



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El conflicto entre libertad y seguridad. El Acta
Patriota en Estados Unidos.

Autor

Ramón Gisbert Carrillo

Director

José Felix Muñoz Soro

Facultad de Derecho, Zaragoza

2015-2016

ÍNDICE

	Páginas
LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	4-5
1. Cuestión tratada.....	4
2. Razón de elección del tema y justificación de su interés.....	4-5
3. Metodología seguida.....	5
II. LA SOCIEDAD DEL RIESGO.....	6-7
III. ORIGEN DEL ACTA PATRIOTA.....	8-9
IV. SECCIONES MÁS RESTRICTIVAS DEL ACTA QUE AFECTAN A PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	10-21
1. Ámbito de aplicación.....	10-13
2. Concepto de terrorismo.....	14-15
3. Régimen de detención.....	15-18

4. El Acta frente a la tradición de los derechos en Estados Unidos.....	19-21
V. EXCESOS EN LA APLICACIÓN DEL ACTA.....	22-25
VI.EL ACTA COMO EJEMPLO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	25-28
VII. DERECHOS INDIVIDUALES AFECTADOS POR EL ACTA.....	28-30
VIII. OPINIÓN PERSONAL.....	30-32
IX. REFERENCIAS.....	33-35

1 LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

FBI= Federal Bureau of Investigation (Oficina de Investigación Federal)

FISA= Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera de 1978)

MCA= Military Commissions Act of 2006 (Acta de Comisiones Militares de 2006)

NSA= National Security Agency (Agencia de Seguridad Nacional)

GCHQ= Central Gubernamental de Comunicaciones británicas

ISIS= Estado Islámico de Irak y el Levante

ACLU= American Civil Liberties Union (Unión Americana de Libertades Civiles)

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuestión tratada

Las sociedades occidentales vienen mostrando una marcada tendencia hacia la seguridad como valor primordial, prueba de ello son los diferentes textos legales que se han promulgado en estados occidentales como Estados Unidos (Acta Patriota), España (Ley de seguridad ciudadana) o recientemente Francia, tras los atentados terroristas de noviembre de 2015. Este trabajo se centra principalmente en el Acta Patriota, una ley estadounidense promulgada tras los atentados del 11 de Septiembre de 2001, que desplazó el derecho en dirección a la seguridad, en detrimento de la libertad.

2. Razón de elección del tema y justificación de su interés

El conflicto entre libertad y seguridad es un tema clásico del derecho moderno, compuesto por multitud de aspectos jurídicos, sociales, culturales y psicológicos. Los atentados de París de noviembre de 2015 han reavivado las alarmas del terrorismo, y son muchas las voces que claman a favor de legislaciones que prioricen la seguridad ciudadana, de forma que las medidas excepcionales, establecidas por una situación de alarma social, pueden terminar por convertirse en definitivas. En este sentido, el caso de Estados Unidos, el atentado de las Torres Gemelas el 11 de Septiembre de 2001 y la ley que se dictó a raíz del mismo, son un ejemplo muy similar que podemos analizar exhaustivamente para poder ofrecer respuestas jurídicas al fenómeno del terrorismo de cara a decidir en que clase de sociedad queremos vivir. Se trata de un asunto complejo que implica a muchos sectores de la sociedad, entre ellos a los medios de comunicación, pues en sus manos se encuentra la posibilidad de afrontar el problema del terrorismo desde una perspectiva adulta y racional, o a través de la creación de miedo, alarma o neurosis general.

Por otro lado, los análisis de este texto legal en castellano son escasos, hasta el punto de que ni siquiera existe una traducción al castellano del mismo, cuando se trata de un texto legal de enorme interés, tanto a nivel jurídico, como por la polémica que ha

suscitado entorno a la restricción de derechos constitucionales. A nivel personal me ha supuesto un reto la lectura de un texto legal de configuración y redacción radicalmente distinta a la del derecho castellano y europeo, puesto que El Acta Patriota refunde varios textos legales estadounidenses. Además, el reto se ha ampliado por no existir apenas fuentes que consultar en castellano acerca de este tema y la complejidad de traducir literalmente la legislación americana al castellano.

3. Metodología seguida

Para la realización de este trabajo voy a llevar a cabo un breve estudio del marco histórico en el que se promulgó la Ley, utilizando la obra "*La Sociedad del Riesgo*" del sociólogo Ulrich Beck, con el objetivo de contextualizar y comprender las causas que llevaron a la publicación del Texto.

En cuanto a la estructuración del trabajo, tras esta introducción de análisis sociopolítico y las causas históricas, entraré de lleno en el ámbito de aplicación de la norma y sus secciones más restrictivas para con los derechos constitucionales, usando como marco de referencia el derecho democrático moderno a la hora de interpretar y desglosar las implicaciones de los preceptos. Posteriormente comento cual ha sido la aplicación práctica de la ley y los problemas que ha generado a nivel social y legal. Más tarde, constato un interesante debate doctrinal que ha existido en torno a la aplicación de un derecho tan penalizador, así como breves referencias a los derechos constitucionales que afecta la Ley, finalizando con unas conclusiones personales.

II. LA SOCIEDAD DEL RIESGO

El sociólogo Ulrich Beck describe en su obra "*La sociedad del Riesgo*" el contexto histórico y político de la sociedad moderna global, siendo posible relacionar su análisis teórico con diversos ejemplos prácticos.

De esta manera, Beck habla de segunda modernidad refiriéndose a cinco conceptos claves: globalización, individualización, revolución de generos, subempleo y riesgos globales. El riesgo para Beck consiste en un enfoque moderno de la previsión y control de consecuencias futuras de la acción humana. Así las cosas, entiende que el riesgo presume decisiones humanas de todo tipo, en especial de carácter industrial, dado que este tipo de proyectos se convierten en empresas políticas que presuponen un consenso a largo plazo. Muchos de estos proyectos suponen riesgos y pobreza para países terceros, tanto en el sector primario (producción) como en el sector secundario (transformación). Beck expresa esta idea afirmando que "*la globalidad del riesgo no significa un reparto equitativo del riesgo, sino todo lo contrario, la contaminación (y otros riesgos) sigue al pobre*"¹. Un ejemplo de ello son la República del Congo (extractor principal de coltán, mineral necesario para la fabricación de telefonía móvil y videoconsolas) o China (con niveles de contaminación desorbitados), procediendo de estos dos países una importante parte de la producción que los países occidentales consumen. Beck establece que el capital es global, mientras que el trabajo es local, lo cual conlleva el aumento de la fragilidad del trabajo humano², dado que el aumento de las tecnologías flexibiliza el mercado laboral, lo vuelve menos previsible y susceptible de cálculo, de forma que lo que ayer era un trabajo humano cualificado (un traductor de idiomas) ahora es sustituible por las máquinas.

De estas constataciones se extrae la conclusión de que unos países o estados se benefician de la producción del riesgo, mientras que otros la sufren, estando amenazados física y económicamente. En el caso de Estados Unidos y el Acta Patriota,

¹ BECK, ULRICH, *La Sociedad del Riesgo*, Editorial Paidós, Barcelona, 1998, p. 25-49.

² BECK, ULRICH, *La Sociedad del Riesgo...cit.*, p. 190.

el atentado terrorista (primer riesgo) sumado a la incertidumbre de la existencia de armas de destrucción masiva (segundo riesgo) justificaron la guerra de Irak y Afganistán, así como la propia Ley. Estos dos riesgos han supuesto para Estados Unidos enormes beneficios políticos, económicos, industriales y militares: Invasión militar de un país con cuantiosos recursos energéticos (petróleo), el auge de la industria armamentística y militar (siendo Estados Unidos el mayor exportador mundial de armas³), la enorme expansión de las empresas de seguridad y tecnología asociada (seguridad privada, alarmas, videovigilancia), la ampliación del poder ejecutivo en detrimento del judicial, o la justificación para obtener fondos para el desarrollo de tecnologías de espionaje masivo (y la consiguiente captación de información industrial, patentes, datos personales).

En relación con estos hechos, Beck describe los actos de guerra de los países occidentales como "humanismo militar", pues se justifican imponiendo los derechos humanos (al menos formalmente) a través de una fachada cosmopolita, lo cual constituye una estrategia de poder disfrazada. Un elemento interesante del trabajo de Beck es la constatación de que la política en la sociedad del riesgo se desarrolla en la televisión⁴. Es principalmente a través de este medio donde la sociedad forma sus opiniones, se informa, elabora sus ideas y construye modelos. Se trata de un hilo conductor de diferentes ideas, entre las que destaca el miedo, pues a través de imágenes repetidas constantemente se favorece la creación de éste, así como de la inseguridad, y una vez estos sentimientos están instaurados en la sociedad, se adoptan medidas que de otra forma serían imposibles de tolerar. El sector de seguridad privada en España facturó un total de 2895 millones de euros el año pasado⁵, es decir, actualmente se constituye como un pilar económico y social. Este dato, así como la forma en que este tipo de empresas se publicitan⁶ (a través de una publicidad que reproduce escenas de robos, intimidaciones y violencia), avalan estos argumentos.

El Acta Patriota va muy encaminada con las tesis de Beck sobre la sociedad del riesgo por tratarse de una ley global, ya que afecta jurídicamente a personas físicas y jurídicas a nivel transnacional, otorgando importantes poderes al Estado. Beck relaciona el

³<http://www.europapress.es/internacional/noticia-eeuu-rusia-consolidan-liderazgo-exportadores-armas-nivel-mundial-20160222122458.html> consultado el 10-04-2016

⁴ BECK, ULRICH, *La Sociedad del Riesgo...cit.*, p. 169 y ss.

⁵ <http://ranking-empresas.eleconomista.es/sector-8010.html> consultado el 10-04-2016

⁶<https://www.youtube.com/watch?v=kmfSg71oEmM> consultado el 17-05-2016

fenómeno de la globalización con el debilitamiento de las estructuras estatales, de la autonomía del estado y su soberanía, puesto que cada vez depende en mayor medida de las decisiones del resto, así como de sus productos y capital. El Acta Patriota es una reacción enérgica de Estados Unidos ante esta realidad con el objetivo de tomar parte activa en la nueva modernidad y poseer un importante control de la misma.

III. EL ORIGEN DEL ACTA PATRIOTA

El Acta Patriota es el texto legal estadounidense que se aprobó por mayoría absoluta desde el Senado y la Cámara de Representantes como reacción a los atentados del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas. George Bush, presidente de Estados Unidos en ese momento, promulgó la ley el 26 de octubre de 2001, 45 días después del ataque. Se trata de una ley extraterritorial, es decir, de jurisdicción internacional, pues afecta a asuntos de empresas transnacionales, como el lavado de dinero de los bancos y entidades financieras.

El objetivo del texto es dotar a las agencias de inteligencia y seguridad estadounidenses de una estructura legal a través de la cual poder combatir el terrorismo y otros delitos graves, permitiéndoles utilizar un mayor grado de control y vigilancia contra este tipo de actos. El Acta Patriota ha sido puesta en tela de juicio por numerosas organizaciones de derechos humanos y expertos en derecho por la restricción de derechos individuales que supone, más aun teniendo en cuenta el valor que culturalmente le dan los estadounidenses a los derechos y libertades individuales.

George Bush explicó a los norteamericanos que debían decidir entre su seguridad personal y territorial, y sus derechos constitucionales, y puesto que el texto fue aprobado por mayoría abrumadora, se entiende cual fue la decisión de la sociedad, aun cuando varios sectores de la sociedad denunciaron que el texto era contrario a la Constitución de Estados Unidos. La preocupación y oposición de intelectuales, abogados, jueces y personas del mundo del derecho a esta ley estuvo enmarcada en un contexto social muy complejo, dado que existía un gran temor a que hubiese nuevos ataques terroristas, y la situación era de alarma social. El propio título de la ley (USA PATRIOT ACT) llamaba a la unidad nacional con un título preliminar muy claro:

"Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorismo", cuya traducción es: Uniendo y fortaleciendo a América al proveer los instrumentos apropiados, requeridos para interceptar y obstruir el terrorismo. En este marco, quien se opusiera a la reacción del gobierno podía ser tachado de antipatriota o enemigo nacional.

En cuanto a la aplicación de la Ley, los apartados más restrictivos de libertades y derechos fueron promulgados inicialmente como provisionales de emergencia debido al estado de excepción que vivía el país. Concretamente tenían como límite temporal el 31 de diciembre de 2005. No obstante, meses antes de la fecha citada, los grupos que apoyaban el Acta Patriota comenzaron a exigir su implantación definitiva y permanente.

En 2005, se producen los hechos conocidos como la renovación de 2005, esto es, las dos cámaras (Senado y Cámara de Representantes) aprueban textos de reforma muy diferentes. Por un lado, la Cámara de Representantes mantuvo el texto prácticamente idéntico, otorgándole carácter permanente, mientras que el Senado declaraba sin efecto la mayoría de las restricciones y articulaba normas de reestablecimiento de derechos. Finalmente, una comisión bicameral acordó refundir ambos proyectos, siendo el de la Cámara de los Representantes el que consiguió plasmarse con más fuerza, de forma que las cláusulas de reactivación de derechos y libertades no se llevaron a la práctica.

Los motivos para la renovación quedan recogidos en el discurso del 17 de Diciembre de 2005 pronunciado por el presidente de los Estados Unidos, George Bush⁷:

Una de las primeras medidas que tomamos para proteger a los Estados Unidos tras el ataque contra nuestra nación fue pedirle al Congreso que aprobase el Acta Patriota. EL Acta Patriota derrumbó las barreras jurídicas y burocráticas que evitaban que oficiales policiales, judiciales y de inteligencia intercambiasen información vital acerca de las amenazas terroristas. Esta ley también permitió que los investigadores federales persiguiesen a los terroristas con herramientas que ya usaban contra otros delincuentes. El Congreso aprobó esta ley con una gran mayoría, compuesta por miembros de ambos partidos, incluyendo un voto de 98-1 en el Senado de los Estados Unidos.

⁷ <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/homeland/index.es.html> consultado el 11-04-2016

IV. SECCIONES MÁS RESTRICTIVAS DEL ACTA QUE AFECTAN A PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. **Ámbito de aplicación**

Una de las características más importantes del Acta Patriota es su carácter extraterritorial. Ello se plasma en su título preliminar, que reza: "Para disuadir y castigar los actos terroristas en los Estados Unidos y en todo el mundo, para mejorar las herramientas de investigación encargados de hacer cumplir la ley, y para otros fines". Diversas disposiciones del texto lo avalan, por ejemplo en la **sección 377**, que regula la competencia extraterritorial:

Por el presente se modifica el Art. 1029 del Título 18 del U.S. Code, añadiendo al final del mismo la siguiente redacción:

'(h) Toda persona que, fuera de la jurisdicción de los EE.UU., llevara a cabo cualquier acto que, de ser cometido dentro de la jurisdicción de los EE.UU., constituiría un delito en virtud del inciso (a) o (b) de este artículo, quedará sujeta a las multas, sanciones, penas de prisión y confiscación previstas en el presente título si:

'(1) el delito involucra un dispositivo de acceso emitido, de propiedad de, administrado, o controlado por una entidad financiera, emisor de cuenta, integrante de sistema de tarjetas de crédito, u otra entidad en jurisdicción de los EE.UU.; y

*'(2) la persona que transporte, entregue o transfiera hacia o a través de la jurisdicción de los EE.UU., o en general almacene, oculte o mantenga en jurisdicción de los EE.UU., cualquier artículo utilizado para ayudar a cometer el delito, o el producido del delito o cualquier bien derivado del mismo.'*⁸

A este respecto, desde la **Sección 201 a la 225**, se regula la posibilidad de que las autoridades intercepten comunicaciones orales, escritas o electrónicas para llevar a cabo investigaciones criminales, vigilar a presuntos sospechosos a través de seguimientos, realizar la búsqueda y respectiva captura de los mismos fuera de los Estados Unidos, así

⁸ Esta traducción y todas las posteriores han sido realizadas por el autor del Trabajo de Fin de Grado.

como obtener información de organismos de inteligencia extranjera:

Se especificará:

` (I) la identidad , si se conoce, de la persona que es objeto de la investigación;

` (Ii) la identidad , si se conoce, de la persona a la que está vinculado o el nombre que aparece en la lista de la línea de teléfono u otra instalación a la cual la orden de rastreo y el dispositivo de rastreo se van a unir o aplicar.

` (Iii) Los atributos de las comunicaciones:

Se aplicará, por ejemplo, el número u otro identificador, y, si se conoce, la ubicación física de la línea de teléfono u otra instalación a la que se registra la orden de rastreo y el dispositivo de rastreo que se ha de fijar o aplicar y, en el caso de un dispositivo de captura y localización, de los límites geográficos de la orden de rastreo.

De esta forma, se permite recopilar y guardar la información relativa a la identidad de los participantes de una llamada telefónica, que tarjeta de crédito paga esas llamadas, la localización física de los teléfonos, el registro de llamadas al que ha de asociarse esa comunicación. Según la Ley, el FBI o las agencias de inteligencia solo podrán investigar la dirección de los correos electrónicos o mensajes enviados a través de comunicaciones telemáticas, y no su contenido. No obstante, las revelaciones de Edward Snowden, que se tratarán más adelante, demostraron que se exploraba el contenido de los mensajes y se recopilaba y almacenaba toda la información que contenían, a la vez que se registraban los links o sitios web a los que los usuarios accedían.

La **sección 214** titulada "REGISTRO DE LLAMADAS, RASTREO Y AUTORIDAD FISA" remite a la **Sección 403** de la ley FISA (**Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978**) y la modifica, de forma que protege jurídicamente a los ciudadanos norteamericanos postulando que no se les podrá investigar utilizando estos métodos si las sospechas se encuentran sobre la base de actividades que estén protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución, de lo cual se extrae que los ciudadanos no estadounidenses están desprotegidos frente a estas prácticas, es decir, en situación de

indefensión jurídica. El Tribunal FISA fue creado por la misma ley que le da nombre, con el objetivo de que supervisase las solicitudes de órdenes de vigilancia de las agencias policiales federales contra presuntos agentes de inteligencia extranjeros dentro de los Estados Unidos, si bien el Acta Patriota estableció que tomara decisiones sobre las peticiones de investigación llevadas a cabo a tenor de la nueva legislación. Un ejemplo de estas prácticas consiste en que el FBI puede llevar a cabo escuchas o registros en domicilios con el objeto de recabar pruebas sin probar que existen indicios fehacientes de que la persona acusada ha participado o colaborado en delitos recogidos en el Acta Patriota. En caso de que el FBI alegue motivos de "seguridad nacional" o "investigación sobre terrorismo" ante un tribunal FISA, el juez tiene la obligación de dictar una orden, salvo para investigaciones que afecten directamente a un norteamericano que solamente lleve a cabo actividades protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución.

En este orden de cosas, a nivel procesal, la **sección 505** del Acta Patriota ha ampliado la autoridad del gobierno para utilizar el procedimiento conocido como "órdenes de seguridad nacional" (National Security Letters), que consisten en un tipo de citación administrativa empleada por el FBI en investigaciones de inteligencia sin autorización judicial. Permite a los funcionarios de las agencias federales apoderarse de los registros financieros, información de comunicaciones y otros documentos personales mediante la redacción de una carta o escrito justificando que la información que se busca es relevante para una investigación de seguridad nacional. Teóricamente, a través de este procedimiento solo se puede acceder a información que no revela el contenido, por ejemplo, la duración de una llamada entre dos teléfonos. Las "órdenes de seguridad nacional" generaron una gran polémica, especialmente acerca del tema de los «bibliotecarios», puesto que se creó la percepción social de que el FBI podía convertir a trabajadores corrientes como los bibliotecarios, en informadores, que cometerían un delito si revelaban que la agencia les había solicitado datos sobre los libros que leían sus conciudadanos⁹.

La sección 215 permite a los agentes del FBI obtener una orden judicial que obliga a la persona investigada a presentar cualquier tipo de documentación tangible como artículos, registros o libros que se le requieran. En caso de que se alegue que la

⁹ <https://www.propublica.org/article/remember-when-the-patriot-act-debate-was-about-library-records> consultado el 15-04-2016

investigación versa sobre "terrorismo internacional o actividades de inteligencia clandestina", el juez deberá conceder la orden. La documentación puede ser de cualquier tipo, esto es, informes médicos, contabilidad, balances financieros, informes sobre consumo de drogas realizados por empresas durante el proceso de contratación, o informes de inmigración de organizaciones no gubernamentales.

*“(a)(1) El Director de la Oficina de Investigación Federal o una persona designada por el Director (cuyo rango no puede ser inferior a Agente Especial adjunto a cargo) puede presentar la solicitud de una orden requiriendo la producción u obtención de cualquier cosa tangible (**incluyendo libros, registros, papeles, documentos y otros objetos**) para una investigación que tenga por objetivo la protección contra terrorismo internacional o actividades de inteligencia clandestina, siempre que dicha investigación sobre un estadounidense no se encuentre basada únicamente en actividades protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución.*

Asimismo, prohíbe a cualquier persona, incluido el investigado, revelar o informar a otras de que el FBI ha obtenido dicha documentación:

d) Ninguna persona revelará a cualquier otra persona (distinta de aquellas personas necesarias para producir las cosas tangibles mencionadas en esta sección) que la Policía judicial ha buscado o ha obtenido cosas tangibles amparada en esta sección.

Por otra parte, las entidades financieras están encargadas de controlar diariamente (**sección 330 y 505**), según lo dispuesto en la ley, las transacciones y movimientos financieros y están obligadas a informar sobre cualquier actividad o movimiento sospechoso sin informar a la persona física o jurídica interesada ni indemnización alguna por los daños que puedan ser consecuencia de estas actuaciones. Hay que tener en cuenta que a través de internet no solo se comparten datos personales o privados de las personas, sino proyectos industriales, patentes y otros activos de gran importancia social, económica, militar e industrial, por lo que esta ley concede a Estados Unidos un poder de espionaje y almacenamiento de datos sin precedente en la historia de la humanidad.

Si bien la **sección 215** prohíbe que un ciudadano norteamericano sea investigado por llevar a cabo actividades protegidas por la Primera Enmienda, sí se permite la investigación de personas estadounidenses que lleven a cabo acciones protegidas por la

Primera Enmienda relacionadas con actos de terrorismo internacional o de inteligencia exterior o clandestina; Además, de la propia redacción de la Ley, se desprende de nuevo que solo se encuentran protegidos los ciudadanos norteamericanos.

2. Concepto de terrorismo

Uno de los mayores problemas que presenta el Acta Patriota es el propio concepto de "terrorista", ya que el término se formula de manera que su uso puede extenderse a multitud de situaciones y personas que en realidad no encajan con ese perfil. Según la Real Academia Española de la Lengua, terrorismo¹⁰ *consiste en la sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror*. La palabra terrorista ha sido usada con frecuencia por los poderes públicos, políticos y diversas autoridades de muchos países del mundo, de hecho forma parte del nuevo lenguaje de la seguridad, con expresiones como "terrorismo de baja intensidad", para referirse a personas que por ejemplo queman contenedores de residuos en la vía pública.

La **sección 802** del Acta Patriota define al llamado "terrorismo doméstico":

SEC. 802. DEFINICIÓN DE TERRORISMO DOMÉSTICO.

(B) aquellos actos dirigidos a:

(i) intimidar o coaccionar a la población civil.

(ii) modificar las políticas del gobierno a través de la intimidación o coacción.

Como puede observarse, la definición incluye cualquier actuación criminal que pretenda "intimidar o coaccionar a la población civil" o para "influir en las políticas del Estado por medio de la intimidación o coacción". Se trata de una definición legal que puede englobar multitud de situaciones de hecho, desde un manifestante que rompe un semáforo, a un delito penal común como un secuestro o un robo con violencia, por tratarse de delitos que conllevan intimidación y coacción. Se trata entonces de una definición legal que amplía considerablemente el abanico de actos considerados como terrorismo, cuando estos delitos deberían estar muy acotados y definidos por su carácter extraordinario, como es la colocación de explosivos o una matanza de civiles, delitos

¹⁰ <http://dle.rae.es/?id=Zd3L6Oc> consultado el 16-05-2016.

que nada tienen que ver con destruir vidrieras con un martillo en una manifestación o robar con una navaja a un peatón.

A este respecto, es la **Sección 411** del Acta Patriota la que se ocupa de la definición de "terrorista".

SEC. 411. DEFINICIONES RELACIONADAS CON TERRORISMO.

(bb) Aquel grupo político, social o de naturaleza similar cuyas declaraciones públicas sobre actos de terrorismo sean consideradas por el Secretario del Estado como declaraciones que socavan los esfuerzos de los Estados Unidos para reducir o eliminar actividades terroristas.

Así las cosas, se considera como terrorista a un grupo social, político o de otro tipo que apoye públicamente actividades que han sido clasificadas por la Secretaria del Estado como "terroristas", dado que socavarían los esfuerzos del Estado por eliminar dichas actividades encaminadas al terror. Es evidente que dentro de este precepto caben todo tipo de situaciones, como por ejemplo la de un activista de Greenpeace que apoya públicamente a través de internet una acción de unos militantes que se encadenan a un árbol milenario para impedir el avance de la industria maderera.

3. Régimen de detención

Respecto a la declaración de un individuo como terrorista, la ley no desarrolla a nivel procesal mecanismos según los cuales deba celebrarse un juicio o acto en el que se presenten pruebas sobre la vinculación del acusado con actividades terroristas. La Ley resuelve este asunto en la **sección 236**, determinando que será el Fiscal General del Estado quien determine si existen "motivos razonables" para detener **indefinidamente** a un extranjero en base al argumento de que constituye un riesgo para la seguridad nacional o que es colaborador en actividades terroristas.

3) Determinación- El Fiscal General puede certificar que un extranjero cumple con los parámetros del párrafo siguiente:

Si el Fiscal General tiene motivos suficientes para creer que el extranjero--` (A) Se encuentra en la situación descrita en las secciones 212(a)(3)(A)(i), 212(a)(3)(A)(iii), 212(a)(3)(B), 237(a)(4)(A)(i), 237(a)(4)(A)(iii), or 237(a)(4)(B); ó ` (B) está

involucrado en cualquier otra actividad que pone en peligro la seguridad nacional de Estados Unidos.

De esta forma, a los 7 días desde la detención el Fiscal deberá iniciar el procedimiento de deportación o acusar formalmente de un delito al extranjero, debiendo liberarlo en caso de que finalmente se demuestre que la acusación no estaba fundada. Esta redacción de la Ley, supone que pueden existir deportaciones en base a "motivos razonables" del Fiscal General, es decir, sin ningún tipo de seguridad jurídica o delito probado en un juicio. Además, el Fiscal General podrá iniciar el proceso de expulsión del territorio nacional del extranjero encausado bajo esta sección. Esta última vía expuesta ha sido utilizada con frecuencia, ya que permite la deportación o expulsión del extranjero por cargos diferentes de los que se le acusa. En este sentido, posteriormente se expondrá el caso de Sami al-Hussayen (página), un ciudadano árabe que fue acusado de asesoramiento técnico a organizaciones terroristas, y finalmente deportado por cargos de inmigración totalmente distintos a la acusación por terrorismo.

El Fiscal General puede colocar al extranjero bajo el régimen del párrafo (1) en proceso de expulsión, o deberá acusar formalmente al extranjero con cargos criminales, en un plazo máximo de 7 días después del comienzo de la detención. Si el requerimiento de la inminente sentencia judicial no satisface los cargos que pide el Fiscal, éste deberá liberar al extranjero.

Este régimen abre la puerta a importantes abusos jurídicos, ya que es análogo a la prisión preventiva, pues el párrafo sexto de esta sección especifica que se podrán ampliar los periodos de detención por 6 meses (nótese que la redacción es en plural, es decir, varios periodos de seis meses sin especificar un límite) cuando la liberación del extranjero pueda poner en peligro la seguridad nacional.

(6)LÍMITE A LA DETENCIÓN INDEFINIDA El extranjero detenido solamente bajo el párrafo (1) que no ha sido expulsado a través de la sección 241(a)(1)(A), y cuya expulsión es improbable en un futuro razonablemente previsible, podrá ser detenido por periodos adicionales de seis meses solo si la liberación del extranjero amenaza la seguridad nacional de Estados Unidos o la seguridad de la comunidad civil o de cualquier persona.

La única seguridad procesal que ofrece esta sección consiste en que cada 6 meses el Fiscal General revisará que el extranjero acusado, que puede suponer un peligro para la seguridad nacional, haya dejado de representar tal peligro, en cuyo caso sería liberado, o si sigue suponiendo un riesgo, en cuyo caso se prorrogaría por 6 meses su detención, permitiendo que el acusado alegue en su defensa cuantos documentos o evidencias pueda aportar. De esta forma, las revisiones de la resolución de detención de extranjeros son revisadas por el mismo órgano que las dicta, lo cual hace dudar de la objetividad e imparcialidad con la que debería ser tratado algo tan importante como la privación de libertad de una persona, acto que debería ser ordenado por un órgano perteneciente al poder judicial por el elevado menoscabo que supone ésta para el sujeto, y no por un fiscal, figura perteneciente al poder ejecutivo. En todo caso, la liberación del extranjero se producirá en las condiciones que el Fiscal General considere apropiadas, luego el poder ejecutivo usurpa la función del poder judicial.

(7) REVISIÓN DE LA DETERMINACIÓN- El Fiscal General deberá revisar la determinación dictada a tenor del párrafo (3) cada seis meses. Si el Fiscal General resuelve, bajo la discreción que posee, que dicha determinación debería ser revocada, el extranjero será liberado en las condiciones que el Fiscal General considere apropiadas, a no ser que dicha liberación se encuentre prohibida por la ley. El extranjero podrá solicitar por escrito cada 6 meses que el Fiscal General reconsidere la determinación que recae sobre él o ella, pudiendo aportar los documentos o pruebas que respalden dicha solicitud.

En cuanto a la detención ilegal, el párrafo séptimo de la **sección 236** especifica que la revisión judicial de las decisiones relativas a esta sección solo puede ceñirse a los procedimientos de habeas corpus coherentes con esa subsección, especificando que ningún tribunal no autorizado tendrá jurisdicción para revisar cualquier acción o decisión tomada en base a esta sección. Este artículo, combinado con la posibilidad de detener durante 6 meses a un extranjero bajo el pretexto de que es peligroso para la seguridad nacional, restringe el derecho de habeas corpus para los extranjeros de manera notable. Supone limitar la acción del poder judicial de forma drástica desde el poder político, lo que socava la estructura básica de separación de poderes y del estado democrático de derecho. La Ley prescribe que los órganos judiciales encargados de instruir el proceso de habeas corpus serán El Tribunal Supremo, cualquier juez de la

Corte Suprema, cualquier juez de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia o cualquier Corte de distrito que tenga competencia para conocer este tipo de casos.

El derecho al Habeas Corpus se encuentra recogido en la Constitución americana de forma expresa, autorizando su suspensión solo en casos de rebelión, invasión o en caso de que la Salud Pública lo requiera, lo que dio lugar a discusiones y polémicas por entenderse que el Acta Patriota suspendió dicho derecho de forma inconstitucional.

Constitución de los Estados Unidos, Artículo I, Sección 9: “El privilegio de escritura de Habeas Corpus no deberá ser suspendido, a no ser que se produzcan casos de rebelión, invasión o peligro para la Salud pública.”.

La publicación en 2006 del texto legal llamado "*Military Commissions Act*" (MCA), esto es, Acta de Comisiones Militares, supuso un golpe definitivo para el derecho de habeas corpus en Estados Unidos, siempre que fuese invocado por extranjeros detenidos presuntamente por terrorismo. Creó comisiones militares (tribunales especiales) para juzgar a los extranjeros acusados de organizar actos terroristas. Prohibió a los detenidos que habían sido clasificados como "*enemigo combatiente ilegal*" (término que será analizado más adelante en el apartado de derecho penal del enemigo) o que esperaban la resolución de la petición de habeas corpus, hacer uso de este derecho, suspendiendo provisionalmente las peticiones ya formuladas y sin resolver, prohibiendo también invocar la Convención de Ginebra u otros tratados análogos.

SEC. 5. OBLIGACIONES DEL TRATADO QUE NO PERMITEN AMPARO PARA CIERTAS RECLAMACIONES.

(a) *EN GENERAL*

—Ninguna persona puede invocar la Convención de Ginebra o cualquier otro protocolo en procedimientos de habeas corpus u otra acción civil o proceder en la cual los Estados Unidos, o un funcionario actual o anterior, empleado, miembro de las Fuerzas Armadas, u otro agente de los Estados Unidos sea una de las partes como fuente de derechos en cualquier tribunal de los Estados Unidos o de sus territorios.

Dos años más tarde, en 2008, en el caso judicial conocido como "*Boumediene v. Bush*", la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió la **inconstitucionalidad** de la **sección 7** del Acta de Comisiones Militares por la supresión del derecho a habeas corpus,

determinando que el uso de este derecho por los extranjeros detenidos era legítimo y legal.

SEC. 7. RESPECTO AL HABEAS CORPUS.

.—*Sección 2241 del título 28 del Código de los Estados Unidos,*

“(e)(1) Ningún tribunal, justicia o juez deberá tener jurisdicción para escuchar o considerar la aplicación del derecho de habeas corpus registrado por o en nombre de cualquier extranjero detenido por los Estados Unidos que haya sido clasificado por los mismos como enemigo combatiente ilegal o se encuentre esperando dicha determinación, y haya sido detenido de forma apropiada.

4. El Acta Patriota frente a la tradición de los derechos en Estados Unidos

Todas estas disposiciones muestran un evidente desequilibrio de los poderes del estado, ampliando enormemente el poder ejecutivo, en detrimento de la función del poder judicial. Respecto a la ampliación de poderes del ejecutivo, existen motivos históricos que pueden llevar a crear inquietud o malestar en la población estadounidense, y estos consisten en que la Cuarta Enmienda respondió en parte a la necesidad de evitar que el Rey de Inglaterra pudiera registrar los bienes y propiedades que quisiera sin revisión de un órgano independiente o bajo "causa posible o probable". De esta forma, un instrumento legal que amplíe la discrecionalidad de la administración sin someterla a un control judicial, atenta contra las bases de la sociedad norteamericana. El principio de transparencia, recogido en la Constitución, y habitual en la praxis jurídica, colisiona frontalmente con el Acta Patriota, ya que la Constitución establece que los actos del estado son públicos. De esta manera, a los funcionarios se les puede exigir responsabilidades si sus acciones no se limitan al contenido de la ley, debiendo ser sus actos públicos en todo momento.

Las ya citadas "órdenes de seguridad nacional" se emiten de forma secreta y ni siquiera necesitan de una orden judicial, y en los casos de las decisiones tomadas a tenor de la **sección 215**, el tribunal FISA interviniente, no motiva públicamente dicha decisión, creando ambas situaciones una fractura con la cultura jurídica norteamericana, en especial con el principio de transparencia.

La no publicidad y el silencio se extienden también a la obligación de no revelar a otras personas que se han entregado libros, datos o información sobre otra persona física o jurídica al FBI. La modificación que el Acta Patriota ejerce sobre la ley FISA (Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera) abre la puerta a que los servicios de inteligencia espíen y vigilen a individuos cuando la seguridad nacional sea utilizada como pretexto, de forma que pueden esquivar la aplicación de la Cuarta Enmienda cuando el propósito sea "investigación de inteligencia extranjera en relación con la seguridad nacional". Esta última situación fue la que provocó la detención de Brandon Mayfield, que se explicará posteriormente, y llevo a que muchos jueces del país consideraran la posibilidad de que la Ley fuese inconstitucional.

Como podemos observar a lo largo de diversas secciones del Acta Patriota, ésta es muy restrictiva con los derechos jurídicos y procesales de los ciudadanos extranjeros. Uno de los colectivos más afectados por el hecho de ser extranjeros ha sido el de los musulmanes, debido a que fueron musulmanes quienes perpetraron el atentado del 11-S, y más aun con la importancia que está cobrando el fenómeno del Estado Islámico en los últimos meses. Este colectivo ha pasado a ser considerado socialmente como "sospechoso" solo por profesar ese tipo de ideas religiosas, existiendo la percepción social de que estas personas suelen tener vínculos con organizaciones terroristas.

Existen varios casos en los que los detenidos aseguran haber sido encausados por el hecho de ser musulmanes: Brandon Mayfield¹¹, un abogado convertido al islam, fue retenido durante dos semanas en calidad de "testigo material de los hechos" de los atentados del 11-M en Madrid. El gobierno declaró que su domicilio había sido registrado a fondo por "motivos de inteligencia nacional", mientras que la Unión de Libertades Civiles Americana aseguraba que lo que se buscó en su domicilio eran pruebas incriminatorias para iniciar un proceso penal contra su persona. Posteriormente el FBI declaró que la huella dactilar de Brandon había sido relacionada con otra huella presente en las pruebas de los atentados, pero que se trataba de un error.

Otro caso que saltó a la prensa ocurrió en febrero de 2003, cuando Sami al-Hussayen¹², estudiante de la universidad de Ohio, fue detenido por violar la **sección 805** por dar asesoramiento técnico experto a organizaciones terroristas. La acusación se basaba en

¹¹ <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=4756403> consultado el 09-04-2016

¹² <http://www.npr.org/templates.....> consultado el 09-04-2016

que era administrador de una web sobre la Asamblea Islámica de America del Norte, contando entre sus tareas la de colgar enlaces web a discursos de imanes y eruditos musulmanes. Al parecer algunos de esos discursos abogaban por el uso de actos criminales y suicidas. Si bien al-Hussayen salió libre de los cargos de terrorismo, pues él no era responsable del contenido del material que colgaba en la red, finalmente fue deportado por no querer responder de varios cargos de inmigración que había en su contra.

Por último, el caso de la abogada Lynne Stewart¹³ hizo saltar las alarmas por el menoscabo al principio del derecho que protege la relación entre abogado y cliente, recogido en la Sexta Enmienda, esto es, el derecho a la asistencia letrada (con todo lo que ello implica). Se trataba de una abogada que acostumbraba a tratar a clientes impopulares o de escasos recursos económicos. Fue condenada a 28 meses de prisión por conspiración y por apoyar materialmente a grupos terroristas, además de ser inhabilitada para ejercer la profesión. Concretamente fue acusada de ser el enlace que pasaba mensajes entre su cliente (acusado de planear ataques terroristas) y el grupo "Al-Gama", organización designada como terrorista por la Secretaria de Estado. En esta línea, la cultura y tradición jurídica estadounidense perciben la relación cliente-abogado como un pacto en el que el abogado es un "campeón" que "lucha" en pro de los intereses de su cliente, pero tal implicación solo puede darse si el cliente tiene la tranquilidad de poder compartir toda la información relevante para el caso de manera confidencial. Meses después de la aprobación del Acta Patriota, el Fiscal General promulgó una disposición administrativa, que junto con las llamadas "*Special Administrative Measurements*" (Medidas administrativas especiales), permite interceptar las interacciones entre abogado y cliente cuando "existan sospechas de que el detenido puede utilizar dichas comunicaciones para cometer futuros actos terroristas", si bien se creó un "equipo experto" que revisa las comunicaciones intervenidas para confirmar que dicha información no llega a manos del Fiscal ni que ésta se publica sin la orden de un juez.

§ 501.3 PREVENCIÓN DE ACTOS DE VIOLENCIA Y TERRORISMO.

Bajo la dirección del Fiscal general, el Director de la Oficina de Prisiones podrá autorizar la implementación de medidas administrativas especiales que sean

¹³ <http://lynnestewart.org/about-lynnne/> consultado el 10-04-2016

razonablemente necesarias para proteger a personas del riesgo de muerte o lesiones serias. Estos procedimientos podrán ser implementados a través de notificación escrita al Director de la Oficina de Prisiones, echa por el Fiscal General, constatando que existe un riesgo sustancial de que las comunicaciones de un preso o sus contactos con otras personas pueden provocar la muerte o lesiones de cualquier persona. Estas medidas especiales incluirán de forma ordinaria la limitación de ciertos privilegios, incluyendo, pero no solamente, la intervención de correspondencia, el régimen de visitas, entrevistas con representantes de medios de comunicación, así como el uso del teléfono.

Pese a la creación del "equipo experto", el hecho de que se intervengan conversaciones entre abogado y cliente mina las posibilidades de defensa del cliente, puesto que su estrategia legal y comunicaciones ya no son confidenciales, lo cual disminuye las garantías y derechos que la legislación prescribe para el acusado, a la vez que la percepción histórica del abogado como "luchador".

V. LOS EXCESOS EN LA APLICACIÓN DEL ACTA

El 6 de Junio de 2013 el periódico británico *The Guardian* publicó la información relativa a la primera revelación¹⁴, utilizando a Edward Snowden (ex técnico de Inteligencia) como fuente, afirmando que el gobierno de Estados Unidos escuchaba y registraba todas las llamadas telefónicas de los clientes de Verizon, la compañía telefónica más importante del país. Al día siguiente se publicó definitivamente información global sobre el programa PRISM, a través del cual la NSA accedía a empresas como Microsoft, Google, Yahoo, Facebook, Skype, YouTube, y Apple para obtener datos sobre sus usuarios. Poco después se supo del programa "Tempora", un proyecto de la Central Gubernamental de Comunicaciones británicas(GCHQ), que intercambia datos con la NSA. Ambos países, junto con Australia, Nueva Zelanda y Canadá, conforman la unión denominada "*Five Eyes*" (Cinco Ojos), que comparte e intercambia información relevante para los estados miembros. A través del programa *Tempora*, se "absorbe" toda la información de más de 200 cables de fibra óptica, muchos de ellos interoceánicos, a través de los cuales se transmite la información en

¹⁴ <http://www.theguardian.com/world/media-blog/2013/dec/15/nsa-files-network-effect-journalism> consultado el 12-04-2016

todo el mundo. Estos hechos fueron revelados por Snowden en el programa El Objetivo de la Sexta¹⁵ el pasado mes de marzo de 2016. En ese mismo canal televisivo reveló que la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) crea una carpeta que interrelaciona todos los datos, comentarios e información que los usuarios suben a internet "*just in case*" (solo por si acaso) algún día los necesitan. Gracias al software Xkeyscore, la NSA podía filtrar y analizar la inmensa cantidad de datos que almacenaban los servidores de la Agencia.

Tras las revelaciones de Edward Snowden sobre el espionaje masivo a ciudadanos de todo el mundo amparados en el Acta Patriota, se generó una enorme polémica y hubo una gran presión social e internacional para que se modificara la Ley. El 1 de junio de 2015 quedó sin efecto legal el Acta Patriota, por lo que Barack Obama reemplazó este texto por la Ley de Libertad USA. La nueva ley modifica una de las secciones más polémicas, la **215**, que permitía la escucha y almacenamiento masivo de registros informáticos y telefónicos de ciudadanos y empresas de todo el mundo. De esta forma, ahora serán las empresas de telefonía quienes recopilen la información, y solo la cederán a requerimiento formal del estado, y sobre individuos concretos e identificados, no de forma masiva. En cualquier caso, la nueva ley mantendría intactas partes de la **sección 215**, de forma que el estado podrá continuar con el rastreo de comunicaciones de terroristas que cambian frecuentemente de terminal o dispositivo electrónico. Respecto a esta misma sección, las Agencias de Seguridad y la Oficina de Investigación Federal (FBI) están autorizadas a emplear la **Sección 215** y llevar a cabo las escuchas telefónicas en investigaciones que iniciaron antes de la fecha de vencimiento del 1 de junio. A partir de ese momento, las nuevas averiguaciones o ficheros tendrán que desarrollarse sin la posibilidad de pedir al tribunal secreto FISA órdenes judiciales con el objeto de obtener metadatos sobre correos electrónicos o llamadas de teléfono en casos de terrorismo.

Los días anteriores al 1 de Junio de 2015, diversas autoridades dieron su opinión sobre la inaplicación del Acta Patriota, por ejemplo, la Secretaria de Justicia Loretta Lynch afirmó que Estados Unidos enfrentaría un serio fallo en la seguridad nacional¹⁶, el director de Inteligencia Nacional, James Clapper, dijo en una declaración que Estados

¹⁵ http://www.lasexta.com/programas/el-objetivo/noticias/entrevista-completa-edward-snowden-objetivo-version-extendida_20160313572398a04beb28d446ffed10.html consultado el 15-05-2016

¹⁶ <http://cnnespanol.cnn.com/2015/06/01/vencen-disposiciones-de-la-ley-patriota-que-pasara-ahora/> consultado el 01-05-2016

Unidos perdería una capacidad importante necesaria para identificar los posibles vínculos con terroristas extranjeros en Estados Unidos, mientras que los opositores, entre ellos, la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles, proclamó que permitir que las disposiciones del Acta Patriota se venzan no afectaría la capacidad del gobierno de llevar a cabo investigaciones dirigidas o combatir el terrorismo, y que *"El gobierno cuenta con otras herramientas, entre ellas citaciones administrativas y de un gran jurado, las cuales le permitirían recolectar la información necesaria"*. Por otro lado, el portavoz del Departamento de Justicia Marc Raimondi dijo que cuando se persigue a un terrorista o a un espía, casi todos los documentos son altamente clasificados, por lo que los tribunales normales no podrán manejarlo. Funcionarios de la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) afirman que la creciente amenaza de los lobos solitarios (entre ellos los que son inspirados por ISIS, pero no ordenados por la organización) genera la necesidad de mantener la sección 215 del Acta Patriota.

En este sentido es interesante consultar datos sobre la opinión de los ciudadanos estadounidenses sobre las prácticas de su gobierno, siendo el resultado de una encuesta¹⁷ realizada por el Centro de Investigación Pew y The Guardian el siguiente: Un 56 % de los encuestados dijo que el seguimiento de los registros telefónicos para prevenir e investigar el terrorismo es aceptable, y un 52 % de los encuestados encontraba también aceptable la intervención de correos electrónicos.

No es menos cierto que las revelaciones indignaron a una parte de la sociedad estadounidense, malestar que se tradujo en marchas masivas a Washington¹⁸, recogidas de firmas (500.000 en la primera marcha) para modificar el Acta Patriota y en concreto la **Sección 215** y la **Sección 702** :

"Con nuestra petición apuntamos a cambiar radicalmente la sección 215 de la Patriot Act, que extiende los poderes del FBI (Oficina Federal de Investigaciones) autorizándolo a recoger informaciones y por lo tanto a espiar a cualquiera sobre la base de una investigación antiterrorismo", explicó Reitman, responsable del Electronic Frontier Foundation, un grupo en primera línea contra los abusos de la NSA.

¹⁷ <http://mexico.cnn.com/mundo/2013/06/11/una-mayoria-de-estadounidenses-acepta-el-espionaje-telefonico> consultado el 21-04-2016

¹⁸ <http://www.telam.com.ar/notas/201310/38099-masiva-marcha-en-eeuu-para-protestar-contra-los-abusos-de-la-nsa.html> consultado el 16-04-2016

"Pedimos luego una reforma de la sección 702 del Foreign Intelligence Surveillance Act, que de hecho autoriza las escuchas telefónicas de parte de las agencias de inteligencia como la NSA", agregó la dirigente.

La oposición al Acta Patriota no solo se ha manifestado en la calle, sino a través de demandas judiciales, promovidas principalmente por la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU), que han dado buenos resultados a los opositores de la Ley. En Diciembre de 2013 el juez Richard Leon declaró inconstitucional¹⁹ el programa de recolección de registros de comunicaciones telefónicas nacionales de estadounidenses efectuado por la Agencia de Seguridad Nacional (NSA), alegando entre otras cosas: *"No puedo imaginar una invasión más arbitraria e indiscriminada que esta recolección sistemática y de alta tecnología que retiene los datos personales de prácticamente todos los ciudadanos para los efectos de consulta y análisis sin la previa aprobación judicial"*. Asimismo, afirmó que un programa de ese tipo infringe de forma notoria el grado de intimidad de los fundadores consagrados en la Cuarta Enmienda. La declaración de inconstitucionalidad de este juez no ha sido la única, también la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, con sede en Nueva York, dictó sentencia contra el programa de espionaje de la NSA, en respuesta a una demanda presentada de nuevo por la Unión. En la misma, los jueces que formaban el tribunal no entraron a valorar la constitucionalidad de la norma, sino que establecieron que la recopilación de millones de datos telefónicos excede el ámbito de lo que el Congreso autorizó al aprobar el Acta Patriota ²⁰. Una tercera demanda de la ACLU²¹, logró del magistrado Victor Marrero, una sentencia que prohibía el uso de las ya mencionadas "órdenes de seguridad nacional" (NSL, por sus siglas en inglés) para pedir información reservada sin mandato judicial, si bien finalmente la sentencia quedó suspendida .

El espionaje telefónico y de correos electrónicos afectó también a jefes de estado de otros países, en total a 35 dirigentes políticos, entre ellos la canciller alemana, Angela Merkel, al Papa, a la primera ministra de Brasil, Dilma Rousseff, al mandatario mexicano Enrique Peña Nieto, así como a miembros del gobierno de España, incluido

¹⁹ <http://expansion.mx/mundo/2013/12/16/un-juez-de-eu-declara-inconstitucional-un-programa-de-vigilancia-de-la-nsa> consultado el 21-04-2016

²⁰ <http://www.rtve.es/noticias/20150507/corte-federal-eeuu-declara-ilegal-recoleccion-masiva-datos-telefonicos-nsa/1140681.shtml>

²¹ <http://www.libertaddigital.com/mundo/un-juez-federal-de-nueva-york-declara-inconstitucional-parte-de-la-patriot-act-1276234029/>

Mariano Rajoy, además de a multinacionales como Petrobras.

Por último, Edward Snowden, que actualmente se encuentra refugiado en Rusia, afirmó su intención de someterse a un juicio en Estados Unidos, siempre y cuando se garantizara que el mismo cumpliera las garantías legales y fuese imparcial y justo, si bien la respuesta del gobierno de Estados Unidos consistió en la promesa de que "no se le torturaría"²². Es evidente que la aplicación del Acta Patriota fue muy diferente de las intenciones teóricas que se argumentaron en el momento de su promulgación. Se trata no solo de un criterio de oportunidad histórica, sino de promover un avance tecnológico sin precedentes, de explorar las posibilidades de espionaje y almacenamiento de datos a través de nuevos software.

VI. EL ACTA COMO EJEMPLO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El autor PELAYO MÖLLER afirma que el Acta Patriota obedece a un modelo de diferenciación jurídica de identidades, en concreto hacia las minorías islámicas, expresándose este concepto a través de la jerarquización de las diferentes identidades, estando los extranjeros (que son permanentemente aludidos en la Ley) en el escalafón más bajo. "Encontramos a los inmigrantes como un sector especialmente vulnerable"²³.

JAKOBS acuña el término de derecho Penal del Enemigo para calificar esta reacción jurídica. Es decir, un sistema penal de excepción que diferencia entre terroristas y el resto de personas (ciudadanos). De esta forma, se aplican dos respuestas diferentes frente a la delincuencia. Por una parte, existe aquel nivel que enfatiza en estrategias de prevención y represión con reconocimiento de garantías legales y judiciales para los infractores que se considera que tienen posibilidades de asumir y respetar los mandatos sociales, convivencia y orden público que promulga el ordenamiento jurídico. Estos infractores, a pesar de que incumplen las normas, conservan su status de ciudadanos, por lo que para estas personas la pena o castigo cumple la función convencional del derecho penal, esto es, asegurar la aplicación y respeto del marco normativo y catalogar

²² http://www.lasexta.com/programas/el-objetivo/noticias/entrevista-completa-edward-snowden-objetivo-version-extendida_20160313572398a04beb28d446ffed10.html consultado el 15-05-2016

²³ Carlos María Pelayo Möller. Tendencias en el combate a la Delincuencia Organizada en México: Una Crítica desde el Garantismo, en XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2004, p. 412

como conducta desviada la acción del delincuente, determinando una pena concreta, y procurando su rehabilitación y reinserción en la sociedad. Por otra parte, según JAKOBS existe un segundo nivel de delincuentes, completamente irrecuperables, que por convicciones políticas, religiosas o ideológicas ha renunciado a la aceptación del sistema y sus normas, lo cual se traduce en una forma de vida transgresora, rebelde y agresiva. Este tipo de individuo se transforma en un enemigo que se automargina de la comunidad no solo perdiendo su valor, sino suponiendo un problema, lo que legitima que deba ser apartado y neutralizado. Se trata de un delincuente, un enemigo, para cuyo control resulta necesario restringir los derechos y garantías procesales que el sistema otorga al resto de ciudadanos. *Contra el enemigo se lucha abiertamente y de todas las formas posibles. Por tanto, se estima lícito y funcional optar por su combate y destrucción*²⁴.

En este sentido, la existencia del Derecho Penal del Enemigo es innegable, pues la ya mencionada Acta de Comisiones Militares (MCA) de 2006 crea esta definición a través del nombre de "enemigo combatiente ilegal":

948a. Definiciones

‘En este capítulo

‘(1) ENEMIGO COMBATIENTE ILEGAL:

.—(A) El término ‘enemigo combatiente ilegal significa—

‘(i) Una persona involucrada en hostilidades o que ha apoyado materialmente hostilidades contra los Estados Unidos o sus aliados que no sea un enemigo combatiente legal (incluyendo a aquellas personas que sean Talibanes, de al Qaeda, o fuerzas asociadas); ó „(ii) una persona que, antes, durante o después de la promulgación del Acta de Comisiones Militares de 2006 haya sido catalogada como enemigo combatiente ilegal por un Tribunal de revisión de status de Combate u otro tribunal competente establecido bajo la autoridad del Presidente o del Secretario de Defensa.

Existe un debate doctrinal todavía abierto sobre la legitimidad de esta clase de derecho penal en las sociedades democráticas, en el que han participado autoridades del derecho

²⁴JAKOBS, GÜNTHER. Derecho Penal del enemigo. Civitas. Madrid. 2003, p.42 y siguientes.

penal como POLAINO ORTS²⁵, que defiende la legitimidad de esta praxis siempre que sea un estado democrático quien la reproduzca: “...probablemente si JAKOBS no hubiera denominado ese fenómeno existente con el nombre de Derecho Penal del enemigo, el escándalo hubiera sido menor. Pero, además, tanto la doctrina como los ordenamientos de países democráticos de todo el mundo hubieran seguido haciendo Derecho Penal del enemigo sin que nadie se preguntara de manera integral por su legitimidad, sino dando por supuesta que era la adecuada, legítima, proporcional y justa ante casos de especial peligrosidad”. Por otra parte, JAKOBS entiende que afirmar que se trate de un modelo que debe admitirse como necesario y hasta funcional, es algo que debemos rechazar, justamente, porque entendemos que todo límite garantista que ha construido el estado social y democrático de derecho expresa un irrenunciable reconocimiento de la integridad y dignidad del ser humano.

En cuanto a las afirmaciones de POLAINO ORTS, el derecho Penal del Enemigo en el fondo no responde a casos concretos e individualizados de especial peligrosidad, dado que dicha consideración no engloba la realidad del problema del "terrorismo" actual, pues considerar este fenómeno como hechos aislados y sin conexión consistiría en un reduccionismo o simplismo. No se trata de terroristas suicidas o de personas que padecen trastornos mentales y que han cometido delitos aislados, se trata de grupos de miles de personas organizadas, con una ideología política o religiosa, con equipamiento militar y tácticas planeadas de forma consciente, es decir, estamos ante una guerra abierta y declarada entre dos bandos, que ha sido iniciada por las sociedades democráticas (el propio Presidente Tony Blair pidió perdón por sus errores en la invasión a Irak)²⁶, y que causa tanta conmoción y sorpresa porque los ataques siempre se habían desarrollado en territorios de Oriente, a miles de kilómetros de los hogares y familias occidentales. ULRICH BECK describe la televisión como el lugar político de la modernidad en que vivimos, y puesto que las televisiones no muestran los ataques en "territorio enemigo" de la misma manera que mostraron por ejemplo los atentados de París de Noviembre de 2015, socialmente se ha considerado que dichos ataques no existían.

²⁵ POLAINO-ORTS, MIGUEL. *Derecho Penal del Enemigo*. Editorial Grijley. Lima. 2006, p. 289

²⁶ http://internacional.elpais.com/internacional/2015/10/25/actualidad/1445774504_154032.html consultado el 16-05-2016

Por otro lado, POLAINO ORTS defiende que el Derecho Penal del Enemigo es legítimo mientras un estado democrático lo lleve a cabo. Ahora bien, ¿Qué diferencia existe entre que este tipo de derecho penal sea ejecutado por un estado democrático, o por un estado considerado dictatorial o no democrático? ¿No se va a producir *de facto* y en todo caso la violación de los derechos humanos una vez se apliquen medidas neutralizadoras de ese tipo? Por otra parte, ¿Puede permitirse un estado democrático crear un status jurídico diferente para otras personas, anulando sus garantías, sin contravenir principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, como es el principio de igualdad ante la ley? En el caso de Estados Unidos, la ya citada prisión de Guantánamo ha generado múltiples polémicas, puesto que en las mismas se encontraban presas algunas personas sin ningún tipo de garantías, lo cual equivale a un rapto (puesto que se trata de detenciones ilegales que ignoran el principio de legalidad y que impiden el habeas corpus), y su prolongación en el tiempo, a un secuestro²⁷.

VII. DERECHOS INDIVIDUALES AFECTADOS POR EL ACTA

Como indicaba el juez Richard Leon, el Acta Patriota transgrede el derecho a la intimidad de las personas, hasta el punto de que una persona que se siente vigilada, espiada o que cree que sus conversaciones son leídas por otros, puede desarrollar estrés, ansiedad e inseguridad; Se trata de un derecho que protege la esfera más privada de cada persona, por lo que la entrada del aparato estatal en la misma no deja de ser un acto hostil. En el derecho español, existe abundante jurisprudencia que protege y ampara este derecho:

B) El derecho a la intimidad se vincula a la esfera más reservada de las personas, al ámbito que éstas siempre preservan de las miradas ajenas, aquél que desea mantenerse oculto a los demás por pertenecer a su esfera más privada²⁸, vinculada con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

Una pregunta interesante es la siguiente: ¿Puede una atmosfera social y política de

²⁷ http://internacional.elpais.com/internacional/2016/02/24/actualidad/1456343518_518595.html
consultado el 16-05-2016

²⁸SSTC 151/1997, de 29 de septiembre

control y espionaje colisionar con el derecho al libre desarrollo de la personalidad? Se entiende que para desarrollar libremente la personalidad y forma de ser, los individuos necesitan un espacio de confianza y bienestar, ajeno a intromisiones ajenas. El Acta Patriota ha servido de instrumento para que la recogida masiva de datos incluyera el registro de las páginas web visitadas por los usuarios, lo cual permite recabar información sobre sus gustos, preferencias e intereses, y por tanto constituye en si mismo una violación del derecho a la intimidad y al desarrollo libre de la personalidad. Este derecho concretamente, debe ser inexpugnable en tanto en cuanto del mismo depende el futuro de la sociedad, puesto que una o varias generaciones de personas que no han podido desarrollar su personalidad libremente, comprometerían seriamente la viabilidad de una sociedad basada en valores como la libertad, democracia, igualdad, bienestar y salud.

Un derecho fundamental que también se ve gravemente afectado ante una regulación que permite el espionaje masivo es el de la libertad de expresión. Las sociedades democráticas tienen el deber jurídico y moral de proteger este derecho, puesto que cualquier transgresión del mismo constituye un ataque al conjunto de la población, dado que la falta de libertad de expresión genera de forma automática miedo. El derecho a la libertad de expresión es un pilar básico de la salud democrática de cualquier país, y si éste no opera, la sociedad puede ser fácilmente objeto de manipulación, coacción y desinformación. Es necesario comprender que los derechos fundamentales configuran y caracterizan la forma de vida de una sociedad, de manera que su inobservancia o inaplicación perjudican directamente a las generaciones futuras. En el caso de Estados Unidos, nos encontramos ante una nación creada por inmigrantes, algunos de ellos huidos de sus países por persecuciones religiosas o políticas. En este sentido, la libertad de expresión es un cimiento que garantiza la libertad de pensamiento y la posibilidad de mostrar discordancia con cualquier opinión o idea, y es por eso que el hecho de que agentes gubernamentales puedan vigilar o controlar a la población constituye una contradicción histórica notoria.

La Unión Europea, y concretamente España, han desarrollado una tradición jurídica sólida en cuanto a las comunicaciones, incluida extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que relaciona algunos de los derechos ya comentados con el del secreto de las comunicaciones:

"En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo" ²⁹

La protección del derecho de las comunicaciones tiene una entidad propia, diferenciada de su vinculación con el derecho a la intimidad, ya que las comunicaciones deberán resultar protegidas con independencia de su contenido, esto es, ya se trate de comunicaciones de carácter íntimo o de otro género. En efecto, según ha destacado la doctrina y la jurisprudencia, el artículo 18.3 CE tiene un contenido puramente formal, protegiendo tanto de las intromisiones de los poderes públicos como de los particulares³⁰

Respecto a este tema, es muy relevante destacar que mientras que la Unión Europea y sus miembros han desarrollado extensa legislación referida a la protección de datos (*Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.*), así como órganos encargados de dicha protección (Agencia Española de Protección de Datos), Estados Unidos no cuenta con un marco normativo ni órganos definidos a ese respecto.

VIII. OPINIÓN PERSONAL

Este trabajo me ha servido para constatar el desplazamiento que las legislaciones democráticas están teniendo hacia la seguridad en menoscabo de la libertad. Estos textos legales muestran un proceso de „involución“, en el sentido de que la sociedad y sus leyes no se desarrollan hacia parámetros emancipadores o que mejoren la vida de las personas, sino al contrario, utilizan como referencia valores negativos y austeros como la seguridad, el miedo y el control. En este sentido, el impacto de este proceso es palpable a todos los niveles, tanto sociológico y jurídico como psicológico.

Por otro lado, el Acta Patriota es una ley sin precedente en la historia de las sociedades democráticas, que socava principios básicos como la separación de poderes o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo que no debe ser imitada o

²⁹STC 123/2002, de 20 de mayo

³⁰STC 114/1984, de 29 de noviembre

utilizada como referencia a la hora de elaborar un marco legal coherente con el sistema democrático. Su carácter extraterritorial otorga a Estados Unidos la facultad de impartir justicia incluso más allá de sus fronteras nacionales, lo cual deja al resto de estados del mundo en una situación comprometida, a la vez que reafirma las intenciones de este país de actuar en territorio extranjero.

A nivel personal considero que las sociedades occidentales democráticas (tanto Europa como Estados Unidos) acostumbran a preservar los derechos humanos dentro de su territorio (en algunos casos que hemos estudiado en este trabajo motivados por el Acta Patriota, ni siquiera), y a violarlos sistemáticamente fuera de sus fronteras. A la hora de analizar la legislación estadounidense, hay que entender sus causas, buscar la raíz del problema, entender que Estados Unidos y sus aliados invadieron Irak y Afganistán, provocaron innumerables "daños colaterales" humanos. De esta forma, si un niño en 2005 perdió a sus padres en un bombardeo del ejército de Estados Unidos, Gran Bretaña o España, en 2015 hay muchas probabilidades de que se haya convertido en lo que llamamos "terrorista". Es necesario que comprendamos que no somos unas víctimas inocentes atacadas por unos fanáticos adictos a la violencia y al terror, sino que existen unas causas históricas concretas que han propiciado esta situación, y de esta forma, podremos buscar una respuesta racional, reflexiva y coherente al terrorismo desde una vertiente política y jurídica.

Hablando de causas históricas, analizar el Acta Patriota me ha confirmado el peligro del nacionalismo como herramienta que aparece siempre a la hora de unir y cohesionar a la población para prepararla para guerras o decisiones drásticas. Los ejemplos son innumerables, el Acta Patriota (su propio nombre lo indica), la campaña organizada por la empresa Facebook para que los usuarios mostrasen la bandera nacional de Francia tras los atentados de Noviembre de 2015, las exaltaciones nacionalistas de los países que participaron en la Primera Guerra Mundial justo antes de que ésta comenzase, el nacionalismo y patriotismo de los nacionalsocialistas alemanes en 1933 u otras.

Por otra parte, en cuanto al Acta Patriota y la ley que la sustituye, esto es, la Ley de Libertad USA, conociendo los antecedentes expuestos y la manera en que se utilizó la Ley, resulta difícil creer que Estados Unidos vaya a renunciar al empleo del software de espionaje más avanzado que existe, así como a seguir perfeccionándolo e investigando

en él por el hecho de que la opinión pública u otros estados estén descontentos con sus prácticas. La aparición del Estado Islámico crea el contexto propicio para seguir alimentando el miedo y el odio de la población norteamericana hacia los musulmanes.

IX. REFERENCIAS

1. Bibliografía

BECK, ULRICH. *La Sociedad del Riesgo*, Editorial Paidós, Barcelona, 1998, p. 25-49.

POLAINO ORTS, MIGUEL. *Derecho Penal del Enemigo. Desmitificación de un Concepto*. Editorial Grijley. Lima. 2006, p. 289.

CARLOS MARIA PELAYO MÖLLER. *Tendencias en el combate a la Delincuencia Organizada en México: Una Crítica desde el Garantismo*, en XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2004, p. 412

GÜNTHER JAKOBS. *Derecho Penal del enemigo*. Civitas. Madrid. 2003, p.42 y siguientes.

2. Legislación y Jurisprudencia

Constitución de los Estados Unidos de América, 17 de septiembre de 1787

<http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

USA PATRIOT ACT, 26 de Octubre de 2011

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-107hr3162enr/pdf/BILLS-107hr3162enr.pdf>

MILITARY COMISSIONS ACT, 17 de Octubre de 2006

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/PL-109-366.pdf

LEY DE LIBERTAD DE USA, 2 de Junio de 2015

<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2048/text>

Manual para Fiscales en Estados Unidos

<https://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual>

Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera de 1978, de 18 de Mayo de 1977

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/chapter-36>

SSTC 151/1997, de 29 de septiembre

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3416>

STC 123/2002, de 20 de mayo

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunal_constitucional/common/pdfs/7._Sentencia_123-2002_de_20_de_mayo_de_2002._def.pdf

STC 114/1984, de 29 de noviembre

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/367>

3. Recursos de Internet

<http://lynnestewart.org/about-lynn/> consultado el 09-04-2016.

<http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=4756403> consultado el 10-04-2016.

<http://www.europapress.es/internacional/noticia-eeuu-rusia-consolidan-liderazgo-exportadores-armas-nivel-mundial-20160222122458.html> consultado el 10-04-2016.

<http://ranking-empresas.economista.es/sector-8010.html> consultado el 10-04-2016.

<https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/homeland/index.es.html> consultado el 11-04-2016.

<http://www.theguardian.com/world/media-blog/2013/dec/15/nsa-files-network-effect-journalism> consultado el 12-04-2016.

http://www.lasexta.com/programas/el-objetivo/noticias/entrevista-completa-edward-snowden-objetivo-version-extendida_20160313572398a04beb28d446ffed10.html consultado el 15-05.2016.

<https://www.propublica.org/article/remember-when-the-patriot-act-debate-was-about-library-records> consultado el 15-04-2016.

<http://www.telam.com.ar/notas/201310/38099-masiva-marcha-en-eeuu-para-protestar-contra-los-abusos-de-la-nsa.html> consultado el 16-04-2016.

<http://mexico.cnn.com/mundo/2013/06/11/una-mayoria-de-estadounidenses-acepta-el-espionaje-telefonico> consultado el 21-04-2016.

<http://cnnespanol.cnn.com/2015/06/01/vencen-disposiciones-de-la-ley-patriota-que-pasara-ahora/> consultado el 01-05-2016.

<http://www.rtve.es/noticias/20150507/corte-federal-eeuu-declara-ilegal-recoleccion-masiva-datos-telefonicos-nsa/1140681.shtml> consultado el 01-05-2016.

<http://www.libertaddigital.com/mundo/un-juez-federal-de-nueva-york-declara-inconstitucional-parte-de-la-patriot-act-1276234029/> consultado el 01-05-2016.

http://internacional.elpais.com/internacional/2015/10/25/actualidad/1445774504_154032.html consultado el 16-05-2016.

http://internacional.elpais.com/internacional/2016/02/24/actualidad/1456343518_518595.html consultado el 16-05-2016.

<http://dle.rae.es/?id=Zd3L6Oc> consultado el 16-05-2016.

<https://www.youtube.com/watch?v=kmfSg71oEmM> consultado el 17-05-2016.

