que en el corto periodo de tiempo que comprende de septiembre de 2001 a finales de 2002 ha sido utilizada 113 en ocasiones[81].

Por otra parte, en relación al debate que suscita la posibilidad de obtener información electrónica o digital en el curso de una investigación, deben realizarse algunas consideraciones. En primer lugar resulta esencial distinguir entre contenido informativo y los datos de tráfico identificativos de la información, lo que podría equivaler a la diferencia entre carta y sobre. Otra de las cuestiones polémicas se sitúa en la decisión sobre si el seguimiento –vigilancia– debe llevarse a cabo en tiempo real o puede referirse a hechos futuros (interceptación telefónica) o pasados (acceso a información guardada, por ejemplo, en un e-mail o en un registro de voz). Por último, debe asimismo distinguirse entre vigilancia directa del *service provider*

72. *Katz contra United States*, 389 US 347 (1967).
73. *Berger contra New York, 388 US 41 (1967).*
74. El *affidavit* se puede basar en elementos obtenidos de un informador cuya identidad permanece secreta, siempre que el agente haya sido interrogado y oído en juicio.
75. Las agencias ejecutivas de control deben tener fundados motivos para retener la información relevante con fines investigativos. En la determinación de los elementos probatorios suficientes la Corte Suprema emplea un procedimiento bifásico. A saber, primero se examina la situación de hecho que ha dado origen a la aplicación de la medida, sucesivamente se valora si el hecho puede convencer a «un agente imparcial» que se ha cometido un delito y que su investigación requerirá elementos que demuestren con toda probabilidad que el delito ha sido cometido y que en el lugar señalado se encuentra la prueba (*Searching and Seizing Computers and obtaining electronic Evidence in criminal investigations, Search and Seizure Manual, Department of Justice, junio 2002).*
76. Vid. T. P. METZLER y otros, *Warrantless searches and seizures*, 89 Geo L.J. 1084, 2001 y S. M. BECK, *Overview of the Fourth Amendment*, 89 Geo. L.J. 1055, 2001.
77. *Draper contra United States (1959).*
78. 18 USC Sec. 2511 (3).
79. *United State contra US District Court (Keith)*, 407 US 297 (1972).
80. La *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) define la *intelligence* extranjera como «la información relativa a capacidad, propósito o actividad de los gobiernos extranjeros o sus componentes, organizaciones extranjeras, sujetos extranjeros, o actividad de terrorismo internacional» [50 USC Sec. 401(a)]
81. *Justice Department Lists Use of New Power to Fight Terror*, The New York Times, 21 de mayo de 2003.

o del operador del sistema informático o seguimiento directo por parte de los órganos policiales (a través de la búsqueda de datos, interceptaciones, etc.).

El título I de la *Patriot Act* modifica algunas cuestiones relativas a los poderes de investigación tanto en el sistema procesal penal federal ordinario (Título III del *Crime Control Act)* como en el derecho penal sustantivo y procesal en materia de seguridad FISA. En ambos sistemas se distingue entre órdenes de interceptación, órdenes *pen/trap* y ordenes de exhibición y autorización de la investigación. En relación a esta cuestión debe señalarse que, la *Patriot Act*, en el Título II, amplía notablemente la posibilidad de investigación digital, sin exigir en todos los supuestos la autorización judicial. Sólo recientemente, los políticos de Washington se han revelado contrarios a la extensión de los poderes de investigación otorgados por esta norma, por cuanto esta posibilidad no queda limitada a los supuestos de terrorismo[82].

Para concluir, señalar que la IRTPA (2004) ha ampliado posteriormente el ámbito de aplicación de la FISA, al incluir en la definición de terrorismo todos los actos preparatorios[83].

2.2. *Órdenes de interceptación e interceptaciones telefónicas*[84]

En el sistema procesal ordinario es necesaria una autorización para escuchar conversaciones ajenas, para colocar microespías (interceptación con aparatos electrónicos) y para realizar interceptaciones telefónicas (es decir para acceder en tiempo real al contenido de la conversación), y de hecho esa autorización es concedida en el 99% de lo casos[85]. El juez puede otorgar la autorización únicamente respecto a una lista detallada de delitos, debe asimismo, comprobar que existen indicios suficientes de que la persona sospechosa ha cometido el ilícito y, por último, debe también exigir que el método de investigación a autorizar es el adecuado para obtener la prueba. En un plazo de 30 días los órganos que llevan a cabo la investigación deben ponerla a disposición del juez, el cual podrá conceder una prórroga de 30 días más. Es posible llevar a cabo interceptaciones en vivo o telefónicas sin autorización cuando el agente que lleva a cabo la investigación está específicamente autorizado y considera que se encuentra en una de las siguientes situaciones de emergencia: a) peligro inmediato de muerte o lesiones físicas, b) actividad de conspiración que supone una amenaza para la seguridad nacional, c) actividad de conspiración propia de la criminalidad organizada y si d) la interceptación sea autorizable porque se cumplen los requisitos legales para ello. En tales hipótesis el juez deberá autorizar la interceptación de emergencia a posteriori, en las 48 horas siguientes a su realización. La *Patriot Act* añade a la detallada lista de delitos que requieren una autorización el terrorismo, el fraude informático y el abuso informático (Sec. 201). Delitos como el homicidio, la detención ilegal o el secuestro de personas formaban ya parte de la lista, pero, a la vista de la amplia definición de terrorismo[86] contenida en la *Patriot Act*, el ámbito aplicativo de los citados delitos ha quedado indirectamente ampliado.

El *roving wiretaps*[87] se ha convertido en la regla general. No es necesario especificar ni la ubicación ni los instrumentos de transmisión que se interceptaran (Sec. 206), es suficiente con indicar el sujeto objeto de la investigación para todos los medios de comunicación que éste pueda emplear caigan bajo la medida. El *roving wiretaps* puede utilizarse siempre que se pruebe que la persona a quien se quiere investigar ha «intentado eludir la interceptación cambiando de instrumento de transmisión». En la práctica, hasta la fecha, el *roving wiretaps* ha sido frecuentemente autorizado sin llevar a cabo particulares comprobaciones.

Para los datos registrados, como mensajes de voz o e-mails, la *Patriot Act* no exige órdenes de interceptación (vid. infra. Apartado 4.3.4); ni siquiera se requiere la autorización para la interceptación de comunicaciones de sujetos sospechosos de cometer abusos informáticos (Sec. 217).

La sec. 202 permite interceptar las comunicaciones *on-line* cuando se trate de violaciones de la *Computer fraud and abuse Act*, por ejemplo, en la lucha contra los *hackers* que sabotean teleconferencias.

Según el Derecho procesal penal de la FISA[88], el Attorney General puede limitarse a declarar que la razón que motivó la orden de interceptación se encuentra en que el objetivo es una potencia extranjera o

82. Conf. E. LICHTBLAU,*Us uses terror law to pursue crimes from drugs to swindling*, The New York Times, 27 de septiembre de 2003.
83. Sección. 6001.
84. Título I, orden (Título III, de la *Ómnibus Crime Control and Safe Street Acts* de 1968), 18 USC Sec. 2510-2522.
85. Vid. http://www.uscourts.gov/wiretap01/table701.pdf.
86. Vid. *Infra*, apartado 4.4.
87. 18 USC Sec. 2518 (11)(a) y (b).
88. 50 USC Sec. 1801-1811.

un agente de una potencia extranjera. La orden de interceptación debe especificar quién es el destinatario y los lugares donde se va ha llevar a cabo la vigilancia. Tales órdenes son emitidas por los jueces FISA, que deciden a partir de pruebas secretas con un margen limitado de discrecionalidad: La decisión es secreta y tiene una validez de 90 días –aunque puede llegar a tener una vigencia de un año–, no es, en ningún caso, necesario informar de la interceptación a los jueces FISA. La *Patriot Act* ha extendido, de forma notable, el ámbito de aplicación de esta medida, puesto que todos los medios de comunicación que emplee el sospechoso pueden ser interceptados y el que lleva a cabo la interceptación no debe quedar identificado en la solicitud ni en la orden de interceptación. De este modo, en aplicación de la FISA, el *roving wiretaps* puede ser autorizado por un período de 120 días (Sec. 206-207). Además, es suficiente para obtener su aplicación con que el Fiscal General declare que se trata de un «un objetivo significativo», en lugar de «el objetivo». Esta circunstancia permite suavizar los requisitos de la FISA y relajar las exigencias legales en esta materia.

2.3. Orden pen/trap[89]

Desde 1986, el *Pen Register and Trap and Trace Statute* regula el acceso y recogida de datos *non-content* en el sistema procesal ordinario. Mediante una orden *pen/trap*, por ejemplo, se pueden identificar los números de teléfono de todas las llamadas efectuadas desde un número de teléfono concreto o las llamadas destinadas a él. Para obtener una de estas órdenes es suficiente con declarar al juez que la información es importante para llevar a cabo una investigación en curso. La autorización puede cubrir incluso a otras personas distintas del sospechoso, terceros y, en tal caso, no se requiere que tal circunstancia sea comunicada al juez. Por el contrario, en cuanto a la posibilidad de acordar órdenes *pen/trap on-line*, la jurisprudencia es contradictoria.

La *Patriot Act* reconoce expresamente la posibilidad de aplicar estas órdenes a las redes electrónicas. De ese modo será posible, por ejemplo, acceder a direcciones e-mail, direcciones IP y direcciones IP remotas[90]. Las órdenes *pen/trap* son *non-content*, pero todavía se discute el ámbito de aplicación de esta información *non-content* en el ámbito de la delincuencia informática. Toda la información relativa a los datos de conexión, direcciones, ubicación, destino y origen de los *e-mails* entra en el ámbito de la orden, así como las búsquedas en la red. El objeto del mensaje *e-mails* sigue siendo información *content*. En realidad parece claro que la información que se puede obtener a través de las órdenes *pen/trap* se limitan a los datos (el nombre, la dirección...) pero pueden referirse también a elementos como la duración, la fecha, la posición o tipo de servicio prestado por el servidor, el número de cuenta y la forma de pago de los mismos y puede, en fin, incluir incluso información personal relativa a datos sensibles.

En la *Patriot Act* las órdenes *pen/trap no se limitan a los delitos de terrorismo.*

La *Patriot Act* (Sec. 220) no respeta la regla esencial según la cual el juez únicamente puede emanar órdenes en el ámbito de su jurisdicción. Como es sabido, las comunicaciones pasan frecuentemente, a través de *providers* concurrentes de redes fijas o móviles, con sede registrada en diversos Estados americanos. En la actualidad no necesitan nada más que la orden *pen/trap* identifique a los *providers*, para que la orden tenga efecto en toda la Nación. El FBI puede, incluso, instalar en un *servers providers* su instrumento *pen/trap* sin que ello requiera de la supervisión judicial.

En el procedimiento penal FISA, los presupuestos para la autorización de una orden *pen/trap* son más rígidos que los dispuestos en el procedimiento penal ordinario. No es suficiente, para acordarla, con que la información revista importancia para un procedimiento en curso sino que es además necesario probar que el medio de comunicación ha sido utilizado para contactar con «un agente o una potencia extrajera». El legislador ha querido evitar que los ciudadanos americanos fueran sometidos, de modo desmesurado, a órdenes *pen/trap* secretas. Sin embargo, con la *Patriot Act* (Sec. 214), en la actualidad, es posible autorizar una orden *pen/trap* cuando el objeto de la investigación guarda relación con «información secreta extranjera» y no afecta a un ciudadano americano. En los casos en los que se refiera a un ciudadano americano, para que pueda adoptarse una orden de esa naturaleza, el objetivo de la citada orden debe ser la lucha contra el terrorismo internacional o la actividad clandestina, a condición que, la adopción de la orden no afecte a la aplicación de la primera enmienda (libertad de expresión). Aun así en estos supuestos el criterio

89. 18 USC Sec. 3121-3127.

90. El *Internet Protocol address* es la dirección que da el *provider* al que lo emplea. La dirección IP es el identificador del cliente en el *logging* in con el *provider*.

base para su adopción es el de la concurrencia de un «objetivo significativo» y no meramente la de «el objetivo» (Sec. 218).

2.4. *Orden de exhibición de datos*

Numerosas leyes especiales prevén la posibilidad de emanar órdenes de exhibición, cuyo incumplimiento conlleva la imposición de una sanción al transgresor. El *Grand Jury* dispone de poderes para acordarlo, según el derecho procesal penal federal, sin exigir para ello que existan fundados indicios de culpabilidad. La aplicación de dicha orden de exhibición a los datos electrónicos (e-mails, el menú del escritorio, las transacciones llevadas a cabo bajo la supervisión de *service providers*) ha sido objeto de controversia debido al silencio que, sobre esta cuestión, guarda la *Electronic Comunications Privacy Act* (ECPA).

La *Patriot Act* ha modificado la ECPA (Sec. 209-210) en el siguiente sentido: de ahora en adelante pueden ser utilizadas las órdenes de exhibición no sólo para obtener alguna información (detalles personales, medios de pago, etc.) relativos a los clientes de los *service providers*, sino también para obtener datos conexos (como números de tarjetas de crédito, de cuentas bancarias, direcciones IP e IP remotas). Esto además resulta igualmente aplicable a todas las comunicaciones vía Internet. No es necesario para ello que concurran elementos suficientes para sostener una acusación en juicio, con lo que descubrir la identidad de un usuario resulta extremadamente sencillo para órganos policiales gubernativos. Este instrumento (la orden de exhibición de datos) se utiliza, en la práctica, con frecuencia para obtener información relativa a la duración de la sesión, a las direcciones de redes asignadas de forma temporal sin autorización judicial (IP móviles). De ese modo pueden ser examinados los *e-mails* escritos y los mensajes de voz grabados, es decir, tanto la información electrónica como telefónica. Antes de la entrada en vigor de la *Patriot Act* era necesario, en aplicación de la *Wiretap Statute*, autorización para interceptar los *e-mails* de voz. Frente a esa situación la actual regulación presenta además otra ventaja, puesto que ahora pueden ser controlados todos los MIME (*Multipurpose Internet Mail Extensions*), que comprende todos los *e-mails*, de datos, mensaje o voz.

Además la *Patriot Act* (Sec. 211) ha puesto a la sociedad vía cable, que ahora suministra también servicios *e-mail* y de telefonía, en el mismo plano que a la sociedad de telefonía e Internet; cuando en realidad el acceso a la información de la sociedad vía cable era muy limitado. De hecho, en los procedimientos en los que corresponde a la acusación pública demostrar que existen «pruebas claras y persuasivas» de que el autor de la comunicación era «razonablemente sospechoso de estar involucrado en una actividad ilícita», se exigía, según disponía la *Cabel Act*, un nivel probatorio más elevado respecto a suficiencia de los indicios. Si bien es cierto que el usuario debía ser informado, y, pasa a ser parte en el proceso, también es cierto que, en aplicación de la Sec. 212, los *service providers* pueden ahora transmitir, por iniciativa propia, información *no-content* a los cuerpos policiales gubernativos en situaciones de emergencia con peligro para la vida. Los datos *content* ya podían ser transmitidos.

Según dispone el procedimiento penal FISA, las órdenes de exhibición requieren siempre de una autorización judicial, en la que se debe probar, sin que fuera necesario la concurrencia de indicios fundados, que el destinatario era una potencia extranjera o un agente de una potencia extranjera. De hecho, la aplicación de las órdenes de exhibición se limitaba a agencias de viaje, sociedades de transporte, etc. Pero la Sec. 215 de la *Patriot Act* ha extendido nuevamente el ámbito de aplicación de las órdenes FISA hasta comprender «todas las cosas tangibles» incluido, por ejemplo, el balance societario. Sin embargo es todavía necesaria la autorización judicial, pero para obtenerla es suficiente con demostrar que la información es importante para la investigación en curso abierta por un delito de terrorismo (*standard* de relevancia)[91] o para obtener información sobre potencias extranjeras o sus agentes. No es sin embargo necesario que el destinatario de la orden FISA se encuentre implicado en la actividad ilícita, es suficiente con que él pueda aportar información relevante. Las órdenes FISA se aplican también a los ciudadanos americanos. En ese caso, la investigación no puede referirse a información reconducible a la primera enmienda.

Por otra parte, el Congreso ha conferido al *Justice Department* la posibilidad de enviar cartas, al amparo de la tutela de la seguridad nacional, a las empresas para que le transfieran información relativa a

91. Esta modalidad de investigación es la empleada y regulada en la AG *Guidelines for FBI Foreign Intelligence Collection and Foreign Counterintelligence Investigations*, que deben ser aprobadas en aplicación de la orden ejecutiva núm. 12333 (vid. *Infra*. Apartado 5). De momento estas recomendaciones son secretas.

sus transacciones financieras, comunicaciones telefónicas, e-mails[92]; estableciéndose de forma paralela la prohibición de que éstas informen a sus clientes sobre la transferencia de información.

2.5. *Mandato de registro*[93]

En el sistema procesal ordinario, el registro, requiere una autorización, la cual a su vez, presupone la existencia de indicios probatorios suficientes. Una reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha autorizado en muchas hipótesis excepciones a este requisito, así como ha admitido que un pequeño retraso en la notificación del registro es compatible con la Cuarta Enmienda. La *Patriot Act* (Sec. 213) ha extendido la excepción al *Knock and announce* (regla de preaviso), lo que puede conducir al *sneak and peek* (mandato secreto), y convertirse ésta en la regla para los delitos de terrorismo[94]. El *sneak and peek* se refiere principalmente al registro[95], pero se aplica también al comiso[96], y es utilizado también para infiltrarse en el ordenador. La *Patriot Act* pone fin a la amalgama de normas y precedentes relativos al *sneak and peek*[97], estableciendo un criterio general según el cuel el aviso de registro puede retrasarse si «los jueces consideran que concurren elementos razonables para creer» que el aviso preventivo podría comportar un peligro para la persona interesada, para los testigos, invalidar pruebas, obstruir la investigación, generar un peligro de fuga, etc. El retraso es admitido siempre que dure un período de tiempo razonable, que en la práctica suele ser de unos 90 días prorrogables.

En julio de 2003, la Cámara de los Representantes rechazó, con una mayoría sorprendente, los poderes de *sneak and peek* previstos en la *Patriot Act*[98]. El Attorney General inició inmediatamente una campaña dirigida a obtener el apoyo para mantener ese poder, pero la Comisión encargada en el Senado de esta materia está todavía discutiendo la propuesta.

Según dispone el art. 41(a) de la norma federal de procedimiento penal, es necesario un mandato de registro para cada distrito. Sin embargo, en aplicación de la Sec. 218 de la *Patriot Act*, los mandatos de registro relativos a investigaciones sobre terrorismo nacional o extranjero emitidas en el ámbito de una individual jurisdicción tendrá validez en todo el territorio de Estados Unidos. Este poder ha sido utilizado, por primera vez, para un registro en la empresa *America Media Inc.*, en Florida, empleadora de la primera víctima de ántrax.

Según dispone el procedimiento penal FISA[99], el Fiscal General puede autorizar registros sin autorización judicial, por un período de un año si los lugares objeto del registro han sido utilizados, en exclusiva, por una potencia extranjera. Si el registro guarda relación con la actividad de un agente de una potencia extranjera, se requerirá, sin embargo, una autorización. Para emitir tal mandato –de registro– el juez deberá estar convencido de que subsisten «elementos suficientes para considerar que el objetivo americano es una potencia extranjera». Si bien en este caso la actividad de investigación no puede afectar el respeto de la Primera Enmienda. La duración de estos registros podía ser de hasta 45 días, pero la *Patriot Act* ha ampliado el plazo a 120 días (Sec. 207).

3. Medidas financieras de control

La pieza clave del Título III de la *Patriot Act* se sitúa en la lucha contra el blanqueo de capitales y

---

2. Poder fundado en USC Sec. 3414 (a)(5) (la *Right to Financial Privacy Act)*, 15 USC Sec. 1681u y *1681v (la Fair Credit Reporting Act)* y 50 USC Sec. 436(a).
3. Recomendaciones dadas por el Attorney General sobre el método de obtener la documentación en manos de terceros, 28 CFR parte 59.
4. Durante el período comprendido entre el 2001 y 2002 estos poderes han sido utilizados 248 veces, entre otras, en las investigaciones vinculadas al ántrax. Este método de investigación puede ser utilizado en todo el territorio de Estados Unidos en aplicación de una autorización singular.
5. A principios de abril de 2003, el *Justice Department* presentó 213 solicitudes de prórroga y los jueces dieron su aprobación a todas ellas. Vid. www.house.gov/judiciary.
6. A principios de abril de 2003, el *Justice Department* presentó 15 solicitudes, 14 de las cuales fueron atendidas. Vid. www.house.gov/judiciary.
7. Cfr. La nota de Gobierno relativa a «elementos fundados» y a «período razonable» en: *DoJ Field Guidance on New Authorities (Redacted)*, incluido en la legislación anti-terrorista del 2001.
8. Con un resultado final de 309 votos favorables y 118 en contra, entre los cuales se encontraban 113 votos republicanos que querían revocar estos poderes. Vid. http://www.washtimes.com/op-ed/20030803-110549-8745r.htm.
9. FISA 50 USC Sec. 1822.

la financiación de actividades terroristas. Originariamente se quiso elaborar un documento separado –*Financial Anti-Terrorism Act* –pero al final esta materia se incluyó en La *Patriot Act*[100]. Por tanto este Título puede ser citado también como la *International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act* de 2001[101]. En cierta medida puede encontrarse una evidente conexión entre el Titulo III y el derecho penal sustantivo en materia de terrorismo[102].

De la estrategia nacional anti-blanqueo[103] del 2002 se desprende que la lucha contra la financiación de la actividad terrorista integra uno de los instrumentos principales en la lucha contra el blanqueo de dinero. Las competencias de la unidad anti-blanqueo de Estados Unidos, el FinCEN[104], fueron ampliadas por la *Patriot Act* (Sec. 361). Todos los sistemas de transacciones financieras –operaciones de cambio, ATM e Internet y los sistemas informales como el *hawala* o el *hundi*, los intercambios de objetos preciosos (arte, diamantes, etc.)– han sido objeto de regulaciones posteriores.

El Ministerio del Tesoro y el FinCEN redactaron una detallada regulación del sector[105]. Sin embargo, cabe destacar que las medidas financieras de control y de lucha contra la financiación del terrorismo fueron pensadas como estrategias operativas globales.

La *Patriot Act* contiene un catálogo íntegro dirigido a ampliar la legislación anti-blanqueo en Estados Unidos y a combatir la financiación de la actividad terrorista[106]. Incluso Estados Unidos ha extendido su jurisdicción directa al ámbito de las instituciones financieras. Según dispone la ley civil, el hecho de poseer una cuenta bancaria en Estados Unidos permite atribuir la jurisdicción a Estados Unidos para juzgar una actividad de blanqueo, aunque tal actividad se haya llevado a cabo en el exterior (Sec. 317).

Se han llevado a cabo numerosos cambios en la legislación penal: las penas pecuniarias se ha incrementado hasta alcanzar el doble del valor de la transacción, con un máximo de un millón de dólares. También la atribución de competencia en materia penal se ha visto sustancialmente ampliada, de modo que es posible mantener la competencia de los tribunales americanos siempre que en la comisión del delito una o algunas de las operaciones financieras se hayan realizado total o parcialmente en Estados Unidos, o si los bienes obtenidos de forma ilícita se encuentran, en todo o en parte, en Estados Unidos, o si la estructura financiera o sus agentes son titulares de una cuenta en Estados Unidos (Sec. 317). Además, se ha establecido la prohibición general, dirigida a bancos nacionales y extranjeros, de realizar transacciones con fondos obtenidos de modo ilícito (Sec. 318). Pero todavía, la expansión de la legislación sobre el blanqueo ha ido más allá, así se ha calificado de continuado el delito de blanqueo de capital, lográndose, de ese modo, que permanezcan en manos de la jurisdicción americana siempre que se hayan cometido actos conectados a esos fondos ilícitos. Por último, se establece que el tribunal puede acordar la repatriación del imputado, de modo que si esta orden es incumplida podrá aumentarse la pena por el delito cometido y ser asimismo acusado también por un delito de desobediencia a una decisión judicial. A todo ello debe además añadirse que, el blanqueo de capitales ha pasado a incluir también al capital obtenido a través de delitos violentos, de corrupción, contrabando y todos aquellos respecto de los cuales es posible la extradición. De ese modo han pasado a considerarse ilícitas también todas las operaciones realizadas en Estados Unidos con fondos obtenidos de forma ilegal. Así, por ejemplo, se ha creado una modalidad delictiva específica consistente en el envío de dinero a Estados Unidos o de los Estados Unidos con el fin de favorecer la comisión de cualquiera de los delitos antes indicados[107]. La comisión de este ilícito puede servir como base para confiscar bienes hasta un valor de 10.000 dólares o más cuando este dinero ha sido

100. Vid. http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d107:h.r.03004. para la evolución histórica de esta ley.
101. Se trata, ciertamente de una reelaboración de iniciativas internacionales contra el terrorismo. En particular, del *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FTAF-GAFI) del G7 en relación al blanqueo de dinero y a la financiación ilegal del terrorismo que se tradugeron en recomendaciones. Sobre este particular vid. www1.oecd.org/fatf/TerFinance_en.htm.
102. Vid. *Infra*, apartado 4.4 sobre la incriminación del auxilio y financiación del terrorismo.
103. Vid. http://www.ustreas.gov/press/docs/monlaund.pdf., *National Money Laundering Strategy*, 2002.
104. El FinCEN examina cada año 12 millones de informes sobre transacciones a valorar (CTRs) y 200.000 informes sobre transacciones sospechosas (SARs). Vid. *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN).
105. Sobre este particular vid., *Global Terrorism Santions Regulations of OFAC*, 31 CFR, párr. 594. *The Terrorism Sanctions Regulations, OFAC*, 31 CFR, párr. 595, Terrorism List Governments Sanctions Regulations, *OFAC*, 31 CFR, párr. 596 y *Foreign Terrorist Organizations Santions Regulations, OFAC*, 31 CFR, párr. 597.
106. Para mayor profundización, cfr. H.R. COHEN, E.T. DAVY, *Memorandum*, 1337 PLI/Corp 67 y P.L. LION, A.M. PETERS, *The USA Patriot Act and anti-money laundering laws*, 1339 LPI/Corp 129.
107. USC Sec. 1956(a)(2)(a).

introducido ilegalmente (exportación o ingreso ilegal de sumas de dinero efectivo)[108]. Lo mismo ha ocurrido respecto al ingreso de dinero a través de sistemas ilícitos, como la actividad bancaria clandestina o *hawala* que ha sido tipificada como delito en aplicación de lo dispuesto en la Sec. 373. En estos últimos casos la acusación pública no necesita demostrar que el autor sabía que estaba infringiendo una norma del sistema de concesión de licencias. Además, a los efectos de este delito, quedan comprendidas en su ámbito de acción todas las estructuras financieras, con o sin servicio de clientes. El dinero obtenido de modo ilícito o el tráfico de bienes llevado a cabo con el fin de cometer un delito son objeto de incriminación específica sin que en esos casos tampoco se requiera demostrar que se perseguía favorecer la comisión de un delito o su receptación. También ha sido sancionada la falsificación de divisas extranjeras y de títulos de crédito.

El Attorney General y el Ministro del Tesoro/FinCEN pueden emitir órdenes de exhibición para difundir documentos u órdenes de congelación de cuentas, siendo en estos supuestos suficiente para atribuir competencia en este ámbito a los tribunales americanos la posesión de una cuenta en Estados Unidos. El hecho de que el crédito o el depósito concreto no se encuentren en Estados Unidos no es relevante a los efectos de que el banco pueda disponer. Desde septiembre de 2001, la *Office of Foreing Assets Control* (OFAC) ha tenido un total de unas 600 cuentas bancarias, de las que se ha desprendido un balance de unos 124 millones de dólares congelados en todo el mundo, en relación a unas 70 investigaciones en curso[109].

También se ha expandido de forma considerable la competencia territorial indirecta: se han impuesto a las instituciones financieras americanas numerosas obligaciones en relación a la titularidad de cuentas de extranjeros (incluidas las instituciones financieras extranjeras) y a las transacciones con el exterior. No sólo se ha impuesto el deber de conservar la documentación y de presentar informes sino también es posible requerir a las instituciones financieras o a sus agentes en Estados Unidos para que se sometan a supervisión durante un período de cuatro meses si, una jurisdicción extranjera, una institución financiera o una transacción con el exterior juegan «un papel de primera importancia en el ámbito del blanqueo» (Sec. 311). Esta supervisión puede consistir en la revisión de transacciones, en la obtención de información relativa a titulares de cuentas en Estados Unidos, en la recepción de información relativa a clientes y operaciones interbancarias referidas a cuentas suspendidas, etc. e incluso puede comportar la obligación de mantener o abrir algunas cuentas interbancarias o suspenderlas. La citada supervisión, que ha sido precisada y ampliada por el FinCEN, puede prolongarse hasta 120 días. El FinCEN se ha encargado de definir la normativa relativa a la supervisión de las cuentas bancarias en Estados Unidos de las que son titulares extranjeros (Sec. 312). Los bancos extranjeros con cuentas suspendidas en Estados Unidos están obligados a nombrar un representante en Estados Unidos que pasa a ser el destinatario legal de cualquier medida que se adopte[110]. Para el caso de falta de cooperación en la investigación judicial las cuentas bancarias deberían ser canceladas y se impone una pena coactiva de 10.000 dólares diarios en caso de no cancelación. Por lo que respecta a cuentas de extranjeros en Estados Unidos, incluidos los bancos extranjeros, es posible acordar una medida inhibitoria y nombrarse un administrador de las mismas. A través de esta clase de procedimientos y obligaciones, Estados Unidos ha evitado la siempre difícil colaboración con terceros Países, y ello le ha permitido asimismo atribuirse la jurisdicción indirecta en materia de blanqueo de capitales.

El 28 de diciembre de 2001, el Ministro del Tesoro publicó las normas de actuación[111], cuya elaboración ha estado fuertemente condicionada por la agenda de seguridad de la primera administración Bush. Las disposiciones relativas al secuestro y confiscación de bienes son extensas, en este sentido cabe destacar que los bienes conseguidos ilícitamente suelen ser depositados en Estados Unidos en una cuenta suspendida de un banco extranjero con un banco americano, y en el caso de secuestro, el banco americano puede defenderse alegando poseer de buena fe. Con la *Patriot Act*[112] pueden ser confiscada de la cuenta suspen-

108. En el caso *United States* contra *Bajakajian*, 524 US 321 (1998) la Corte Suprema consideró la confiscación del 100% de los fondos desproporcionada, contraria a la Octava Enmienda. La *Patrio Act* ha calificado la omisión de denuncia de sumas superiores a los 10.000 dólares como tipo autónomo de contrabando que autoriza a una confiscación total. Esta medida se incorpora de forma novedosa en la citada ley.

109. Vid. http://treas.gov/offices/rotffc/ofac/sdn/index.html. Vid. también, http://www.law.stetson.edu/judicialreviewCommission/finalreport.htm.

110. 31 USC Sec. 5381(k)(3).

111. *Money Laudering Requiretments-Correspondent Accounts for Foreign Shell Banks, Recordkeeping and Termination of Correspondent Accounts for Foreign Banks*, 66 Reg. Fed. 67,459 (2001), incluido en el 31 CFR párr. 104.

112. 18 USC Sec. 981(k).

dida una cantidad equivalente. El único sujeto que puede aducir, en su defensa, la posesión de buena fe es el titular, no el banco, aunque también el banco haya sido acusado de blanqueo. Este nuevo instrumento ha sido utilizado en el caso James Gibson. Gibson, abogado, fue acusado de blanqueo y fraude, huyó a Belice llevándose con él todos sus bienes. Fue imposible confiscarlos en Belice pero lo que sí se pudo hacer, en aplicación de los poderes antes señalados, fue secuestrar una suma equivalente de bienes en Estados Unidos.

En cuanto a la confiscación es posible, en la actualidad, que los bienes de una persona condenada por hechos terroristas sean íntegramente confiscados[113]. Ha sido modificada la *Civil Assets Forfeiture Reform Act* de 2000 (Sec. 323), con la finalidad de otorgar mayor eficacia a las solicitudes extranjeras de confiscación, hasta incluir todos los delitos que pueden dar lugar a la confiscación en Estados Unidos y a la congelación de bienes a la espera de una orden de los jueces federales. Este procedimiento únicamente podrá ser recurrido en el país donde se presentó la demanda, pero no en Estados Unidos.

En octubre de 2001, el *Department of Finance* creó un grupo de investigación mixto, denominado *Operation Green Quest*[114]. Bajo supervisión del *US Costums Service* se seleccionaron expertos del IRS, del *Secret Service*, del FBI, del OFAC, del FinCEN y de entre los miembros del ministerio público federal del *Justice Department*. Este operativo se ocupa exclusivamente de controlar la financiación de operaciones terroristas, y para llevarlo a cabo utilizan incluso oficiales enlace en las embajadas americanas de todo el mundo.

El IRTPA (2004) ha reforzado la posición del FinCEN, promoviendo mejoras en la tecnología para permitir, a los órganos autorizados, la aplicación de la ley y las reglamentaciones financieras en el acceso a los datos FISA[115], e imponiendo a las instituciones financieras obligaciones de facilitar al FinCEN algunas transmisiones electrónicas de fondos entre Estados[116]. Además las disposiciones sobre blanqueo de capital han sido ampliadas con el fin de incluir no sólo algunas operaciones financieras internacionales sino también cierta clase de bienes[117]. En conclusión, el nuevo texto introduce medidas de carácter administrativo, civil, penal y sancionador, severas prohibiciones que alcanzan a amplios sectores industriales y sanciones económico-civiles para empleados de instituciones financieras que de forma consciente aceptan recompensas por llevar a cabo algún servicio[118].

4. Terrorismo y derecho penal sustantivo

La *Patriot Act* modifica la legislación fundamental vigente en materia de terrorismo. La innovación principal consiste, sin duda, en el hecho de que, mediante la Sección 802, más allá de la definición del delito de terrorismo, se introduce en la legislación federal la definición de terrorismo nacional[119]. En la propia *Patriot Act*, se permite a los jueces dictar órdenes de registro válidas en todo el territorio de EE UU. La definición es extremadamente amplia y su concreción se halla estrechamente conectada a la legislación de ejecución emanada del Gobierno. Terrorismo nacional significa «actividad que: a) implica actos peligrosos para la vida humana, que violan el derecho penal de Estados Unidos o de cualquier Estado; b) tiene como finalidad b1) intimidar o coartar a la población civil; b2) influir sobre la política del Gobierno mediante intimidación o coerción; b3) incidir sobre la actividad del Gobierno a través/con medios de destrucción masiva, asesinatos, secuestros; c) es realizada principalmente dentro de la jurisidicción territorial de Estados Unidos». Al mismo tiempo, la Sección 802 amplía de modo considerable los delitos básicos que integran la noción de terrorismo.

Asimismo, han sido ampliadas las conductas típicas y las posibilidades de decomiso; la Sección 801 convierte en delictivos algunos actos contra –o que inciden– medios de transporte de masas, con posibilidad de prisión en caso de que se produzca la muerte de alguien[120]. Estos actos comprenden, por ejemplo,

113. 28 USC Sec. 2461.
114. Vid. http://cbp.gov/xp/cgov(newsroom/press_releases/archives/2002/22002/022620.xml.
115. Sec. 6181.
116. Sec. 6302.
117. Sec. 6201.
118. Sec. 6303.
119. 18 USC Sec. 2332b (g) (5) (B).
120. En el caso contra Richard Reid, el «shoe bomber», la Corte Federal consideró que estas disposiciones no se aplicasen respecto de los aviones. Al mismo tiempo, el Congreso añadió modificaciones a través de la Sec. 609 del *Protect Act*.

incendios intencionados, colocación de productos biológicos o químicos o interferencias en los transportes destinadas a poner en peligro la integridad de los pasajeros. De otra parte, la Sección 803 considera como un tipo delictivo autónomo dar asilo o esconder a terroristas; amplía la incriminación específica de auxilio al terrorismo[121] y, dada la amplia definición de terrorismo y de favorecimiento, castiga cualquier forma de auxilio, incluida el auxilio financiero. De ahí que este tipo penal haya sido aplicado frecuentemente. La ayuda material comprende cualquier tipo de asesoramiento y de asistencia y, naturalmente, cubre también actividades financieras y de soporte digital.

No se exige ningún fin específico; basta con que la persona interesada pueda ser consciente de que la ayuda prestada puede ser utilizada para llevar a cabo actos terroristas, independientemente de que tales actos hayan sido efectivamente realizados. Constituye delito suministrar o recaudar fondos para utilizarlos –o sabiendo que serán utilizados– con fines terroristas, o llevar a cabo actos destinados a ocasionar la muerte o graves lesiones a civiles o tendentes a intimidar a la población o a obligar a las autoridades gubernamentales a adoptar una determinada conducta o a abstenerse de hacerlo[122]. El auxilio material a organizaciones terroristas extranjeras se ha convertido en un delito independiente[123].

A principios de noviembre de 2002, por ejemplo, cuatro personas –entre ellas un ciudadano americano y otro residente en Estados Unidos– fueron acusadas de *conspiración* para distribuir una partida de cocaína y para prestar auxilio material a la organización terrorista extranjera AUC[124] en el marco de un acuerdo de intercambio drogas-armas: armas rusas y provenientes de Europa del Este por un valor aproximado de 25 millones de dólares debían ser intercambiadas por una cantidad de cocaína del mismo valor. Las dos personas vinculadas a Estados Unidos se estaban preparando para cerrar el negocio con dos de los más importantes miembros de la AUC y un traficante que, sin embargo, resultó ser un agente secreto.

La Sección 811 prevé un tratamiento sancionador más rígido para el terrorismo informático. Cuando se provoca, por la difusión de un virus, un grave daño es posible imponer una pena de prisión de hasta diez años y de veinte en caso de reincidencia. Esta disposición también se aplica en caso de daños en redes automatizadas extranjeras, si, de ese modo, se puede incidir sobre el comercio o sobre las comunicaciones con o en Estados Unidos. La Sección 817 permite ahora perseguir la mera posesión de productos tóxicos o biológicos; no es necesario demostrar que tales productos estuviesen destinados a ser utilizados como armas y, más allá de una determinada cantidad, no se admite la prueba de que dichos productos estuviesen destinados a la investigación o a uso médico. Por último, la Sección 813 ha reconocido que el terrorismo representa uno de los principales retos desde el punto de vista de la legislación RICO (relativa a la criminalidad organizada), que prevé, entre otras, medidas de decomiso de gran alcance[125]. De otra parte, la Sección 806 ha introducido un sistema civil de decomiso independientemente del origen de los bienes y de que éstos hayan sido utilizados para llevar a cabo actos terroristas o que constituyan su producto.

En suma, en Estados Unidos la definición de terrorismo y de auxilio material a grupos terroristas es amplia y se utiliza incluso si proviene, por ejemplo, de bandas callejeras[126]. Sin embargo, no constituye delito formar parte de tales grupos ni es punible la apología del terrorismo. De otra parte, la definición de asociación ilícita ha sido ampliada y comprende los actos de auxilio. Hacer propaganda de los objetivos de una organización terrorista, por ejemplo, constituye una forma de auxilio y no se exige probar el dolo o la culpa. Ello restringe considerablemente la libertad de asociación y de expresión consagradas en la Primera Enmienda[127].

Posteriormente, la IRPTA (2004) extiende el concepto de auxilio material al terrorismo[128]: de modo

121. 18 USC Sec. 2239a.
122. 18 USC Sec. 2239c.
123. 18 USC Sec. 2339b.
124. El movimiento colombiano paramilitar *Autodefensas de Colombia*. El líder de la AUC, Carlos Castaño-Gil, fallecido en mayo de 2004, ya había sido acusado por delito de tráfico de drogas en Estados Unidos en septiembre de 2001, pero no había sido extraditado. La AUC ha sido definida como organización terrorista por el *State Department*; sin embargo, extrañamente, la primera administración Bush no consideró tal calificación un motivo válido para no implicar a la AUC en el programa militar destinado a acabar con la producción de cocaina y a reducir la guerrilla comunista.
125. J. A. E. VERVAELE. «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos». *Actualidad Penal*, 1999, pgs. 291-315.
126. En mayo de 2004, en New York, una banda callejera fue acusada con base en la legislación antiterrorista, al ser el objetivo de la banda intimidar y coartar a la población civil.
127. D. COLE, *The New McCarthysm: Repeating history in the war on terrorism, 38 Harv., C.R.-C.I.Rev.1.*
128. Sección 6601-6604.

que recibir adiestramiento militar de una organización terrorista extranjera está considerado como delito. El texto incluye definiciones nuevas y muy amplias de auxilio material, adiestramiento y asesoramiento o asistencia técnica y, finalmente, individualiza una serie de nuevos delitos vinculados al uso de medios de destrucción masiva[129].

5. Protección de las fronteras y leyes de inmigración: extranjeros enemigos

En Estados Unidos, un extranjero puede infringir las leyes de inmigración incumpliendo las obligaciones de visado o no disponiendo de un visado legal. Las causas subjetivas de inadmisión respecto a los procesos de inmigración han sido fijadas de un modo muy genérico y conciernen a (Sec. 411): 1) los miembros de organizaciones consideradas como organizaciones terroristas extranjeras (FTOs)[130] por el Secretario de Estado; 2) los miembros de grupos políticos, sociales o similares que apoyen públicamente actos terroristas despreciando los esfuerzos de Estados Unidos de reducir o eliminar las actividades terroristas; 3) los sujetos que, ya individualmente ya como miembros de una organización, estén implicados en actos que encajan en la definición de terrorismo, en los que se incluye la petición de fondos, la pertenencia o el auxilio material a organizaciones terroristas. No puede permanecer en Estados Unidos quien entra a formar parte de una organización terrorista y durante su estancia en Estados Unidos intenta «participar de modo permanente u ocasional en actividades que podrían poner en peligro el bienestar, la seguridad o la salvaguarda de Estados Unidos».

Los sujetos que encajan en estas amplias categorías, fijadas por el Secretario de Estado, son incluidos en la *Terrorist Exclusion List* (TEL)[131]. En las leyes de inmigración la definición de terrorismo es todavía más amplia que la establecida en la normativa penal ordinaria[132] y la imputación de asociación ilícita ha sido aplicada muy frecuentemente. En realidad, simplemente se trata de convertir el *blacklisting* en una política compartida sobre la inmigración[133].

La *Patriot Act* ha ampliado a siete días la regla de las 24 horas para comunicar los motivos de la detención administrativa (Sec. 412); en el marco de estos siete días, el interesado debe ser acusado de un delito o debe ser conducido ante el ministerio público en el procedimiento de expulsión. El INS ha sustituido el plazo de siete días por un período razonable[134], que, por lo general, es de 90 días. Los sujetos implicados pueden ser detenidos durante seis meses, pero el Fiscal General puede ampliar este período y, si la seguridad nacional lo exige, puede prorrogarlo diversas veces (Sec. 412). Tras la orden de expulsión, la *Homeland Security* debe alejar al extranjero del país en un plazo de 90 días, aunque son numerosos los casos de detenciones de tiempo indeterminado debido a fallos de cooperación con el país de origen. Después del 11 de septiembre, alrededor de 800 extranjeros fueron detenidos bajo la aplicación de leyes de inmigración en el marco de una imponente operación del FBI, conocida por *Penttbom* [135]. Habitualmente, el *Justice Department* es responsable de los procedimientos de expulsión; tales procedimientos no son considerados de carácter punitivo y se desarrollan ante los jueces competentes en materia de inmigración, que forman parte del *Executive Office for Immigration Review* del *Justice Department*. El Fiscal General ha previsto ulteriores medidas relativas a los procesos de expulsión. Desde 1964 es posible que estos procesos se desarrollen en secreto en interés de las partes, de los testigos o en interés público y, el 21 de septiembre de 2001, el Presidente del Tribunal de Justicia Administrativa Creppy[136], a petición del Fiscal General, dictó un *memorandum* en el que se declara que los procedimientos administrativos relativos a los prisioneros del 11 de septiembre constituyen casos de «especial secreto». Esto significa que toda la información relativa a los procesos judiciales debe permanecer en secreto, incluidos los nombres de los sujetos implicados, la inclusión de la causa en el registro, la sentencia, etc. Dado el secreto que rodea a las detenciones y a los procesos de expulsión, se esperaba con ansia un informe del inspector general del

129. Sección 6801.
130. Las disposiciones relativas a las FTOs han sido incluidas en las leyes federales sobre inmigración, 8 USC Sec. 1189.
131. Vid.: http://www.state.gov/s/ct/rls/fs/2002/15222.htm.
132. Vid, *supra*, apartado 4.4.
133. Cfr. J. W. WHITEHEAD, S. H. ADEN, *Forfeiting «Enduring Freedom» for «Homeland Security». A Constitutional Analysis of the USA Patriot Act and the Justice Departments anti-Terrorism initiatives*, *American University Law Review*, 2002, 51 *Am. U.L. Rev.* 1081.
134. 8 CFR apartado 287.
135. Se estima que el número total de detenciones, incluidas las practicadas en el marco de actividades de investigación ordinarias, radica en torno a las 1.200.
136. Vid.: http://news.findlaw.com/hdocs/docs/aclu/creppy092101memo.pdf

Justice Department[137]. Sus críticas respecto a las detenciones son severas: los extranjeros sospechosos de vulnerar las leyes de inmigración (visado caducado o falsedad en el pasaporte) han sido detenidos indiscriminadamente junto a extranjeros sospechosos de estar vinculados a los atentados del 11 de septiembre. Tanto unos como otros fueron informados demasiado tarde de las imputaciones en su contra y tuvieron que esperar la declaración oficial del FBI para saber si iban a ser expulsados o puestos en libertad; declaración que fue emitida muchos meses después. En la mayor parte de casos, la familia no era informada –o no lo era en el modo adecuado– del lugar de detención, y los procesos contra los detenidos eran secretos[138]. De hecho, la *Patriot Act* ha ampliado sustancialmente las facultades de sustituir la custodia por la detención. El Fiscal General y el INS ostentan un poder de detención a largo plazo sin precedentes, sin posibilidad de defensa y sin obligación de declarar expresamente en qué se cifra con exactitud la amenaza para la seguridad nacional. El procedimiento se aplica tanto en el período anterior a la expulsión, en el sucesivo a la expulsión, como en la propia expulsión.

Según la *Patriot Act*, debe ponerse a disposición del *Border Patrol*, del *Customs Service* y del INS[139] fondos extraordinarios. El *State Department* puede tener acceso al *National Crime Information Center's Identification Index (NCIC-III)*, en particular para obtener información sobre delitos ya cometidos y sobre personas investigadas. El *Justice Department* y el *State Department* están trabajando en un *standard* biométrico para el control de fronteras, visados y pasaportes[140]. De otra parte, los institutos de enseñanza deben suministrar información específica relativa a la educación de los extranjeros[141].

El 12 de enero de 2005, el Tribunal Supremo decidió que los no-ciudadanos tienen derecho a no ser sometidos a detenciones por tiempo indeterminado, y concluyó que el texto redactado por el Gobierno, permitiendo la detención por tiempo indeterminado autoriza a la detención sólo si es «razonablemente necesario» para obtener la expulsión[142]. Esto significa que el Gobierno debe encontrar fundados motivos para ello y, de no ser así, el interesado debe ser puesto en libertad.

V. ATTORNEY GENERAL Y ULTERIORES APLICACIONES DE LA *PATRIOT ACT*

La *Patriot Act* confiere poderes extensos al *Justice Department* y al Attorney General y los convierte en piezas esenciales en el marco de la lucha antiterrorista. Dada la amplia definición de terrorismo, el Fiscal General ha reforzado su jurisdicción frente a las agencias judiciales, como el *Secret Service* y la *Coast Guard*. El Attorney General ostenta competencia legislativa de carácter complementario, que ha empleado en algunas ocasiones para elaborar la *Patriot Act*. Además de las concretas líneas de actuación aquí examinadas, también se han previsto líneas de actuación relativas a operaciones secretas del FBI y al despliegue de informadores. Estas líneas de actuación también se aplican al terrorismo, pero no han sido elaboradas como consecuencia de la *Patriot Act*. La mayor parte de las previsiones referidas a la FISA son secretas y las que resultan accesibles han sido incluidas en este artículo.

1. Circulares del Attorney General en materia de delitos comunes, investigaciones sobre organizaciones de *racket* y terroristas[143] y poderes de investigación del FBI

En mayo de 2002, el Attorney General dictó circulares dirigidas a regular, de modo más detallado, los poderes de investigación del FBI. Tales líneas de actuación incluyen las previsiones específicas referentes a

137. Para consultar el informe, vid.: http://www.usdoj.gov/oig/special/03-06/index.htm. Véase, también, el reciente informe relativo a los derechos civiles: http://www.usdoj.gov/oig/special/03-07/index.htm.
138. D. Cole, *Enemy Aliens, Stanford Law Review*, 2002, 953-114.
139. El INS ha pasado del *Justice Department* al DHS.
140. Por ejemplo, todos aquellos que piden un visado deben solicitar una entrevista personal en la embajada de Estados Unidos. Aquellos que entran en Estados Unidos deberán tener un pasaporte digital y, actualmente, no todos los pasaportes emitidos en Europa son susceptibles de ser controlados digitalmente. Dichas informaciones han sido obtenidas en la *Visit databank* americana.
141. Dicha información ha sido obtenida en la *SEVIS databank* americana.
142. Vid.: http://supct.law.cornell.edu/supct/html/03-878.ZS.html.
143. Basta con que dos personas estén vinculadas a una sociedad cuyo objetivo sea llevar a cabo delitos terroristas o suministrar auxilio material al terrorismo o perseguir «ulteriores finalidades políticas o sociales, total o parcialmente, a través de actividades que implican el uso de la fuerza o de la violencia en la comisión de un delito federal».

los informadores y a las operaciones secretas. El FBI es el principal cuerpo de investigación de ámbito federal, puesto que no se han atribuido facultades de investigación a otros órganos gubernamentales federales como, por ejemplo, el *Secret Service* o la DEA. Se establece expresamente que las circulares indicadas no prejuzgan las previsiones específicas de la FISA[144] relativas a la captación de información y a la actividad investigadora sobre terrorismo internacional o sobre actividades extranjeras en el ámbito de la *intelligence* o del espionaje nacional. Las circulares del Attorney General distinguen entre investigación preliminar y actividad investigadora. La investigación preliminar puede comprender varios actos: una indagación rápida sobre los indicios iniciales o una actividad de investigación preliminar que dure como máximo 180 días. El FBI debe dar comienzo a la investigación preliminar cuando «la posibilidad de que haya sido llevada a cabo una actividad criminal y su correspondiente tratamiento demanden ulteriores averiguaciones». En el seno de la investigación preliminar, el FBI puede valerse de numerosas facultades investigadoras, como la de dirigir operaciones secretas; ahora bien, rige una rigurosa prohibición de abrir la correspondencia y de interceptar comunicaciones electrónicas. La actividad investigadora (*full investigation*) debe ser llevada a cabo cuando los hechos o circunstancias indican, de modo razonable, que se ha cometido, se va a cometer o se cometerá un delito federal. La demanda de indicios razonables constituye un umbral más bajo que el de sospechas razonables. El indicio puede basarse en elementos probatorios directos, pero también en otros elementos, como la actividad del grupo o las declaraciones de los componentes. En todo caso, los actos preparatorios pueden ser castigados aplicando las previsiones de la tentativa, la instigación, los actos preparatorios de un delito terrorista (por ejemplo, prestando auxilio material) o de la conspiración[145].

En el caso de la *full investigation*, hay que distinguir entre la actividad investigadora respecto de delitos comunes y la actividad investigadora de *intelligence*. Por ejemplo, si existen indicios concretos de que algunas personas van a alquilar un apartamento o a suministrar financiación para cometer delitos de terrorismo, se inicia una actividad investigadora ordinaria. La actividad investigadora de *intelligence* se ha emprendido con el objetivo de obtener información relativa a grupos criminales, redes o sociedades y no se refiere a una persona o una actividad específica. El objetivo principal radica en obtener información sobre los fines, la disponibilidad financiera, los socios y las actividades del grupo. El grupo puede ser una organización de *racket* en el sentido que le ha otorgado la legislación RICO relativa a la criminalidad organizada o puede ser una organización terrorista. En ambos casos, se admiten todas las técnicas de investigación, con tal de que se cumplan los requisitos legalmente establecidos. La actividad investigadora de *intelligence* está limitada a un año, pero puede ser prorrogada por los oficiales del FBI de graduación más alta «cuando los hechos o las circunstancias indican de modo razonable que un grupo o una sociedad emprende o tiende a emprender alguna actividad que implica el uso de la fuerza o de la violencia u otra actividad criminal»[146], requisito interpretado de forma amplia por el FBI hasta el punto de ampliar las actividades investigadoras durante años. Además de los métodos habituales de investigación (registro, secuestro, interceptación, infiltración, informadores), también pueden ser utilizadas técnicas de investigación secreta[147]. En el año 2003, estas circulares generales fueron sustituidas por las de la *national security intelligence* (NSI)[148].

La diferencia entre la investigación preliminar y la *full investigation* se ha mantenido, pero se ha añadido una nueva categoría denominada «investigación informativa de amenaza». El FBI puede utilizar de modo preventivo ciertas facultades investigadoras de las que no se conocen sus requisitos ni su ámbito operativo, dado que muchos aspectos de estas directrices generales son secretos. Las líneas de actuación general del NSI incluyen previsiones de amplio alcance relativas al intercambio de información entre servicios de *intelligence* y cuerpos policiales[149].

El FBI tiene competencia plena en materia antiterrorista y de *intelligence* extranjera (Sec. 506)[150] y,

144. En caso de *computers* utilizados para la seguridad o para la justicia nacional no se requiere la producción de un daño grave; basta con que se produzca cualquier tipo de daño.
145. No es posible confrontación ninguna con estas circulares, dado el riguroso secreto de su contenido.
146. Vid.: *United States contra US District Court*, 407 US 297, 322 (1972).
147. Según el procedimiento que regula el uso de las técnicas de investigación secreta. Este documento, sin embargo, no ha sido publicado por razón de su carácter secreto.
148. Cfr.: http://www.usdoj.gov/olp/nsifactsheet.pdf e http://www.usdoj.gov/olp/nsiguidelines.pdf.
149. Vid. J. A. E. VERVAELE, *Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities: emergency criminal law?, Utrecht Law Review*, núm. 1, septiembre 2005.
150. El *Secret Service* incluso tendrá poderes complementarios para específicos delitos relacionados, como la falsificación.

por tanto, puede dirigir investigaciones *on-line* a gran escala, obtener información en lugares públicos y catalogarla. En junio de 2002, el FBI creó con este objetivo unidades especiales –la mitad de las cuales opera en el extranjero-que tienen a su disposición todas las facultades de investigación previstas en la FISA, incluidos los poderes de investigación secreta. El Attorney General elaboró diversas circulares, parcialmente secretas,[151] y las recogió en el *AG Guidelines for FBI foreign intelligence collection and foreign counter-intelligence investigations*[152]. Lo que no se menciona en las directrices generales –por lo que respecta al FBI– es si es posible atribuir o encargar investigaciones al ejército. A pesar de que el *Posse Comitatus Act*[153] prohíbe al personal militar efectuar misiones judiciales, se introdujo una excepción en los años 80 para la lucha contra la droga y en los años 90 para la lucha contra el uso de armas biológicas y químicas de destrucción masiva. A dichas excepciones, se añade ahora la de la lucha contra el terrorismo; por ello, el personal militar puede mantener en situación de detención y llevar a cabo investigaciones cuando exista peligro para la vida humana y las autoridades civiles no se hallen en condiciones de cumplir con su deber.

2. Detención y derecho al secreto profesional

En octubre de 2001, el *Justice Department* introdujo, para las instituciones penitenciarias, la obligación de monitorizar las comunicaciones entre los detenidos y sus abogados con el fin de prevenir actos que «podrían terminar con la muerte o con graves lesiones personales o con ingentes daños patrimoniales»[154]. Debe señalarse que esta excepción a la Sexta Enmienda no se limita a los detenidos acusados de actos terroristas. Anteriormente, era necesaria autorización judicial, además debía demostrarse, con elementos probatorios fundados que estaba en marcha una actividad delictiva. Actualmente, basta con que exista serio peligro y el Fiscal General, por sí mismo, puede decidir si limita este derecho fundamental. Tal procedimiento fue aplicado, por ejemplo, a Richard Colvin Reid, el *shoe bomber*. Las informaciones obtenidas pueden ser utilizadas en los procesos penales contra el propio abogado. El abogado Lynne Stewart, por ejemplo, fue acusado de establecer, con la ayuda de su intérprete árabe, vías de comunicación entre una organización islámica y su cliente, Jeque Omar Abdel-Raman, está cumpliendo una pena de cadena perpetua por conspiración en los atentados de New York y por implicación en la preparación de un atentado al Presidente egipcio Hosni Mubarak.

VI. DERECHO EXCEPCIONAL PRESIDENCIAL

1. Organizaciones terroristas y financiación de organizaciones terroristas

Como es sabido, el Presidente americano, en calidad de Comandante Supremo de las fuerzas armadas, ostenta amplios poderes legislativos y operativos en el ámbito del comercio internacional y en materia militar. Estados Unidos posee una larga tradición en la imposición de sanciones políticas y económicas como ha ocurrido, por ejemplo, contra Cuba. Inicialmente, se trataba de previsiones contra los Estados, que implicaban la imposición de restricciones a la exportación –basadas en la *Export Administration Act* (EAA) y en el *Internacional Emergency Economic Powers Act* (IEEPA)[155]– frente a las sociedades que violaban el embargo comercial con los Estados interesados[156].

El Secretario de Estado, el *Department of Commerce* y el *Department of Treasury/OFAC*[157] adoptaron leyes complementarias y tomaron decisiones al respecto. El Presidente, puede, por tanto, decidir imponer

151. En el fundamento de dichas líneas de actuación se halla la orden ejecutiva núm. 12333 (vid., *infra*, apartado 6).
152. *Counter-intelligence information:* «informaciones obtenidas y actividades dirigidas a la protección frente a actos de espionaje, otras actividades de *intelligence*, sabotajes u homicidios cometidos por o a favor de Gobiernos extranjeros o de los correspondientes miembros, organizaciones o sujetos extranjeros, o actividades terroristas internacionales» [50 USC Sec. 401(a)(2)].
153. 18 USC Sec. 1385 (2000) y 10 USC Sec. 371.
154. 28 CFR apartado 501.3(d), 66 Reg. Fed. 55062, 55066.
155. 50 USC Sec. 1701-06 (2001).
156. A. Q. Connaughon, *Exporting to special destinations and entities terrorist-supporting and embargoed countries, sanctioned countries and entities*, 844 *PLI/Comm* 299.
157. 31 CFR apartado 595, *Treasury's Terrorism Sanctions Regulations on SDT; 31 CFR apartado 597, Terrorist Organizations Sanctions Regulations*; 66 Reg. Fed. 54404, SDGT's *Treasury*. A. Connaughton, *Practising Law Institute*, 2002 (844 PLI/Comm 299).

sanciones, sobre todo en períodos de emergencia. En 1995, el Presidente Clinton[158] modificó el ámbito aplicativo de las sanciones previstas en la IEEPA[159] (es decir, el embargo a los Estados), extendiéndolo también a las organizaciones. En ese momento, estaban fichados diez organismos palestinos y dos organizaciones hebreas; posteriormente, el Secretario de Estado Albright identificó 30 organizaciones como organizaciones especiales terroristas (SDTs) o como organizaciones terroristas extranjeras (FTOs) según el *Effective Death Penalty and Public Safety Act* (1996). Tras su identificación, el soporte a estas organizaciones se convirtió en delito y se solicitó a las instituciones financieras el bloqueo de sus cuentas.

A partir de la doctrina del *leading case*[160] respecto de los poderes presidenciales, puede sostenerse que tales poderes se han visto redimensionados tras el 11 de septiembre, puesto que, a pesar de que esta materia ha sido regulada de forma completa por la *Patriot Act* del Congreso, ésta no contiene, por ejemplo, la definición de enemigo terrorista o previsiones relativas a las comisiones militares. Este punto de vista no fue compartido por la primera administración Bush; de hecho, tras la declaración del estado de emergencia, del 14 de septiembre de 2001, el Presidente, el 24 de septiembre, aprobó la orden ejecutiva núm. 13224[161], en aplicación del *Internacional Emergency Economic Act*[162] y en ejecución de algunas Resoluciones de la ONU, en concreto, de la Resolución núm. 1333. Según la citada orden ejecutiva, las organizaciones terroristas son identificadas como organizaciones terroristas mundiales (SDGTs). El Secretario del Tesoro, por ejemplo, puede incluir en dicha lista cualquier organización que «suministre ayuda, financiación, apoyo o se vincule, de cualquier otro modo, a "una organización indicada como terrorista"». La idea principal de esa orden ejecutiva consiste en elaborar un sistema sancionador financiero, dirigido a privar de ingresos a estas organizaciones[163]. Esto significa que Estados Unidos puede bloquear las cuentas de bancos extranjeros en América si otros países rechazan cooperar bloqueando las cuentas en sus respectivos territorios (jurisdicción indirecta). Así, pueden ser bloqueados los bienes de los siguientes sujetos: a) SDGTs incluidas en la lista; b) personas que llevan a cabo actos terroristas o que representan un riesgo significativo respecto de la comisión de actos terroristas peligrosos para la seguridad de los ciudadanos americanos, la seguridad nacional, la política exterior o la economía de Estados Unidos[164]; c) personas que prestan asistencia, apoyo, ayuda financiera, material o tecnológica, o servicios financieros o de otro tipo para tales actos terroristas o en apoyo de los mismos o de las SDGTs o de personas que trabajan o están controladas por las SDGTs o que, de otro modo, están vinculadas a estas organizaciones[165].

En Estados Unidos se ha prohibido a los ciudadanos efectuar transacciones relativas a bienes bloqueados, promover o colaborar en su realización para llevar a cabo la transacción de modo que se pueda eludir dicha prohibición y lograr operaciones ilegales. Se ha establecido la prohibición general de ser miembro o de apoyar a las SDGTs mediante operaciones financieras en moneda extranjera, transferencia de créditos, importaciones o exportaciones de dinero o de títulos de crédito. Por tanto, estas prohibiciones se proyectan a las instituciones financieras extranjeras que se niegan a bloquear los bienes de las SDGTs, lo que significa que no son lícitas las donaciones a instituciones de beneficencia cuando éstas tienen vínculos con las SDGTs. Las sanciones civiles pueden llegar hasta 11.000 dólares por cada infracción y las sanciones penales hasta 50.000 dólares y 10 años de prisión si los delitos han sido cometidos dolosamente.

La orden ejecutiva de 2001 se ha antepuesto a las órdenes ejecutivas del Presidente Clinton, que había indicado un determinado número de organizaciones como SDTs o FTOs. Sin embargo, se ha instaurado un ámbito de aplicación global del sistema sancionador y, asimismo, se han introducido nuevos tipos de sanciones: actualmente pueden bloquearse no sólo los bienes de las instituciones financieras, sino también los bienes de los sujetos vinculados a las SDGTs. Por tanto, es perfectamente posible bloquear los bienes de clientes extranjeros de sociedades con filiales en Estados Unidos y, para hacerlo, ya no se requiere que las organizaciones o los sujetos implicados hayan cometido los delitos; basta con que estén involucrados

158. Orden ejecutiva núm. 12.947, 3 CFR apartado 319 (1995), 50 USC Sec. 1701 (2000).
159. 50 USC Sec. 1701(a) (2000).
160. *Youngstown Sheet e Tube contra Sawyer*, 343 US 579 (1952).
161. Orden ejecutiva núm. 13224 que congela los bienes y prohíbe las operaciones con individuos que cometen o amenazan con cometer actos terroristas o que prestan ayuda al terrorismo, 3 CFR apartados 786, 790 (210), modificado en el 50 USC Sec. 1701 (2002). Para el texto compelto véase: http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/sanctions/terrorism.html.
162. 50 USC Sec. 1701-06 (2001).
163. B. ZAGARIS, *The Merging of the Counter-Terrorism and Anti-Money Laundering Regimes, Law and Policy in International Business*, 2002, 45-108
164. El Secretario de Estado añadió ulteriores precisiones.
165. El *Department of Treasury* ha aclarado estas definiciones.

de cualquier modo con los delitos. Las pruebas pueden ser mantenidas en secreto y analizadas en audiencia ante el tribunal, *inaudita altera parte*. Un supuesto representativo es el caso *Holyland Foundation* (HLF)[166]: la HLF es una organización no gubernamental (ONG) creada en 1989, con sede central en Texas y vinculada a Hamas. Tras la orden ejecutiva núm. 12947, dictada por el Presidente Clinton en 1995, Hamas se convirtió en una SDT y, tras la orden ejecutiva n. 13224, aprobada por el Presidente Bush en 2001, tal organización se convirtió en una SDGT. El 4 de diciembre de 2001, el *Department of Treasury/OFAC* decidió que la HLF actuaba para o a favor de Hamas y, por tanto, ello supuso que la HLF adquiriera el estatus de SDT y de SDGT.

El *Department of Treasury* aprobó, sucesivamente, diversas órdenes de bloqueo que congelaron todos los fondos, cuentas y bienes de la HLF, prohibió cualquier transferencia de dichos fondos, cuentas y bienes y confiscó, también, sus cuentas bancarias. La OFAC adoptó esta decisión apoyándose en información parcialmente secreta (algunas declaraciones de confidentes de la policía extranjeros y un informe secreto del FBI), y la Corte de Distrito concedió a la administración un amplio margen de discrecionalidad, al admitir la validez de las pruebas secretas si éstas podían ser confirmadas con otras pruebas. Con el caso *Global Relief Foundation* (GRF) se puso claramente de manifiesto que los poderes de control de los órganos judiciales sobre los actos administrativos, en el marco de la política exterior y de la seguridad, son muy limitados. En este caso, la GRF había sido ya objeto de una investigación FISA y, seguidamente, de una orden de bloqueo de la OFAC. Y ante la solicitud de la GRF de que se revocasen estas medidas, se respondió que «como principio general esta Corte debe evitar el desprecio de las decisiones adoptadas por el Congreso o por el Presidente en materia de comercio exterior o de seguridad nacional»[167] y que no se había probado la vulneración de derechos civiles consagrados en el *Bill of Rights*. La Corte, no los abogados, tenía autorización para examinar las pruebas en audiencia secreta e *inaudita altera parte*. Obviamente, esa situación, que dista mucho de constituir un verdadero control judicial, supone sólo una verificación de la racionalidad de una decisión administrativa.

Estados Unidos amplía constantemente la lista: el 11 de octubre de 2001 se añadieron 39 voces, sobre todo organizaciones vinculadas a Al-Qaeda; el 2 de noviembre de 2001 se incluyó un grupo de hombres de negocios de Arabia Saudí, y el 22 de noviembre de 2001 fueron introducidas otras 22 organizaciones, entre las cuales se hallaba Hezbollah, tres organizaciones colombianas, el IRA y la Jihad. Al mismo tiempo, la lista se convirtió en un documento de 86 páginas que incluye centenares de organizaciones y de personas[168] y, en 2004, se añadieron numerosas ONGs sospechosas de estar vinculadas a SDGTs. La Comisión del 11 de septiembre ha recomendado que el enérgico impulso de perseguir la financiación del terrorismo se convierta en el eje principal de la lucha contra el terrorismo[169].

La IRTPA (2004), junto al procedimiento de control judicial, introduce un control a petición de la parte respecto de la designación de una organización como FTO. Ahora bien, la organización debe probar que las circunstancias relevantes son distintas de las que se han utilizado para esa designación. Esa decisión es adoptada por el ejecutivo (el Secretario de Estado), que puede tener en cuenta informaciones secretas, no divulgables, al responder una solicitud de revocación de esa designación.

2. Comisiones militares y combatientes enemigos

El 13 de noviembre de 2001, el Presidente Bush, sin consultar al Congreso, firmó una orden militar[170] que permitía que los enemigos extranjeros fueran juzgados por comisiones militares[171]. Anteriormente, frente a algunos miembros de Al-Qaeda sospechosos de haber tomado parte en los atentados contra las embajadas americanas en Kenya y Tanzania en 1998 (atentados que provocaron la muerte de 200 personas), se intentó una acción penal que obtuvo un resultado positivo; los imputados fueron juzgados por jueces penales ordinarios en Estados Unidos. El Presidente, en calidad de Comandante Supremo de las fuerzas armadas, puede decidir que los imputados sean juzgados por comisiones militares en caso de violaciones

166. Holyland Foundation for Relief and Development contra Ashcroft, 219 F. Supp. 2d 57.
167. *Global Relief Foundation contra Paul H. O'Neill, Colin L. Powell, John Ashcroft, y otros*, 207 supp. 2d 779.
168. Véase: http://www.treas.gov/offices/enforcement/ofac/sanctions/terrorism.html.
169. Véase: http://www.gpoaccess.gov/911, pg. 382.
170. *Military Order, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 66 Reg. Fed. 57, 833 (13 noviembre 2001).
171. Véase 50 USC Sec. 21.

de leyes de guerra. Este poder se fundamenta en los artículos I y II de la Constitución americana[172]. El problema se cifra en que las guerras se declaran a los Estados y, en ese caso, no ha habido ninguna declaración oficial de guerra contra Al-Qaeda. Además, los miembros de Al-Qaeda no son ciudadanos de un concreto Estado al que se pueda aplicar la *Enemy Alien Act*. Sin embargo, la Corte Suprema ha reconocido que Estados Unidos puede encontrarse en estado de guerra sin una declaración formal de guerra[173], lo que no significa que puedan instituirse, de cualquier modo, comisiones militares sin mayor motivo. Durante la guerra civil, el Presidente Lincoln permitió que el ejército detuviese ciudadanos sospechosos de traición y de rebelión, y que los mantuviese detenidos sin autorización judicial y negándoles el *habeas corpus*. En el *caso Milligan*[174], la Corte Suprema declaró que *Milligan, leader* de una organización secreta contraria al Gobierno, no podía ser juzgado por un tribunal militar porque era un residente, no formaba parte del ejército, los tribunales civiles funcionaban, el país no se encontraba ocupado y el Presidente Lincoln no había recibido un mandato del Congreso para crear tribunales militares. En el *caso Quirin*[175], la Corte Suprema declaró conforme a la Constitución la orden ejecutiva núm. 2561 del Presidente Roosevelt[176], que establecía el proceso militar de algunos saboteadores alemanes, como combatientes enemigos durante la segunda guerra mundial. Debe subrayarse, sin embargo, que esta orden ejecutiva se fundamentaba en la declaración de guerra del Congreso y no despreciaba el proceso de *habeas corpus* u otros medios legales de tutela.

Sin duda, asume una importancia crucial la decisión del TS en el *caso Johnson contra Eisentrager*[177], relativa al procesamiento de soldados alemanes mantenidos prisioneros en China y juzgados por tribunales militares. El Tribunal Supremo sostuvo que el término «quien» en la Cuarta Enmienda «no extiende su protección a los enemigos extranjeros que toman parte en operaciones hostiles contra nosotros».

La primera administración Bush aplicó nociones propias del derecho internacional público y humanitario a las organizaciones terroristas y a sus miembros[178]. Sus actividades se consideraron desde un principio como actos de guerra llevados a cabo por agresores extranjeros y no como delitos, con el resultado de que no se aplicaron los principios del derecho (procesal) penal. Los sujetos involucrados no eran sospechosos, sino combatientes enemigos, que no disfrutaban de derechos civiles en el ámbito de la jurisdicción americana[179]. En enero de 2002, se tomaron como prisioneros, en el campo Delta Z-Rayin, en Guantánamo, sin haber sido acusados o procesados, entre 600 y 800 sospechosos Talibanes y miembros de Al-Qaeda de 40 nacionalidades distintas. Al mismo tiempo, pequeños grupos fueron puestos en libertad o trasladados a otros países, mientras que alrededor de 600 personas permanecen todavía en estado de detención. No se puede obviar que los puestos que quedaron libres han sido reemplazados con prisioneros «frescos» provenientes de Iraq, de Afganistán, de Pakistán, etc. Además, algunos ciudadanos americanos todavía son retenidos en bases militares en América.

La expresión «combatiente enemigo» no aparece en ningún apartado de la *Patriot Act* y el paralelismo legal entre guerra y terrorismo internacional ha sido fuertemente criticado por la opinión pública[180]. Por

172. Para un análisis detallado de los aspectos legales según la legislación nacional e internacional, cfr. D. M. Amann, *Guantánamo, Columbia Journal of Transnational Law*, 2004, 263-348.
173. *Caso Prixe*, 67 US (2 Black) 635, 667-7– (1862).
174. 71 US (4 Wall.) 2 9, (1866).
175. 317 US 1, 23-24 (1942).
176. 7 Reg. Fed. 5101 (2 julio 1942).
177. *Johnson contra Eisentrager*, 339 US 763 (1950).
178. Véase: *Comisión Internacional de juristas, Jurisdicción militar y Derecho Internacional*, http://www.icj.org/news.php3?id_article=3254&lang=en.
179. Véase *Coalition of Clergy contro Bush*, 189 F. Supp. 2d 1036, 1048 (C.D. Cal. 2002), que, en parte, lo corrobora y, en parte, lo convierte en inoperante, núm. 02-55367, 2002 WL 31545359, at *10 (9th Cir. 18 noviembre 2002); desmiente el pronunciamiento perentorio de la Corte de Distrito, según la cual los detenidos no tienen, en ningún caso, derecho a una revisión con arreglo al procedimiento del *habeas corpus*, pero confirma que, en el caso concreto, los recurrentes carecían de legitimación; *Rasul contra Bush*, 215 F. Supp. 2d 55, 72-73 (D.D.C. 2002).
180. Véase R. K. Goldman, *Law and the War on Terrorism. The Military Tribunal Order, 25 Harv. J.L. and Pub. Pol'y* 653; G. Roma, *Interesting Times for International Humanitarian Law: challenges from the «War on Terror»*, 27-Fall, *Fletcher F. World Aff.* 55; L. M. Ivey, *Comment: Ready, aim, fire? The President's executive order authorizing detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism is a powerful weapon, but should it be upheld?*, 33 *Cumb. L. rev.* 107. Para consultar la opinión de la ABA, cfr.: *Task Force on Terrorism and the Law, Report and recommendation on Military Commission* (http://www.abanet.org/leadership/military.pdf) *and Task Force on Treatment of Enemy Combatants* (http://news.findlaw.com/hdocs/docs/aba/abatskforce103rpt.pdf). Véase también: *American Law Division*, http://www.fas.org/irp/crs/RL31724.pdf.

otra parte, simultáneamente, el Presidente Bush ha limitado la aplicación del derecho internacional humanitario[181]. Durante mucho tiempo, la primera administración Bush sostuvo que no debía aplicarse el Convenio de Ginebra ni el estatus de prisionero de guerra. Sin embargo, en febrero de 2002, se reconocieron algunos derechos consagrados en el Convenio de Ginebra a combatientes Talibanes, pero no a miembros de Al-Qaeda. Ninguno fue reconocido como POW; son y permanecen como combatientes ilegales, que pueden ser interrogados arbitrariamente, que se ven privados de derechos o sufren una limitación en los mismos mientras dure la lucha contra el terrorismo.

La orden militar altera muchos principios fundamentales inherentes a los derechos civiles reconocidos en la Constitución y numerosas reglas del sistema procesal penal ordinario. Tanto la organización como la administración de justicia por parte de comisiones militares se erigen en derecho especial: no sólo el ministerio público y los jueces sino también los abogados pertenecen al ejército o son abogados civiles seleccionados por el Gobierno que han aceptado las reglas del procedimiento militar[182]. El procedimiento y la composición de las comisiones, incluida la identidad de los abogados, pueden ser mantenidas en secreto; no se aplica el *habeas corpus* ni los derechos «Miranda», los derechos de defensa se ven limitados, rigen reglas probatorias especiales y no hay jurado. Se han previsto procedimientos de apelación, pero no ante un Tribunal de Apelación federal perteneciente al poder judicial: la apelación se presenta ante un órgano colegiado de carácter militar y la sentencia final relativa a la culpabilidad y la sanción corresponde al Presidente. Por tanto, se trata de un procedimiento judicial en manos del ejecutivo; y eso, por definición, no respeta los requisitos de independencia e imparcialidad. La primera administración Bush adujo, en defensa del juicio ante comisiones militares, principalmente que las comisiones militares garantizan procedimientos rápidos que no ponen en peligro informaciones investigativas secretas, métodos de vigilancia y operaciones, tutelándose así la seguridad nacional. El Gobierno sostiene, además, que las comisiones militares ofrecen mayor protección a los jueces y a los testigos contra potenciales amenazas terroristas.

Asimismo, según la primera redacción de las sucesivas normas procesales y probatorias del *Department of Defense* y del *Justice Department*, muchos derechos fundamentales del sistema procesal penal y del *Bill of Rights* no son reconocidos[183]: no existe un proceso público (los juicios se celebran en audiencia secreta), los abogados no pueden conocer los testigos de la parte contraria, no se reconoce su derecho al secreto profesional, y necesitan autorización del *Department of Defense* para hablar con la opinión pública. Las conversaciones entre el abogado y los testigos son grabadas y, en materia de prueba, se admiten todos los elementos que «tendrían valor probatorio para una persona razonable», incluidas las pruebas *de auditu*. La acusación no está obligada a comunicar el *iter* de obtención de las pruebas, lo que significa que el origen y el modo de obtención de tales pruebas no son controlados. Se admiten pruebas secretas FISA y las obtenidas mediante vigilancia secreta, ante el tribunal, *inaudita altera parte*.

Como consecuencia de lo anterior, se teme que sean utilizadas, en la administración de justicia por parte de comisiones militares, pruebas obtenidas en el extranjero mediante la tortura[184].

Una comisión militar –como un jurado unánime-puede dictar juicio de culpabilidad con una mayoría de dos tercios de los votos e, incluso si la comisión logra formular juicio de no culpabilidad, el presidente de la comisión puede decidir que el imputado sea culpable. Sólo se requiere la unanimidad para imponer la pena de muerte.

---

181. T. GILL & E. VAN SLIEDREGT, Guantánamo Bay: *A reflection on the legal status and rights of «unlawful enemy combatants»* www.UtrechtlawReview. org, septiembre 2005.

182. La *National Association of Criminal Defense Lawyers*, que se compone de 11.000 miembros, aconsejó a sus asociados que no prestasen asesoramiento legal y, por tanto, rechazó las limitaciones interpuestas a los derechos de defensa.

183. *Department of Defense Military Commission Order núm. 1, Procedures for Trials by Military Commissions of certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism*, 21 marzo 2002 y *Military Instruction núm. 8, Administrative Procedures* (30 abril 2003), véase: www.defenselink.mil. Este último documento contiene las normas aplicables. Véase, para un análisis crítico: http://hrw.org/backgrounder/usa/military-commissions.htm#P18_1065.

184. En mayo de 2004, salió a la luz pública que el personal militar americano y el agregado a la seguridad cometían abusos sistemáticos y aplicaban la tortura en los interrogatorios a los prisioneros en Iraq. En agosto de 2004, la Comisión Schlesinger publicó su informe sobre el escándalo relativo a la tortura en Abu Ghraib. Véase: http://64.177.207.201/pages/8_621.html. En diciembre de 2004, se supo de fuentes del *Red Cross* y del FBI esas prácticas se producían también respecto de los prisioneros de Guantanamo.Véase: http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F30910FF3A5A0C738FDDA80994DC404482 y http://www.aclu.org/torturefoia/released/fbi.html. Para las últimas noticias, véase, asimismo, http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F50F14F83B5D0C758CDDA80894DD404482.

El New York Times, en su editorial, calificó, inequívocamente, tales procedimientos como Injusticia Militar[185]; al mismo tiempo, los propios abogados militares empezaron a criticar duramente la falta de un proceso justo ante las comisiones militares[186]. Tras la sentencia del Tribunal Supremo en los casos acumulados *Rasul y otros contra Estados Unidos*[187], un órgano colegiado formado por tres oficiales militares tuvo que evaluar si la libertad de los detenidos constituía un peligro para la seguridad nacional. Numerosos procedimientos de dicho órgano fueron impugnados ante los jueces federales ordinarios.

VII. CONTROL JUDICIAL DE LA *PATRIOT ACT* Y DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DEL GOBIERNO

Las partes interesadas, los terceros implicados, las ONGs y las autoridades locales han recurrido legalmente la grave limitación de derechos civiles. Ello ha generado una marea de casos judiciales a nivel local y federal.

1. Derechos civiles, enemigos extranjeros y mayor apertura del Gobierno

Un número considerable de ciudadanos y de organizaciones ejercieron acciones legales para reclamar una mayor apertura del Gobierno respecto a las detenciones posteriores al 11 de septiembre y a los procesos de expulsión. Tanto los medios de comunicación como las ONGs invocaron el *Freedom of Information Act* (FIOA) para poder acceder al nombre de los detenidos, saber el lugar y la duración de la detención y tener noticias sobre los procesos correspondientes. Únicamente algunas de estas causas llegaron ante la Corte de Apelación Federal, con resultados divergentes. El *North Jersey Media Group*, por ejemplo, ganó ante la Corte de Distrito su causa contra el Attorney General Ashcroft y el Juez Creppy, y fue autorizado a investigar las expulsiones conectadas al 11 de septiembre[188]. Sin embargo, esta sentencia fue completamente reformada por el Tribunal de Apelación de la Tercera Circunscripción, que consideró prioritario el interés fundamental a la seguridad nacional[189]. Muchos jueces consideraron, sin ninguna duda, que la seguridad prevalecía sobre la FIOA y sobre el derecho de acceso a la información, consagrado en la Primera Enmienda de la Constitución; otros ordenaron al Gobierno revelar sólo los nombres[190] o poner a disposición de los medios de comunicación las transcripciones de las audiencias celebradas a puerta cerrada[191]. Por ejemplo, el juez del Tribunal Federal, Gladis Kessler[192], en agosto de 2002, bajo petición de algunas ONGs en una causa contra el *Justice Department* y el INS, decidió que el Gobierno debía, por lo menos, revelar el nombre de 150 prisioneros. De hecho, se sostuvo que, a pesar de que el ejecutivo tiene la obligación de proteger a las personas, debe asumir, en todo momento, los propios deberes en el sometimiento a la Constitución y al primado de la ley. En apelación, sin embargo, se decidió que no debían ser revelados los nombres de los detenidos ni de sus abogados[193]. Al mismo tiempo, la mayor parte de los prisioneros del 11 de septiembre fue trasladada. El *Center for Constitutional Rights* interpuso ante el Tribunal de Distrito de Brooklyn una *class action* para las detenciones ilegales, relativas a una importante causa que la ONG quería que fuese examinada por el Tribunal Supremo[194]. Además, el *Reporters Comittee for Freedom of the Press* está tratando de llevar el *caso M.K.B.* ante el Tribunal Supremo[195].

2. Auxilio material al terrorismo

Se han interpuesto procedimientos relativos al ámbito de aplicación de las propias disposiciones

185. 24 marzo 2004.
186. N. A. LEWIS, Military Defenders for Detainees Put Tribunals on Trial, The New York Times, 4 maggio 2004.
187. Vid., *infra*, par. 7.4
188. *North Jersey Media Group, Inc. contra John Ashcroft e Michael Creppy*, US District Court, D. New Jersey, núm. Civ. A 02-967 (JWB), 28 mayo 2002.
189. *North Jersey Media Group, Inc. contra John Ashcroft e Michael Creppy*, US Court of Appeals, Third Circuit, núm. 02-2524, 8 octubre 2002.
190. *Center for National Security Studies contra US DoJ*, no. CIV A. 01-2500(GK), 2 agosto 2002.
191. *Detroit Free Press contra John Ashcroft*, US Court of Appeals, Sixth Circuit, 26 agosto 2002.
192. 215 F.Supp.2d 94 (D.D.C. 2002).
193. Véase: http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200306/02-5254a.pdf.
194. Para los documentos principales, véase: http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sept11Article.asp?ObjID=35KQUuFROg&Content=96.
195. *M.K.B. contra Warden*, núm. 03-6747, véase: http://www.rcfp.org/news/documents/20031103-mkbvwarden.pdf.

antiterroristas y, concretamente, referidos a la relación entre el auxilio material y el derecho constitucional consagrado en la Primera Enmienda. En enero de 2004, el Tribunal de Distrito de California, en el *caso Humanitarian Law Project (HLP) contra John Ashcroft y otros*, puso a prueba la Sec. 805 (a)(2) (B) del *Patriot Act*, que considera la conducta de prestar asesoramiento técnico o asistencia a FTOs como un acto contrario a la Constitución. El Tribunal llegó a la conclusión de que este concepto era vago y que, de interpretarse de forma amplia, se pondría en peligro la posibilidad de que la HLP pudiese prestar asesoramiento legal al PKK Kurdo en cuanto al respeto de los derechos humanos[196]. Ello se debe a que no existe ninguna distinción de los diversos tipos de asesoramiento: «"asesoramiento o asistencia técnica" podrían ser entendidas de modo específico como simples arenga o defensa, tutelada por la Primera Enmienda, o de modo más amplio en cuanto comprendería todas las actividades protegidas por la Primera Enmienda». Sin embargo, el Tribunal no consideró que dicha previsión representase un peligro hasta el punto de tener que prohibir cualquier posible aplicación de la misma. Los medios legales de tutela ofrecen garantías suficientes respecto a los derechos civiles referidos. Por dicho motivo, la orden se limita a las actividades de los sujetos implicados y no ostenta alcance nacional; la HLP puede proseguir su actividad con el PKK sin correr el riesgo de ser acusada en aplicación de la Sec. 805 de la *Patriot Act*. En cambio, la *Holy Land Foundation* y la *Benevolence International Foundation* perdieron sus procesos contra Ashcroft, puesto que el Tribunal de Apelación entendió que los mandatos de bloqueo emitidos representaron un importante instrumento de la política exterior americana[197].

3. Terrorismo y pruebas impugnables en el sistema penal ordinario

En los casos de terrorismo, el *Justice Department* y el Fiscal General optaron por la jurisdicción militar y, en consecuencia, por el confinamiento de los enemigos combatientes y por los procesos ante comisiones militares. En contadas ocasiones, son competentes los jueces penales ordinarios, como en el *caso Zacarias Moussaoui*[198], relativo a un francés nacido en Marruecos y detenido en agosto de 2001 –por tanto, con anterioridad a los ataques– como sospechoso de haber violado las leyes de inmigración. En ese momento, estaba recibiendo clases de vuelo. Tras los ataques, fue acusado de pertenecer a Al-Qaeda y de estar implicado en los actos terroristas del 11 de septiembre. De hecho, Moussaoui fue acusado de ser el vigésimo secuestrador que, por casualidad, no embarcó y no permaneció junto a los otros responsables de la muerte de 3.000 personas. Se declaró no culpable y se solicitó la pena de muerte por cuatro de las seis imputaciones que se le formularon[199]. Según Moussaoui, numerosos testigos, entre los que se halla Bin Al-Shibh[200], podrían demostrar su inocencia; por ello, solicitó que Bin Al-Shibh fuese interrogado como testigo. Sin embargo, el problema radica en que Bin Al-Shibh, que fue detenido en Pakistán, es sospechoso de haber actuado como intermediario entre Moussaoui y el comando del 11 de septiembre y, por tanto, ha sido trasladado al extranjero, probablemente a Guantánamo, como enemigo combatiente. Sus declaraciones son secretas y, por tanto, no pueden ser contrastadas.

Tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal de Apelación de la Cuarta Circunscripción reconocieron que el derecho de Moussaoui –previsto en la Sexta Enmienda– de someter a interrogatorio a Bin Al-Shibh[201] forma parte del derecho a un proceso justo[202]. En este caso, en enero de 2003, el juez Brinkema del Tribunal de Distrito ordenó que el testimonio fuese grabado en vídeo y que el video fuese puesto a disposición del jurado o que el testigo fuese oído en teleconferencia. El Attorney General Ashcroft confirmó el hecho de que no sería posible conseguir «la revelación no autorizada de informaciones secretas» y se negó a aplicar la sentencia del Tribunal, posteriormente confirmada en un *affidavit* a mitad de julio de 2003[203]. Los jueces podían acusar al Gobierno de no aplicar una resolución *contemp of court* y también podían declarar el caso Moussaoui inadmisible, excluir parte de las pruebas o instituir un jurado desfavora-

96. En aplicación de la Primera Enmienda, la Corte puede dictar órdenes sin que se haya iniciado ningún proceso; en este caso, se reconoció que existía un serio peligro.
97. Véase: http://news.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/hlylndfndvash80802op.pdf.
98. Para la información importante, véase: http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#moussaoui.
99. Véase: http://www.usdoj.gov/ag/moussaouiindictment.htm para las acusaciones.
00. Bin Al-Shibh se encargó de las operaciones financieras. Además, Moussaoui solicitó que fuesen sometidos a interrogatorio Abu Zubaydah, en el pasado jefe de un campo de adiestramiento en Afghanistan, e Ibn-Al-Shaykh al-Libi, un paramilitar de alto grado, ambos detenidos.
01. Véase *Brady contra Maryland*, 373 US 83 (1963).
02. La petición fue denegada para los otros dos testigos.
03. US will defy court's Order in Terror Case, The New York Times, 15 julio 2003.

ble al Gobierno, para prevenir una sentencia de pena de muerte. El juez Brinkema optó por la exclusión de la pena de muerte y por renunciar a los cargos de la acusación relativos al 11 de septiembre, puesto que según el juez no podía darse un proceso justo con estos presupuestos; en cambio, permaneció inalterable la imputación respecto de la conspiración para cometer las acciones de Al-Qaeda.

Los juristas pro-Bush sostienen que, a tenor de los hechos, la mejor solución hubiera sido declarar a Moussaoui combatiente enemigo y transferirlo a la jurisdicción militar donde, en cualquier caso, no podría beneficiarse del derecho constitucional de escuchar los testigos: «Aunque los defensores de las libertades civiles reprobarían su traslado a Guantánamo, la realidad es que sustraer a Moussaoui de la jurisdicción civil significaría prestar mayor atención a los intereses de la seguridad y crear una barrera protectora a fin de que los vigentes principios constitucionales del proceso civil no empiecen a relajarse ante el influjo de la lucha contra el terrorismo»[204]. Sin embargo, el Gobierno interpuso recurso de apelación contra la sentencia ante el Tribunal de Apelación de la Cuarta Circunscripción, conocida por su tendencia conservadora[205]. El 22 de abril de 2004, el Tribunal decidió anular la exclusión ya fuese de los medios de prueba ya de la posibilidad de una condena a muerte[206]. De otra parte, el órgano colegiado de tres jueces decidió que Moussaoui no podía ser privado del derecho a someter a interrogatorio como testigos a los miembros detenidos de Al-Qaeda y que tenía el derecho de presentar su testimonio ante el jurado. Se ordenó al juez Brikema que asumiese el compromiso por el que pudiese interrogarse a los testigos sin prejuzgar su sucesivo interrogatorio por el Gobierno en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Simultáneamente, la defensa interpuso recurso de apelación ante la totalidad del Tribunal de Apelación.

Mientras tanto, recayó sentencia condenatoria contra Richard Colvin Reid, conocido como *shoe bomber*, y John Walter Lindh, el combatiente americano talibán. Reid fue condenado a pena de muerte por tentativa de utilización de un medio de destrucción masiva, homicidio intentado e interferencia ilícita con el personal de vuelo[207]. Lindh, tras su declaración de culpabilidad y de conformidad, fue condenado a treinta años de cárcel por auxilio material a una organización terrorista prohibida[208], mientras que el resto de imputaciones[209] desaparecieron debido al acuerdo procesal (*plea agreement*).

4. Terrorismo, enemigos combatientes[210] y comisiones militares

El Gobierno americano, sin embargo, ha transferido la mayor parte de los procesos relativos a personas sospechosas de delitos de terrorismo desde la jurisdicción penal común a la militar. Al declarar a los sospechosos enemigos combatientes, éstos pueden ser mantenidos en estado de detención militar a la espera de juicio ante una comisión militar. Tanto los ciudadanos americanos como los extranjeros han sido considerados enemigos combatientes.

Es imposible, en este contexto, examinar con detalle todos los supuestos, pero los casos Hamdi, Padilla y Rasul proporcionan una idea del limbo legal en el que se hallan las personas implicadas. El 18 de junio de 2004, el Tribunal Supremo dictó una sentencia refiriéndose a aspectos cruciales de estos casos, que versan sobre la tutela legal ya de los combatientes detenidos en Guantánamo, ya de los combatientes enemigos arrestados y detenidos en Estados Unidos.

Yaser Esam Hamdi[211] fue hecho prisionero en Afganistán y, tras un breve período en Guantánamo, cuando se supo que era ciudadano americano, fue trasladado a un centro de detenciones militar en Virginia. Se encuentra recluido desde abril de 2002, sin una acusación formal, sin derecho a un abogado, sin derecho a disfrutar del procedimiento de *habeas corpus*, etc. Algunos amigos de Hamdi han interpuesto acciones

204. MR. COFEY, *The case for Military Tribunals*, *Washington Times*, 26 mayo 2003.
205. Véase: http://news.findlaw.com/hdocs/docs/moussaoui/usmouss102403gbrf.pdf para la apelación del Gobierno, en la que fueron regularmente eliminadas las referencias a hechos concretos o a documentos puesto que, según el Gobierno, se trataba de información reservada, esencial para la tutela de la defensa nacional.
206. Véase: Westlaw, 2004 Wl 868261 [4th Cir. (Va.)].
207. Véase: http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index2.html#reid para los textos importantes.
208. Véase: http://www.usdoj.gov/ag/pleaagreement.htm.
209. Véase: http://www.usdoj.gov/05publications/05_2.html para la acusación inicial.
210. Cfr. J. J. PAUST, *Judicial Power to Determine the Status and Rights of Persons Detained without Trial*, 44 *Harv. Int. L. J.* 503 (2003).
211. Véase: http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#hamdi para los textos principales; cfr. también: http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/briefs/03-6696/03-6696.resp.html.

legales –con éxito diverso– contra el *Department of Defense*. El Tribunal de Distrito[212] ha nombrado un abogado y ha ordenado al Gobierno permitir a este abogado tomar contacto con el detenido y respetar el derecho al secreto profesional. En el segundo juicio, el Tribunal de Apelación de la Cuarta Circunscripción declaró que el Tribunal de Distrito (Hamdi I) no tuvo en debida consideración los intereses de la seguridad nacional y que la sentencia tenía una motivación insuficiente.

A continuación, el Tribunal de Distrito decidió que los motivos de la detención –una declaración del consejero militar Mobbs-no bastaban para privar de sus derechos a los sujetos implicados y que el Gobierno debía permitir el acceso a todos los documentos –entre los que se hallaban las declaraciones de Hamdi- para ser revisados ante un órgano colegiado. Finalmente, ambos tribunales declararon que la detención podía ser objeto de control judicial. Sucesivamente, de nuevo el Tribunal de Apelación de la Cuarta Circunscripción[213] (Hamdi II) decidió que la detención militar de duración indeterminada no sólo es ajustada a derecho, sino que ni siquiera está sometida a control judicial, desde el momento en que Hamdi fue hecho prisionero en una zona de guerra de un país extranjero. Por tanto, la declaración de Mobbs podía ser considerada prueba suficiente. En enero de 2004, el Tribunal Supremo decidió aceptar el recurso y dar respuesta a algunas cuestiones fundamentales[214]. El Tribunal Supremo reconoce las prerrogativas del Presidente y el concepto de combatiente enemigo en aplicación de la *Authorization for Use of Military Force Act*[215]. Sin embargo, ese texto no contiene previsiones relativas a la detención de duración indeterminada, puesto que está dirigido a la privación de libertad en áreas de guerra y, además, está limitado a «una fuerza necesaria e idónea». Incluso aunque la detención fuese legítima, el segundo problema que cabría plantearse es el relativo a identificar cuáles serían los derechos constitucionalmente garantizados al detenido para refutar su estatuto de combatiente enemigo. En aplicación de específicos intereses constitucionales –es decir, las prerrogativas del Presidente y del Gobierno-el Gobierno sostuvo que debía ser respetado el equilibrio de poderes y que el poder judicial no debe controlar las decisiones del ejecutivo.

El Tribunal Supremo utiliza un lenguaje claro y edificante: Encontrar un justo equilibrio constitucional resulta de enorme importancia para la Nación durante este período en el que está en curso una dura lucha, pero igualmente resulta de vital importancia que nuestros cálculos no infravaloren los valores que este país tiene en el corazón o el privilegio en que consiste la ciudadanía americana. Es justo en los momentos de mayor desafío e incertidumbre cuando el empeño de nuestra nación para lograr un proceso justo es puesto a prueba (...). Hemos aclarado desde hace tiempo que un estado de guerra no es un cheque en blanco para el Presidente en lo que se refiere a los derechos de los ciudadanos americanos».

El Tribunal Supremo, por tanto, añade que «un proceso justo requiere que un ciudadano detenido en Estados Unidos como combatiente enemigo tenga una verdadera oportunidad de refutar los fundamentos de su detención ante un órgano judicial imparcial».

El Tribunal expresamente indicó que dicha garantía puede verse salvaguardada también ante un tribunal militar y que resulta posible invertir la carga de la prueba cuando al imputado se le ha dado una auténtica oportunidad de refutar las pruebas a su cargo; posibilidad que presupone el derecho a un abogado. Un interrogatorio guiado por agentes de seguridad que mantienen a una persona en custodia difícilmente representa una forma de indagar los hechos ante un órgano imparcial que se ajusta a la Constitución. Es un lenguaje claro, pero el Tribunal se halla dividido en tres opiniones discordantes. Principalmente, el juez Thomas formuló duras críticas y sostuvo que el poder judicial no debía controlar y valorar las prerrogativas

212. *Hamdi contra Rumsfeld*, 243 F. Supp. 2d 527 (E.D. Va. 2002).
213. *Hamdi contra Rumsfeld*, 316 F. 3d 450 (4th Cir. 2003).
214. Se formularon las siguientes cuestiones:
1. ¿La Constitución permite a los agentes del ejecutivo tener un ciudadano americano en estado de custodia militar en Estados Unidos por tiempo indeterminado, tenerlo en estado de aislamiento y negarle un abogado, sin darle oportunidad de recusar los hechos de su detención ante un tribunal imparcial, por el mero hecho de haber sido arrestado en el extranjero, en un escenario de Lucha contra el Terrorismo y de haber sido declarado por el ejecutivo un «combatiente enemigo»?
2. ¿La detención por tiempo indeterminado de un ciudadano americano, arrestado en el extranjero pero detenido en Estados Unidos, con base en la mera afirmación de los agentes policiales gubernativos que se trata de un «combatiente enemigo», es admisible según las leyes del Congreso y las previsiones de los tratados?
3. ¿En los procedimientos basados en el *habeas corpus*, que denuncian la detención por tiempo indeterminado de ciudadanos americanos arrestados en el extranjero, detenidos en Estados Unidos y declarados por los agentes del ejecutivo «combatientes enemigos», la doctrina de la separación de poderes prohíbe a la Corte Federal seguir los procedimientos habituales y dirigir una investigación sobre los hechos que justifican la detención declarada por el ejecutivo?
215. Westlaw, 2004 WI 1431951 (US).

del ejecutivo; que la seguridad nacional no debía ser sometida a «una valoración judicial a posteriori»; que la obtención de información en el ámbito de la lucha contra el terrorismo puede requerir la detención y que el poder judicial ni puede ni debería ambicionar juzgarlo.

En septiembre de 2004, Hamdi fue trasladado a Arabia Saudí tras la firma de acuerdos bilaterales entre Estados Unidos y Arabia Saudí. Perdió la ciudadanía americana y no puede abandonar territorio saudí.

El *caso Padilla* resulta interesante puesto que fue detenido en un aeropuerto en Estados Unidos en vez de en un campo de batalla extranjero. José Padilla[216], ciudadano americano convertido al Islam y que, por tanto, se hacía llamar Abdullah al Muhajir, era sospechoso de haber sido activista de Al-Qaeda y de haber colaborado para provocar la explosión de una bomba de dispersión radioactiva (*dirty bomb*) en Estados Unidos. Las pruebas obtenidas en su contra eran secretas. Inicialmente, se siguió contra Padilla el procedimiento ordinario y se le asignó abogado. Sin embargo, algunos meses después, el Presidente decidió que se trataba de un combatiente enemigo y, por tanto, su caso fue transferido del *Justice Department* al *Department of Defense*. La Corte de Distrito reconoció la jurisdicción militar[217] y creía que Padilla tenía el derecho de refutar su consideración como combatiente enemigo mediante el procedimiento del *habeas corpus* y, además, sostuvo que tenía derecho a un abogado. Además, el imputado tenía derecho a presentar pruebas de descargo y de contraponerlas a las pruebas del Gobierno en un proceso contradictorio. El *Department of Defense* rechazó cualquier discusión.

En segunda instancia, en noviembre de 2003, el Tribunal de Apelación de la Segunda Circunscripción decidió que Padilla no podía ser considerado como combatiente enemigo y que, tras 19 meses de detención preventiva, su detención ilegítima debía terminar o la decisión del Presidente debía ser examinada adecuadamente y el Gobierno debía haber probado los motivos de la detención con sospechas razonables[218]. En esta resolución se puso claramente de manifiesto la diferencia con el *caso Hamdi*. El Tribunal Supremo todavía no ha resuelto sobre dichos extremos[219]: el Tribunal consideró que New York, jurisdicción competente según la justicia ordinaria, era el punto de partida equivocado, puesto que la jurisdicción correspondía a Sud Carolina, lugar donde se encontraba en estado de detención militar y donde el *staff* militar responsable ostentaba la supervisión directa de sus decisiones. Consecuentemente, el caso se reenvió a la jurisdicción competente. Se alzaron objeciones provenientes de tendencias diversas, puesto que el traslado secreto de Justicia a Defensa tuvo lugar *inaudita altera parte*, en ejecución de una orden presidencial. Y ello en el mismo momento en que estaba siendo solicitado el recurso al procedimiento del *habeas corpus*. De ahí que los jueces Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer insistieran en que fuese aclarado: «Está en juego la pieza básica de una sociedad libre (...). La detención gubernativa llevada a cabo para investigar o prevenir actividades subversivas es la característica de la *Star Chamber*, mientras que el derecho a la defensa para proteger a los ciudadanos de errores del Estado y de injusticias es la esencia de un proceso justo (...). La detención de ciudadanos subversivos ordenada por el ejecutivo (...) no puede justificarse en la necesidad de utilizar procedimientos ilegales para obtener información. La detención en estado de aislamiento durante meses constituye uno de dichos procedimientos y es irrelevante que la información obtenida sea más o menos equiparable a la conseguida con formas más extremas de tortura». En cualquier caso, la jurisdicción competente deberá tener en cuenta la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el *caso Hamdi*.

Por último, el Tribunal Supremo dictó sentencia en los casos acumulados *Rasul y otros contra Estados Unidos*[220]. Los recurrentes, prisioneros en Guantánamo y ciudadanos de Reino Unido, Australia y Kuwait,

216. Véase: http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#padilla y, para los textos importantes, véase, también,: http://www.jenner.com/news/news_item.asp?id=12539624.

217. Cfr.: http://www.nysd.uscourts.gov/rulings/02CV04445_031103.pdf.

218. Véase: http://news.findlaw.com/cnn/docs/padilla/padillarums72303padbrf.pdf.

219. Se formularon las siguientes cuestiones:
1. Si el Presidente, en calidad de Comandante Supremo de las fuerzas armadas y bajo autorización del Congreso para utilizar la fuerza militar, Pub. L. no. 107-40, 115 Stat. 224, tiene autoridad para arrestar y detener a un ciudadano americano en Estados Unidos, basándose en una decisión suya de que se trata de un combatiente enemigo próximo a Al-Qaeda, implicado en actos hostiles y belicosos, o si el 18 USC Sec. 4001 (a) prohíbe esta forma de ejercer la autoridad presidencial.
2. Si el Tribunal de Distrito tiene jurisdicción frente al que se ha interpuesto el recurso basado en el *habeas corpus*.

220. Véase: http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-334.pdf.
Se formuló la siguiente cuestión: «Si los jueces de Estados Unidos carecen de jurisdicción para valorar los desafíos a la legalidad surgidos por las detenciones de ciudadanos extranjeros arrestados en el extranjero, coincidiendo con las hostilidades, y prisioneros en la base naval de Guantánamo, en Cuba».

fueron arrestados en Afganistán y en Pakistán a comienzos del 2002 y fueron mantenidos en estado de detención durante 24 meses sin que se les formulase ninguna acusación, sin derecho a un abogado y sin proceso. El Tribunal de Distrito acumuló sus casos[221] y decidió que podía aplicar la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo en el *caso Johnson contra Eisentrager*[222]. Dicha doctrina supone que cuando un extranjero se encuentra fuera de la soberanía territorial de Estados Unidos no existe ningún medio para poder aplicarle la Constitución americana. El Tribunal de Distrito rechazó que dicha doctrina se limitase a los enemigos extranjeros, esgrimiendo que ningún extranjero podía, por ejemplo, recurrir al *habeas corpus* fuera de la soberanía territorial de Estados Unidos. El Tribunal de Apelación americana de la Circunscripción de Distrito de Colombia casó y reformó la sentencia del Tribunal de Distrito[223] y precisó que el Tribunal Supremo había confirmado dicha doctrina en el *caso Estados Unidos contra Verdugo-Urquídez*[224]. Sin embargo, el Tribunal Supremo sostenía que Estados Unidos, a pesar de no disponer de plena soberanía sobre el caso, todavía tenían jurisdicción de forma plena y exclusiva. Ello significa que, en Estados Unidos, los jueces federales son plenamente competentes para decidir sobre la legalidad de las detenciones y sobre la aplicación de las garantías constitucionales. Con esta importantísima sentencia, el Tribunal Supremo puso fin al limbo legal de Guantánamo y restableció el derecho al *habeas corpus* en el seno de ese sistema de aislamiento y de confinamiento militar administrativo. De todos modos, tendremos que ver cómo los tribunales y las cortes de Estados Unidos van a aplicar los derechos civiles a la luz de las prerrogativas presidenciales en materia como asuntos exteriores, guerra y protección de la seguridad Nacional. El *caso Hamdi* puede servir como referente cuando se dan los presupuestos sentados en la resolución (por ejemplo, la legalidad de un arresto o de una detención, el derecho a un abogado, las peticiones rechazadas). Sin embargo, no está claro si dicha sentencia será aplicable respecto de los derechos de los detenidos por los americanos en centros militares en África, etc., al haber abandonado el Tribunal Supremo el criterio de la jurisdicción territorial y sustituirlo por el siguiente: «el *habeas corpus* opera en el ámbito de quien tiene al prisionero, no en el del propio prisionero, de modo que los jueces operan "en el ámbito de su respectiva jurisdicción" si el guardián puede ser perseguido por el mismo procedimiento». El juez Scalia, discrepando de raíz, sostuvo el ámbito aplicativo general del *habeas corpus*. Esa resolución explicativa es extensa y en ella se explica por qué el juez concluyó empleando la expresión «disiento», en vez de con la fórmula usual «con respeto disiento». Así, manifestó que «para este Tribunal crear en tiempo de guerra un modelo tan terrible, contrario a la confianza depositada por nuestro comandante militar en ley anterior, formulada de modo claro, es empirismo judicial de la peor especie». Asimismo, el juez demandó al Congreso que interviniese legislativamente.

La primera administración Bush creyó que acataba la voluntad del Tribunal Supremo, adoptando un procedimiento secreto de control ante un órgano colegiado de tres oficiales militares llamado Tribunal de revisión del Estatuto del combatiente, cuya misión era valorar si la liberación de los detenidos constituía un peligro para la seguridad nacional. Las decisiones de dicho órgano no necesitan ser motivadas y son inapelables[225]. En diciembre de 2005, alrededor de 210 casos fueron examinados por este órgano; dos de ellos fueron puestos en libertad, mientras que muchos de ellos se negaron a colaborar si no tenían derecho a un abogado independiente, ni acceso a los documentos. Es dudoso que este sistema garantice «una justa y verdadera oportunidad ante un órgano judicial imparcial» y, desde el principio, surgieron problemas en torno a la independencia de algunos oficiales militares y respecto al procedimiento.

Éste es el motivo por el que numerosos procedimientos de dicho órgano colegiado fueron recurridos ante los jueces federales ordinarios. *Así también lo hizo Hamdan, un afghano capturado an Afghanistan y trasladado a Guantánamo y sospechoso de haber cometido actos terroristas como chófer personal de Bin Laden. Él había visto confirmado su estatuto de combatiente del enemigo por el «tribunal» militar de revisión.* En noviembre de 2004, el juez de distrito americano Robertson, en una apelación por el *habeas corpus*, dictó una orden de suspensión del procedimiento militar hasta que un tribunal competente hubiera decidido sobre su estatuto de prisionero de guerra a la luz de la Convención de Ginebra de 1949 sobre el tratamiento de pisioneros[226]. Sin embargo, en apelación el United States Court of Appeals del destricto de

21. 215 f. Supp. 2d 55.
22. *Johnson contra Eisentrager*, 339 US 763 (1950). Véase, *supra*, apartado 6.2.
23. 321 f.3d 1134.
24. *Stati Uniti contra Verdugo-Urquidez*, 494 US 259 (1950). Este caso se ve atraído (oficialmente denominado «*abduction*») por parte de las autoridades americanas en Méjico.
25. N. A. Lewis y D. E. Sanger, *Administration changing review at Guantánamo Bay, The New York Times*, 1 julio 2004.
26. Véase: http://news.findlaw.com/usatoday/docs/tribunals/hamdanrums110804opn.pdf.

Columbia[227] decidió en julio 2005 que haya autorización suficiente de parte del Congreso para las comisiones militares y que la Convención de Ginebra de 1949 no otorgue a Hamdan el derecho de aplicarlo en los tribunales nacionales. Según el Appeal Court la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Rasul et alia* no convierte la Convención de Ginebra en una norma aplicable en tribunales nacionales. El Appeal Court va más lejos aún, subrayando que hasta en una eventual aplicación de la Convención sería dudosa la portada de la Convención en este caso, visto que no halla una definición clara de conflicto armado en situación de guerra civil. Finalmente, subraya the Appeal Court, Hamdan siempre puede recurrir a los Tribunales federales comunes, después de haber recurrido a todos los remedios en los Tribunales militares. Con esta decisión el foro excepcional militar *rimane en pie*, a pesar de las sentencias del Tribunal Supremo. Sin embargo, no sea dicha que no hará otras batallas jurídicas en otros casos que tienen un resultado opuesto y que obligen al Tribunal Supremo a pronunciarse de nuevo en una fase ulterior.

VIII. CONCLUSIÓN

En 1998, el magistrado de el Tribunal Supremo William Rehnquist sostuvo que los derechos civiles pueden verse limitados en períodos de emergencia[228]; sin embargo, durante una conferencia ante la *New York City Bar Association*, el magistrado Stephen Breyer (también del TS) afirmó que la Constitución debía ser respetada en todo momento y, quizá, con mayor intensidad, en los periodos de emergencia[229]. Estas opiniones de dos jueces del TS evidencian el principal aspecto problemático de la cuestión: ¿hasta qué punto la Constitución americana permite la aplicación de legislación especial en periodos de crisis (guerra, motines, estado de emergencia)? ¿Pueden marginarse respecto de algunos ciudadanos fundamentos del principio de legalidad, como el principio de igualdad ante la ley y el derecho a un proceso justo? ¿Resultan compatibles con la Constitución pruebas secretas, procesos secretos, arrestos administrativos y poderes discrecionales de amplio alcance? ¿De qué forma el poder legislativo y el ejecutivo quedan sometidos a control judicial con la aplicación de la legislación especial?

La legislación especial del Congreso y del Presidente del 11 de septiembre de 2001 no es, al fin y al cabo, la única en la historia de Estados Unidos; dicha legislación supone una aplicación de las prerrogativas presidenciales reconocidas en la Constitución en el ámbito de la defensa, de la seguridad y del comercio exterior. Sin embargo, hemos asistido a un cambio evidente: el Congreso ha optado por delegar ampliamente poder al ejecutivo, aprobando gran cantidad de leyes en blanco que el ejecutivo puede interpretar discrecionalmente y sin ningún mecanismo de control político previsto. Fue precisamente en la aplicación de estas leyes, cuando la primera administración Bush desplegó toda la retórica de la guerra contra el terrorismo; el lema era «abatir las leyes para llegar al diablo». Por tanto, ya que el Estado constitucional, los derechos fundamentales y las garantías legales reconocidas por el mismo suponen un obstáculo, lo que procede es suprimirlas (temporalmente) privilegiando la seguridad nacional. Además, el ejecutivo no se muestra especialmente inclinado a la transparencia y trata de mantener en secreto la información relativa a la legislación, a la administración y al ejercicio de la justicia. Bajo el mandato de la primera administración, este secreto excedió todo límite y tensó al máximo aspectos esenciales del principio de legalidad: una legislación accesible, una mayor apertura del Gobierno y una administración pública de la justicia. El aislamiento pasó a formar parte del sistema e incluso los abogados tuvieron serias dificultades para poder ejercer su profesión, mientras el principio de legalidad era erosionado constantemente en aras de la seguridad. El secreto oscurece la luz de la justicia y hace que los postulados esenciales del Iluminismo y del moderno derecho penal se vean empañados.

La Comisión del 11 de septiembre no recomendó ningún cambio al respecto; sólo sugirió incrementar las obligaciones de rendir cuentas al Congreso. Tales mandatos fueron incorporados en la *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* (IRTPA) del 2004. El Título VI[230] contiene disposiciones relativas a las demandas del Attorney General de que las comisiones de *intelligence* informen al Congreso sobre la utilización de medidas coercitivas (vigilancia electrónica, confiscaciones personales, *pen registers*, acceso a grabaciones) previstas en la FISA, sobre autorizaciones secretas y uso de información-FISA en procedimientos penales. La IRTPA establece, asimismo, un *Board on Safeguarding Privacy and Civil Liberties.*

227. United States Court of Appeals for the Dirstrict Court of Columbia Circuit, 15 julio 2005, http//pacer.cadc.uscourts.for/das/comman/opinions/200507/04-53P3a.pd
228. W. H. REHNQUIST, *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime* (1998).
229. S. G. BREYER, *«Liberty, Security, and the Courts» Association of the Bar of the City of New York*, New York, 14 abril 2003.
230. Sección 6002.

Este órgano accedió a toda la información relevante de las agencias más importantes, pero la ley dispone, de modo explícito, que tal órgano actúa bajo responsabilidad del NID y del Presidente, y que el NID previa consulta al Attorney General puede decidir no divulgar cierta información, como la reservada o antiterrorista para proteger la seguridad nacional. Así pues, las libertades civiles no parecen garantizadas del todo por un órgano que forma parte del ejecutivo, que simplemente tiene acceso a la información y que ejercita sus funciones sólo si ello resulta compatible con los intereses prioritarios de la seguridad nacional. De nuevo la tutela de las libertades civiles depende de la seguridad.

Además del derecho penal secreto, obviamente, existen numerosas injerencias en el derecho penal sustantivo y en el procedimiento penal. El derecho penal distingue entre ciudadanos comunes y enemigos; el derecho penal del enemigo (combatientes enemigos, extranjeros enemigos) se funda en postulados que provienen del derecho penal de los años 20 y 30, basados más en la peligrosidad que en la ilegalidad. Mezger[231], por ejemplo, hablaba de *Täterstrafrecht*, *Lebensführungsschuld* e *Lebensentscheidungsschuld:* el derecho penal objetiviza algunas categorías de ciudadanos en base a la raza, a la fe religiosa o a la nacionalidad y no asume ninguna relevancia si el derecho penal interviene *post o antedelictum*. La criminalización de los extranjeros enemigos o de los combatientes enemigos, así como el perverso concepto de guerra preventiva y de investigación preventiva en el marco de la justicia, se enmarcan en este contexto[232]. En el sistema procesal penal opera una distinción entre procedimiento ordinario y procedimientos FISA; la extensión del procedimiento especial FISA, secreto y basado en la actividad investigadora de *intelligence*, crece constantemente *ratione materiae et personae*, hasta el extremo de equiparase al procedimiento de investigación ordinario, incluso en los casos nacionales. La *Patriot Act* ha garantizado al FBI la posibilidad de utilizar el derecho penal FISA en la lucha contra el terrorismo nacional. Se han ampliado métodos especiales secretos de investigación y dado que, cada vez con más frecuencia, se vinculan a procedimientos ante un tribunal o *inaudita altera parte*, se afianza el secreto de muchas pruebas. Además, han sido también ampliados los poderes de investigación de los servicios de *intelligence* y las informaciones obtenidas pueden ser utilizadas como pruebas secretas. Podría surgir el temor de que la administración secreta de la justicia promueva técnicas de interrogatorios prohibidas, que han sido calificadas como métodos de presión y violencia. En definitiva, la primera administración Bush ha supuesto una férrea militarización del sistema de justicia penal ya sea con la atribución de funciones de investigación a los servicios de *intelligence* y a las unidades militares ya sea con la creación de comisiones militares para los enemigos combatientes. Precisamente, a causa del limitado ámbito de aplicación de la Constitución y del sistemático no reconocimiento del derecho internacional y de la jurisdicción internacional, Guantánamo se ha convertido en un símbolo de un limbo legal o de un agujero negro legal. Las conquistas del Iluminismo y de la Revolución Francesa, tan queridas para los Padres Fundadores de la Constitución americana, parecen haberse perdido en las actuales previsiones constitucionales.

Asimismo, se han llevado a cabo importantes reformas en el sistema penal ordinario: como emerge de la *Patriot Act*, los poderes del FBI se han ampliado de forma considerable, hasta el punto de que el control judicial, aunque no ha sido suprimido, ha visto su ámbito notablemente reducido. Por tanto, existe la amenaza de que la autorización judicial pierda todo valor; de hecho, para ejercer muchísimos poderes de investigación –como la petición de informaciones grabadas y conservadas por los *service providers*– no requiere ninguna autorización y el acceso a dicha información se ha sometido a limitaciones muy concretas. Las obligaciones de revelación de datos por parte de los *service providers* y los poderes de solicitar dicha información por el FBI resultan de tan amplio alcance que bien puede hablarse de técnicas «de arrastre» en la obtención de información. Por otra parte, frecuentemente, no se permite informar a los sujetos afectados sobre la revelación de información que les afecta.

La eficacia de algunas partes importantes de la *Patriot Act*, como, por ejemplo, el decomiso secreto o las órdenes pen/trap o las autorizaciones dictadas por jurisdicciones concretas, no está limitada temporalmente; la primera administración Bush ya solicitó al Congreso que prolongase la vigencia de ciertas previsiones que perdían eficacia a finales del 2005. Además, el *Justice Department* ya ha elaborado un segundo borrador de ley, que resulta una especie de «Hijo de la *Patriot Act*»[233] o *Patriot Act bis*[234]. La intención es presentar el proyecto ante el Congreso en tiempo útil. Sin embargo, el texto ya se ha divulgado

231. E. Mezger, *Die Straftat als Ganzes*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, pg. 689.
232. Véase: http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf., *The National Security Strategy of the USA*, 2002.
233. C. Lane, *US may seek wider anti-terror-powers*, *Washington Post*, 8 febrero 2003. Para consultar el texto, véase: http://www.eff.org/Censorship/Terrorism_militias/patriot2draft.html.
234. Opinión, Patriot Act, Part II, The New York Times, 22 septiembre 2003.

y se sabe que limita, todavía de modo más drástico los derechos fundamentales mediante una adicional extensión del derecho penal secreto de la FISA al ámbito de la seguridad y a través de la concesión al Attorney General de poderes más amplios respecto de los enemigos extranjeros y de poderes de supervisión más generalizados en el marco de la seguridad nacional.

La victoria del Presidente Bush, en noviembre de 2004, asegura que el Gobierno republicano[235] podrá poner en práctica su visión del nuevo orden constitucional[236]. No obstante, todavía está por ver si la segunda administración Bush será capaz de expandir la legislación anti-terrorista. La Comisión del 11 de septiembre ya ha destacado que algunas de las disposiciones más controvertidas de la *Patriot Act* dejarán de ser eficaces a finales de 2005. No obstante, de momento la comisión es cautelosa y no excluye que el gobierno federal necesite de más poderes o de intensificar el uso de los que ya dispone. Además es consciente de la preocupación que generan las restricciones de la libertad y los derechos civiles y la pérdida de equilibrio entre los poderes en favor del Gobierno. Sin embargo, únicamente, ha solicitado que se lleve a cabo un amplio debate e información sobre la *Patriot Act*[237].

La primera administración Bush ha sido acusada de conferir un *status* permanente a la legislación de emergencia, de expandir en exceso los poderes de la policía, e incluso de reconducir la lucha contra la droga al ámbito de la legislación anti-terrorista. La seguridad y la lucha contra el terrorismo han pasado a ser una prioridad absoluta para la segunda administración Bush y el nombramiento de Alberto R. Gonzales –conocido por ser el artífice de la legislación de Guantánamo– como Fiscal General es indicativo de que Bush pretende extender la legislación de emergencia. La lástima ha sido que las comparecencias de Gonzales en el Congreso, en enero de 2005, se hayan centrado de forma casi exclusiva en el uso de tortura con los sospechosos de terrorismo. Gonzales se ha comprometido a respetar la legislación internacional en esta materia. En la citada comparecencia, por el contrario no se le preguntó sobre el refuerzo del *Patriot Act*, ni sobre aspectos de la legislación contra el terrorismo nacional e internacional o sobre la recogida de información. En realidad parece que los miembros del Congreso no se hayan dado cuenta de la importancia de respetar la legalidad en periodos de emergencia.

En los últimos tiempos, el Tribunal Supremo se ha pronunciado para evitar que la preocupación por la seguridad relegue o margine al Estado Constitucional. El problema es si el Tribunal ha sido lo suficientemente claro, por ejemplo, ¿la sentencia sobre la detención en Guantánamo es aplicable a Afganistán?, ¿por qué el Tribunal Supremo no ha establecido requisitos más precisos para el órgano que debe comprobar el respeto del *habeas corpus* o de su legalidad?, ¿por qué el citado Tribunal no ha prestado atención al derecho internacional aplicable? Ahora, frente a las decisiones del Tribunal Supremo y a la inminente actividad legislativa de la segunda administración Bush, serán los procedimientos concretos los que determinen el grado de constitucionalidad de la política anti-terrorista de Estados Unidos y acabarán condicionando, después de los ataques del 11 de marzo de 2004 en Madrid y de julio de 2004 en Londres, también la política europea.

Sólo se puede esperar que tanto el poder judicial como el legislativo sean plenamente conscientes de que debilitar el Estado Constitucional y los derechos y libertades civiles es el peor modo de afrontar una de las amenazas más graves que se ciernen sobre el Estado.

235. El partido republicano se inspira fundamentalmente en la filosofía de Leo Strauss, ferviente crítico del liberalismo. Vid., http://www.straussian.net.

236. Para un análisis profundo de las modificaciones en el pensamiento constitucional que emergen de la Corte Suprema, Cfr. M. TUSHNET, *The New Constitucional Order*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2003.

237. Vid., http://gpoaccess.gov/911, pg. 394.