

PRIVACIDAD EN UN TIEMPO DE TERROR*

PRIVACY IN A TIME OF TERROR

OWEN FISS**
Yale University

Fecha de recepción: 7-10-13

Fecha de aceptación: 13-12-13

Resumen: *Desde 1967, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha buscado proteger la privacidad de las llamadas telefónicas, requiriendo que el Gobierno obtenga de un juez una orden judicial autorizando la interceptación de una llamada. Para obtener esa orden judicial, el gobierno debía aportar las razones para creer que el objetivo de la interceptación había iniciado o iba a iniciar una actividad delictiva. Este artículo analiza los desarrollos de la era post 11 de septiembre –primero con una Orden del Ejecutivo y luego con una ley del Congreso– que eliminó este requisito y así comprometió la protección de la privacidad.*

Abstract: *Starting in 1967, the Supreme Court of the United States has sought to protect the privacy of telephone calls by requiring the Government to obtain from a judge a warrant authorizing the interception of a call. To obtain such a warrant, the Government would have to set forth the reasons for believing that the target of the interception has engaged or was about to engage in criminal activity. This article traces the developments in the post-9/11 era – first by Executive Order and then by a Congressional Statute – that abrogated this requirement and thus compromised the protection of privacy.*

* Traducido por Oscar Pérez de la Fuente. Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a Bradley Hayes y Javier Ansuátegui sus consejos sobre esta traducción en sus sucesivas versiones.

** Estoy especialmente agradecido a Ned Hirschfeld y Michael Pomeranz por la asistencia en la investigación. También me he beneficiado en gran medida de las discusiones del Seminario de la Yale University School en otoño de 2001 sobre Derecho y Terrorismo y de los trabajos escritos para ese seminario por Laura Raposo, Jane Rosen y Tyce Walters.

- Palabras clave:** Cuarta Enmienda, Guerra contra el Terror, derecho a la privacidad, espionaje de inteligencia extranjera, escucha telefónica, vigilancia, seguridad nacional, contraterrorismo
- Keywords:** Fourth Amendment, War on Terror, right to privacy, foreign intelligence gathering, wiretapping, surveillance, national security, counterterrorism

1. INTRODUCCIÓN

En décadas recientes, se han sucedido muchos cambios en nuestro sistema de comunicaciones, algunos que llaman bastante la atención, pero el teléfono aún continua siendo una parte importante de ese sistema. Este es el medio que nos permite tener conversaciones con amigos, familia, y colegas de trabajo situados cada vez a más distancia. Ciertamente muchos de los intercambios que tuvieron lugar alguna vez mediante el teléfono, ahora se dan a través de *e-mails*, especialmente cuando el objetivo es facilitar información, emitir órdenes, o dar una opinión. Seguimos utilizando el teléfono, no obstante, cuando una conversación es necesaria, debido a que la transmisión de la voz humana permite un compromiso directo, altamente interactivo y, a veces, espontáneo con los otros.

La capacidad conversacional del teléfono ha sido reforzada por recientes avances técnicos que permiten la transmisión de imágenes y voces de las partes en una conversación. Más aún gracias a la aparición del teléfono móvil, se ha convertido en algo más normal realizar o recibir una llamada telefónica. Durante casi todo el siglo XX, el teléfono fue un dispositivo inmóvil situado en la casa, en la oficina o accesible públicamente en cabinas telefónicas. Hoy el teléfono es móvil y puede ser fácilmente llevado allí donde alguien pueda estar.

Entablar una conversación personal no es como escribir un diario. Podemos asumir que los pensamientos o sentimientos expresados en la conversación permanecen con la persona a la que nosotros estamos hablando, pero esa asunción puede ser errónea. Esto es así incluso en un encuentro cara a cara. La persona con la que estamos hablando puede darse la vuelta y compartir con otros los contenidos de esa conversación –de hecho él o ella podrían haber grabado secretamente la conversación con ese objetivo–. Aunque ese riesgo está presente en una conversación desarrollada por teléfono, esta forma de comunicación presenta, además, otra amenaza a la privacidad de una conversación y se deriva del hecho de que la conversación es transmitida

electrónicamente. Un tercero podría obtener acceso a esa transmisión, escucharla y grabar cualquier cosa que se dijera.

En el siglo XX, como el teléfono se ha convertido en ubicuo y las conversaciones telefónicas son algo habitual, el Derecho cada vez más busca proteger frente a los peligros de esas interceptaciones por una tercera persona (que, debido a la tecnología inicialmente utilizada para transmitir las señales telefónicas, son conocidas como “escuchas telefónicas¹”). Ya en 1954, el Congreso² prohibió a los particulares cualquier tipo de escucha telefónica³. Aunque existía la cuestión acerca de si los funcionarios públicos estaban sometidos a esta ley⁴, en 1967 la Corte Suprema elaboró la Cuarta Enmienda para limitar el poder de los funcionarios federales de escuchar a escondidas de esta forma, requiriéndoles que fueran ante un juez y obtuvieran una orden judicial autorizando la interceptación⁵.

La prohibición legal contra escuchas telefónicas por particulares permanece sin condiciones y aparece hoy como una característica fija del panorama jurídico. Sin embargo, la regla constitucional protegiendo la privacidad de las conversaciones telefónicas de las interceptaciones gubernamentales se encuentra ahora socavada. Este giro de los acontecimientos es, en parte, atribuible a la reticencia de la Corte Suprema a la completa y contundente salvaguarda de los valores protegidos por la Cuarta Enmienda. Cuando, en 1967, la Corte primero estableció la regla requiriendo órdenes judiciales para las escuchas telefónicas, dejó para otra ocasión la cuestión de si la regla aplicada para éstas estaba diseñada para proteger la seguridad nacional⁶. En 1972, la Corte varió su posición con una resolución sobre este tema aplicando el re-

¹ Se ha optado traducir *wiretap* por “escuchas telefónicas” y no como “pinchazos telefónicos”, aunque el significado es el mismo. Además, la traducción elegida de *eavesdropping* ha sido “escuchar a escondidas” o “escuchar subrepticamente”. *Nota del Traductor*

² En el texto se hace referencia, si no hay indicación contraria, a los órganos constitucionales y de la Administración de los Estados Unidos de América. En este caso, el Congreso norteamericano. *N. de T.*

³ *Communications Act* de 1934, Pub. L. No. 73-416, § 605, 48 Stat. 1064, 1103-04 (codificada como enmienda en 47 U.S.C. § 605 (2012)).

⁴ Compare *Nardone v. United States*, 302 U.S. 379, 381-83 (1937) (sosteniendo que la ley no cubre agentes federales), con la autorización de escuchas telefónicas: Audiencias de H.R. 2266 y H.R. 3099 en la Subcomisión sobre el Poder judicial 77º Congreso. 17-18 (1941) (manteniendo que la ley no prohíbe la distribución dentro del gobierno federal de la transcripción de una escucha telefónica).

⁵ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁶ ID. en 358 n. 23.

quisito de la orden judicial a un individuo que había sido perseguido por volar un edificio de la CIA en Ann Arbor, Michigan⁷. Al mismo tiempo, no obstante, la Corte identificó otra cuestión –de si la regla requiriendo una orden judicial se aplicaba al espionaje a los servicios de inteligencia extranjeros– y dejó esa cuestión sin resolver⁸. A día de hoy, cuarenta años después, la Corte Suprema no se ha pronunciado sobre este asunto de forma directa y obvia, y por defecto reconoce la completa competencia a los órganos políticos para regular esas interceptaciones.

En 1978, el Congreso estableció un esquema comprensivo para la regulación de las escuchas telefónicas dirigidas al espionaje de la inteligencia extranjera⁹. Aunque este esquema requería al ejecutivo obtener la aprobación de un juez antes de establecer la escucha telefónica, reafirmaba los principios que regulan la emisión de órdenes judiciales requeridas bajo la Cuarta Enmienda. Más aun, durante la última década, como la lucha contra el terrorismo internacional ha logrado mayor impulso y relevancia política, estos principios estaban más implementados, y el poder del ejecutivo para interceptar las llamadas telefónicas se incrementó en gran medida.

El aumento del poder de vigilancia empezó con una orden ejecutiva en otoño de 2001, poco después del ataque terrorista del 11 de septiembre, pero culminó con una ley –promulgada primero en 2007¹⁰ y [renovada] de nuevo en 2008¹¹–. Esta ley rompió la conexión analítica entre terrorismo internacional y escuchas telefónicas y justificó esta vigilancia como una manera de obtener inteligencia extranjera, que incluía –pero no estaba limitada a– la vigilancia de personas sospechosas de terrorismo internacional dirigido contra los Estados Unidos. Presentada como una enmienda al esquema de 1978, la ley de 2008 mantuvo el requisito original de la aprobación del tribunal pero significativamente disminuyó –casi a un punto en el infinito– los principios para obtener la aprobación de llamadas internacionales de teléfono entre personas en los Estados Unidos y extranjeros en el extranjero.

⁷ *United States v. U. S. District Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972).

⁸ ID. en 309 n. 8.

⁹ *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978, Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783 (codificada como enmienda en secciones dispersas de 8, 18, and 50 U.S.C. (2012)).

¹⁰ *Protect America Act* de 2007, Pub. L. No. 110-55, 121 Stat. 552 (codificada en secciones dispersas of 50 U.S.C. (2012)).

¹¹ *FISA Amendments Act* de 2008, Pub. L. No. 110-261, 122 Stat. 2474 (codificada en 50 U.S.C. § 1881a (2012)).

En febrero de 2013, la Corte Suprema desestimó una demanda contra la ley sobre la base de que los demandantes carecían de legitimación para interponer esa demanda. Algunos demandantes eran abogados que representaban a terroristas sospechosos que debían ser juzgados. Otros eran periodistas que regularmente cubrían Oriente Medio y las actividades de contraterrorismo del gobierno en esa región. Otros eran investigadores para ONG's, como Amnistía Internacional, dedicadas a la protección de los derechos humanos. Debido a la naturaleza secreta de la interceptación bajo amenaza, ninguno de esos individuos podría mostrar que el gobierno estuviera de hecho grabando sus llamadas telefónicas. Aunque ellos demandaban que existía un riesgo sustancial de que sus llamadas eran o podrían ser interceptadas, la Corte Suprema concluyó que esto era insuficiente y que tenían que demostrar que el daño era "ciertamente prejudicial".¹²

En este artículo, voy más allá del asunto de la legitimación activa y analizo los peligros sustantivos derivados de la ley de 2008 –y para ese tema, el esquema de 1978 en general– y los valores protegidos por la Cuarta Enmienda. Las escuchas telefónicas interfieren en el ejercicio de las libertades personales esenciales para la vida democrática y de este modo, incluso en este tiempo de terror, es necesario el requisito de orden judicial proclamada, durante mucho tiempo, por la Corte Suprema. Como secuela del 11 de septiembre, se aumenta, naturalmente, la tentación de permitir una excepción del requisito de orden judicial para delitos extraordinarios. Explico por qué esa tentación debe resistirse y por qué, incluso si una excepción es permitida, esa cesión de autoridad en la ley de 2008 debe ser declarada inválida bajo la doctrina que condena interferencias excesivas a la libertad.

2. LA GUERRA CONTRA EL TERROR Y LA PROMULGACIÓN DE LAS ENMIENDAS FISA¹³ DE 2008

Poco después de los ataques del 11 de septiembre, el Presidente George W. Bush declaró una "Guerra contra el Terror" y concretó esa declaración lanzando una campaña militar contra Al Qaeda, la extensa organización terrorista que era responsable de esos ataques. También invadió Afganistán cuando ese gobierno, entonces controlado por los Talibanes, rechazó entre-

¹² Ver *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 133 S. Ct. 1138 (2013).

¹³ *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)*.

gar a Osama Bin Laden y otros líderes de Al Qaeda que estaban refugiados allí.

En el contexto de esta campaña militar, el Presidente Bush emitió un número de órdenes como Comandante en jefe de las fuerzas armadas. La más notoria de esas órdenes regulaba el trato a las personas capturadas en el campo de batalla. Determinó que personas que luchasen en nombre de Al Qaeda o Afganistán eran “combatientes enemigos ilegales” y, por consiguiente, no estaban bajo la protección de la Tercera Convención de Ginebra¹⁴. El Presidente Bush decretó que algunos de esos individuos estarían sujetos a juicio ante comisiones militares y otros estarían retenidos por periodos indefinidos, prolongados –hasta que las hostilidades cesaran– sin que se permitiera juicio de ningún tipo. También estableció, en enero 2002, una prisión en la Base Naval de Guantánamo para estos objetivos.

Las órdenes del Presidente Bush no estaban, no obstante, confinadas al campo de batalla lejano o a aquellos capturados en él. Algunas de sus órdenes tenían un impacto directo e inmediato sobre la calidad en vida de los Estados Unidos, aunque ellas estaban también emitidas conforme a sus poderes como Comandante en jefe. Una de las más llamativas, emitida en el otoño de 2001, estableció el denominado “Programa de Vigilancia Terrorista/ *Terrorist Surveillance Program*” (TSP)¹⁵, que estaba dirigido por la Agencia Nacional de Seguridad para grabar las llamadas telefónicas internacionales entre personas de los Estados Unidos y personas en el extranjero que fueran sospechosas de tener relación con Al Qaeda o fuerzas asociadas. La interceptación de esas llamadas no estaba autorizada por una orden u otra forma de aprobación judicial.

En sus inicios, el Programa de Vigilancia Terrorista fue ocultado al conocimiento público. Dado que su objetivo era sorprender a los incautos, no es tan extraño. El 15 diciembre de 2005, no obstante, cuatro años después de ser instituido, el *New York Times*¹⁶ reveló la existencia del programa, lo cual pronto se convirtió en objeto de una acalorada controversia pública. Aunque se formularon muchas objeciones al programa, la principal surgía de la resis-

¹⁴ Ver p.e., Military Order de Nov. 13, 2001: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57,883 (definiendo “combatientes enemigos ilegales” mientras evita la frase).

¹⁵ De ahora en adelante será citado por sus siglas en inglés. *N. del T.*

¹⁶ J. RISEN, E. LICHTBLAU, “Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts”, *New York Times*, 16 diciembre 2005. Disponible en <http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html> (corrección adjuntada).

tencia del Presidente a acatar los requisitos de *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA).¹⁷

FISA fue adoptado por el Congreso en 1978 como consecuencia de las revelaciones de un Comité del Senado, encabezado por el Senador Frank Church, sobre las actividades de vigilancia, de amplio alcance y muy poco controladas, de las agencias de inteligencia norteamericanas. En su promulgación original, la ley requería al ejecutivo obtener permisos o autorización de un tribunal especial –el Tribunal de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera– antes de la grabación de los teléfonos de agentes o empleados de un poder extranjero. La ley decretó que el tribunal estaba formado por once jueces federales especialmente designados para este puesto por el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁸. Cada uno estaba autorizado para actuar solo. Tanto sus identidades como sus procedimientos debían mantenerse secretos¹⁹. La ley de 1978 definía un poder extranjero para incluir no sólo una nación extranjera, sino también “un grupo implicado en terrorismo internacional”²⁰. La ley, además, estableció qué información de inteligencia extranjera incluía información relativa a “actividades de inteligencia clandestina”, “sabotaje”, “terrorismo internacional” y “la conducta de los asuntos exteriores de los Estados Unidos”²¹. La ley declaró que los procedimientos establecidos era un canal exclusivo de espionaje electrónico de la inteligencia extranjera²².

El Fiscal General de Bush, Alberto Gonzalez, defendió el rechazo presidencial a acatar los procedimientos de la ley de 1978²³. Gonzalez sostenía que la resolución del Congreso de 18 de septiembre de 2001 autorizando el

¹⁷ *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978, Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783 (codificada como enmienda en secciones dispersas de 8, 18, y 50 U.S.C. (2012)). De ahora en adelante se hará referencia en el texto a esta ley como FISA, sus siglas en inglés. *N. de T.*

¹⁸ 50 U.S.C. § 1803(a) (2012).

¹⁹ La disposición fue también hecha para la revisión de las decisiones de los jueces individuales por una corte de apelación de tres jueces especialmente designados. Dada la naturaleza secreta de los procedimientos FISA, este derecho de revisión estaba solo disponible para el gobierno. ID. § 1803(b).

²⁰ ID. § 1801(a)(4).

²¹ ID. § 1801(e).

²² 18 U.S.C. § 2511(2)(f) (2012).

²³ Ver *Poder del ejecutivo en tiempo de guerra y la Autoridad de Vigilancia Agencia Nacional de Seguridad: Audiencia en la Subcomisión sobre Poder judicial*, 109º- Congreso 10-15 (2006). Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/search/pagedetails.action?granuleld=CHRG-109shrg27443&packageId=CHRG-109shrg27443>

uso de fuerza militar contra aquellos que eran responsables de los ataques del 11 de septiembre había modificado implícitamente la “disposición” de la ley de 1978 que lo convertía en procedimiento exclusivo para interceptar las llamadas telefónicas de los agentes de un poder extranjero. En la visión de Gonzalez, la resolución de 2001 había eliminado cualquier conflicto entre el Programa de Vigilancia Terrorista y la ley FISA de 1978²⁴.

Pero Gonzalez no se detuvo con esa afirmación. También negó que el Congreso tuviera el poder de interferir con el esfuerzo del Presidente en cumplir con sus deberes como Comandante en jefe. El artículo II de la Constitución otorga al Presidente la autoridad y responsabilidad de actuar como Comandante en jefe y, de este modo, tiene, según Gonzalez, la autoridad –la autoridad constitucional– de hacer caso omiso de las disposiciones de cualquier ley que, a su juicio, interfieran exageradamente con el desempeño de sus deberes. El Congreso no puede explicar al Presidente como desplegar las fuerzas armadas, y de forma similar, Gonzalez continuaba, el Congreso no puede instruir al Presidente en sus esfuerzos de reunir la inteligencia necesaria para la finalización con éxito de la campaña militar contra Al Qaeda y sus aliados²⁵.

El argumento era parte de una estrategia más amplia de la Administración, encabezada por el Vicepresidente Dick Cheney y su jefe de gabinete, David Addington, para ampliar –o, en su visión, recuperar– las prerrogativas del Presidente para actuar por sí mismo. De hecho, la posición de la Administración en el Programa de Vigilancia Terrorista era paralela a la posición que había asumido sobre los métodos que se utilizaban al interrogar terroristas o personas sospechosas de tener conexiones con al Qaeda. Un memorandum de 2002 del *Office of Legal Counsel* en el Departamento de Justicia, obviamente preparado con intención de explicar al Presidente lo que quería escuchar, declaró que el Presidente podría no estar limitado en su elección de los métodos para interrogar a los combatientes enemigos por la ley que fue aprobada por el Congreso en 1988 para implementar la Convención contra la Tortura²⁶. Gran parte de este

²⁴ ID. en 13-14 (argumentando que la resolución de 2001 “debe permitir vigilancia electrónica a aquellos asociados con Al Qaeda.”)

²⁵ ID. en 12 (la autoridad inherente conferida al Presidente en la Constitución incluye el poder de espiar enemigos como Al Qaeda sin aprobación previa de otros órganos del gobierno.”)

²⁶ Memorandum de Jay S. Bybee, Ayudante de Fiscal General, Oficina del Consejo Jurídico, a Alberto R. Gonzales, aconsejando al Presidente (Aug. 1, 2002), <http://www.justice.gov/olc/docs/memo-gonzales-aug1.pdf> (preparado por John C. Yoo).

memorándum, específicamente el artificioso esfuerzo para limitar el alcance de la ley por acotar la definición de tortura, fue posteriormente repudiado en diciembre de 2004 por el mismo Departamento, una vez que el anterior memorándum fue hecho público²⁷. Este nuevo memorándum, no obstante, no repudiaba la parte donde el anterior negaba la Congreso al autoridad de limitar el poder del Presidente, actuando como Comandante en jefe, para elegir los métodos a utilizar al interrogar a los terroristas sospechosos. El memorándum simplemente decía que era innecesario afrontar este tema ya que el Presidente había declarado que él se oponía a la tortura.

El Presidente no se ocultó detrás de estos memoranda departamentales para definir el alcance de su autoridad para interrogar terroristas sospechosos. Al promulgar la *Detainee Treatment Act* de 2005²⁸, reivindicaba para sí mismo el derecho de actuar unilateralmente al dirigir la Guerra contra el Terror, incluso hasta el punto de hacer caso omiso del Congreso. En su declaración en el acto de firma, el Presidente puso en duda la eficacia de la prohibición de la tortura que, gracias a la campaña del Senador John McCain, era una parte de esa medida. Bush puso de relieve el error del añadido de McCain para facilitar una solución para hacer cumplir esta prohibición de la tortura e, incluso más importante, Bush declaró que no dejaría que esta prohibición legal interfiriera en el adecuado cumplimiento de sus deberes como Comandante en jefe. Hizo la declaración el 30 de diciembre de 2005, poco después de que el *New York Times* sacara a la luz la existencia del programa de escuchas telefónicas TSP. Esta coincidencia prestó fortaleza al argumento del Fiscal General que, a pesar del pretendido conflicto con la ley FISA 1978, el decreto de escuchas telefónicas TSP constituía un ejercicio legal de poder del Presidente como Comandante en jefe.

Sobre el asunto de las escuchas telefónicas, no está claro quien tenía el mejor argumento para resolver el conflicto entre el Presidente y el

²⁷ Ver Memorandum de Daniel Levin, Actuando como ayudante del Fiscal General, Oficina del Consejo Jurídico, a James B. Comey, Fiscal General adjunto. (30 diciembre 2004). Disponible en http://www.thetorturedatabase.org/files/foia_subsite/pdfs/DOJOLC001109.pdf

²⁸ Presidente George W. Bush, Declaración en la firma en el Departamento de Defensa de la Ley de asignaciones suplementarias de emergencia para hacer frente a los huracanes del Golfo de México y a la Pandemia de Gripe A 2006 (30 diciembre 2005), disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?%20pid=65259> (declarando que “[el ejecutivo debe construir “la prohibición” en una forma consistente con la autoridad constitucional del Presidente para supervisar a los órganos ejecutivos de forma unitaria como Comandante en jefe y consistentemente con los límites constitucionales sobre el poder judicial” en orden a “proteger al pueblo americano de más ataques terroristas.”)

Congreso. El artículo II, que enumera los poderes del Presidente, dice que es el Comandante en jefe de las fuerzas armadas, pero la Constitución también concede al Congreso poderes de guerra. El artículo I da al Congreso la autoridad de declarar la guerra, hacer regulaciones generales sobre las fuerzas armadas, y asignar fondos para el ejército. En el ámbito de la guerra, muchos de los poderes del Presidente y el Congreso son compartidos o entrecruzados y cada órgano puede adelantarse en demandar primacía cuando exista un conflicto. El Presidente habla por la nación. Los senadores y congresistas es más probable que sientan la llamada de los distritos locales que los eligen, aunque esas ataduras locales pueden mejorar su responsabilidad hacia los electores y, por consiguiente, fortalezcan su autoridad a la hora de hablar en nombre del pueblo.

Aquellos que discuten la concepción del poder ejecutivo reflejada en el programa de escuchas telefónicas de TSP hacen frecuente referencia a la opinión concurrente del Juez Jackson en la decisión *Youngstown*²⁹. En ese caso, la Corte dejó a un lado la ocupación por el Presidente Truman de una planta siderúrgica, que, según el mismo, era necesaria para prevenir una huelga de trabajadores organizados que interferían con el esfuerzo militar de los Estados Unidos en la Guerra de Corea. La opinión mayoritaria en *Youngtown*, de la que fue ponente el Juez Black, sostuvo que la captura constituía un acto de creación del Derecho, un poder perteneciente al Congreso y, de este modo, no podría ser visto como el adecuado ejercicio del poder del Presidente como Comandante en jefe³⁰.

El Juez Jackson estaba de acuerdo con el resultado, pero introdujo un esquema más pragmático para definir los límites del poder del Presidente. Ese poder, decía, varía de acuerdo con su relación con el ejercicio del poder del Congreso y está en su mínima expresión cuando está en conflicto con un mandato legal explícito³¹. Ese enfoque pragmático, no obstante, no resolvía completamente la disputa entre el Presidente y el Congreso sobre el Programa de Vigilancia Terrorista, tan diferente en muchos aspectos de la ocupación de la planta siderúrgica. El poder del Presidente puede estar de lo más debilitado cuando está en conflicto con una ley, pero el Juez Jackson era cuidadoso en no negar el poder del Presidente incluso bajo esas circuns-

²⁹ Ver *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 634-55 (1952) (Jackson, J., concurrente).

³⁰ ID. en 588-89 (con la opinión de la mayoría).

³¹ ID. en 635-38 (Jackson, J., concurrente).

tancias si, como Gonzalez mantuvo, se basa en la cesión constitucional del poder del Presidente como Comandante en jefe.

Al final, la nación se salvaba de las dificultades inherentes a resolver el conflicto entre el Presidente y el Congreso. En enero 2007, después de un año de debate público sobre el Programa de Vigilancia Terrorista, el Fiscal General cambió su estrategia. Se dirigió al tribunal FISA y consiguió lo que quería. En una carta al Presidente y miembro de la minoría influyente del Comité Judicial del Senado, el Fiscal General informó que el 10 de enero de 2007, un juez del tribunal FISA había dado órdenes –puede decirse que pueden ser caracterizadas como órdenes “amplias”– autorizando las escuchas telefónicas dispuestas en el Programa de Vigilancia Terrorista³². Como Gonzalez declaró, un juez FISA había establecido “órdenes autorizando al gobierno a centrarse en recopilar comunicaciones internacionales dentro o fuera de los Estados Unidos donde exista causa probable para creer que uno de los comunicantes es un miembro o agente de Al Qaeda”³³. El Fiscal General también dijo a la luz de ese giro de los acontecimientos que el Presidente había determinado que no existía necesidad de continuar el Programa de Vigilancia Terrorista, aunque el Fiscal afirmó su creencia de que el programa “cumple completamente con la ley”³⁴.

En sectores dentro de la Administración pronto creció la inquietud sobre esta nuevamente anunciada disposición del Fiscal General para presentar los requisitos de FISA. Algunos objetaron el alcance de FISA, que había sido construida para cubrir cualquier comunicación enviada en los Estados Unidos, incluso llamadas telefónicas entre los extranjeros situados en el extranjero³⁵. Otros objetaron sobre la necesidad de obtener la aprobación del

³² 153 Cong. Rec. 1380-81 (2007).

³³ ID.

³⁴ ID. at 1381.

³⁵ *Your World with Neil Cavuto* (Fox News television broadcast, 31 julio 2007) (transcripción disponible <http://www.foxnews.com/story/0,2933,291763,00.html#ixzz22U84w38c> (Citando la comprensión de John Boehner de acuerdo con un juez FISA “prohibió la posibilidad de nuestros servicios de inteligencia y nuestra gente de contrainteligencia para escuchar a dos terroristas en otras partes del mundo pero donde la comunicación podría venir a través de los Estados Unidos”) Ver también M. HOSENBALL, “‘An ‘Intel Gap’: What We’re Missing”, *Newsweek*, 6 agosto 2007, p. 9 (“El conjunto de funcionarios de inteligencia concluyeron que las autorizaciones del tribunal FISA deben ser obtenidas para escuchar a escondidas no sólo sobre mensajes donde al menos una de las partes está en el interior del país, sino también para escuchar a escondidas sobre mensajes entre dos partes en el exterior que pasan a través de la red de comunicaciones de los Estados Unidos.”)

tribunal cuando las personas en Estados Unidos fueran partes en la conversación aunque el objetivo de la interceptación fuera un extranjero localizado en el extranjero³⁶. Otros tenían problemas por la decisión de otro juez FISA, quien en marzo 2007, cuando consideraba la renovación de las órdenes originales del 10 de enero, entendió de que solicitudes para la autorización de escuchas telefónicas bajo FISA tenían que hacerse sobre una base particularizada o persona a persona³⁷. El 13 de abril de 2007, sólo meses después de la amable carta de Gonzalez al Comité Judicial del Senado, la Administración dio forma a esta reacción negativa e introdujo una legislación que modernizaría FISA –o, dicho de otra forma, dio a las agencias de inteligencia todo el poder que ellas pensaban que necesitaban³⁸–.

El Congreso respondió favorablemente a las insinuaciones de la Administración, primero el 5 de agosto de 2007, cuando se aprobó la *Protect America Act*³⁹. Esa ley estaba concebida como una medida temporal. En sus propios términos estaba programada para expirar en seis meses, y de hecho expiró, después de una pequeña prórroga, el 16 de febrero de 2008. El 10 de julio de 2008 el Congreso promulgó la ley que la sustituía⁴⁰. Fue presentada como una enmienda de la ley de 1978, y así fue apropiadamente denominada *FISA Amendments Act* de 2008. Esencialmente permitía a los jueces FISA autorizar las escuchas telefónicas en los términos y condiciones propuestas

³⁶ G. MILLER, “New Limits Put on Overseas Surveillance”, *Los Angeles Times*, 2 agosto 2007. Disponible en <http://articles.latimes.com/2007/aug/02/nation/na-spying2> (citando funcionarios confirmando que los casos afectados FISA “donde una parte es extranjera y no sabes si la otra parte lo es queriendo decir que las órdenes judiciales serían requeridas incluso cuando no esté claro si las comunicaciones estaban cruzando los Estados Unidos o involucraban personas en los Estados Unidos”).

³⁷ J. WARRICK, W. PINCUS, “How the Fight for Vast New Spying Powers Was Won”, *Washington Post*, 12 agosto 2007. Disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/08/11/AR2007081101349.html> (“Las decisiones tienen el efecto práctico inmediato de forzar a la NSA a preguntar laboriosamente a los jueces sobre el Tribunal de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera cada vez que quiera capturar esas comunicaciones extranjeras de un cable o fibra en suelo de los Estados Unidos.”)

³⁸ Ver Comunicado de Prensa, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Ficha técnica: Título IV de la ley de Autorización de la Inteligencia Extranjera del año fiscal de 2008, Asuntos relacionados con la ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera (13 abril 2007). Disponible en http://www.justice.gov/opa/pr/2007/April/07_nsd_247.html.

³⁹ *Protect America Act* de 2007, Pub. L. No. 110-155, 121 Stat. 552 (codificada en 50 U.S.C. §§ 1801, 1803, 1805 (2012)).

⁴⁰ *FISA Amendments Act of 2008*, Pub. L. No. 110-261, 122 Stat. 2436 (codificada at 50 U.S.C. § 1881a (2012)).

por la Administración. Esta ley fue originalmente programada para expirar al final de 2012 y, en ese tiempo, fue renovada hasta 2017 –que es más de quince años desde que el Programa de Vigilancia Terrorista fue instituido por primera vez–.⁴¹

3. LA POSICIÓN DE OBAMA SOBRE LAS ENMIENDAS FISA DE 2008

Aunque la ley de 2008 fue auspiciada por el Presidente Bush y está históricamente conectada con el Programa de Vigilancia Terrorista que él instituyó, ha sido respaldada por su sucesor, el Presidente Obama. Ha firmado la prórroga de la ley, pero, incluso antes, había dado apoyo a la medida. Como senador, Obama se opuso a la disposición de la ley de 2008 que daba impunidad, desde las demandas civiles, a las operadoras telefónicas que habían participado en el Programa de Vigilancia Terrorista original dando acceso al NSA a sus instalaciones. Obama perdió esa lucha⁴² y, al final, votó la ley de 2008⁴³. Su Fiscal General, Eric Holder, posteriormente declaró en su audiencia de confirmación en enero de 2009 que defendería la constitucionalidad de la ley⁴⁴. Poco después de la promulgación de la ley de 2008, se presentó un recurso encaminado a declararla inválida⁴⁵, y esta acción –desestimada por la Corte en febrero de 2013– estaba todavía pendiente cuando se celebró la audiencia sobre el nombramiento de Holder.

La garantía de Holder a los senadores debía ser vista no como reconocimiento reticente de un deber ministerial, sino más bien como la expresión de la posición política más amplia de la Administración Obama: una disposición –quizá una disposición reacia, pero aun una disposición– de continuar la mayoría de las políticas contraterroristas de Bush. El Presidente Obama ha evitado cuidadosa y consistentemente utilizar la frase “Guerra contra el Terror”, pero ha declarado repetidamente que los Estados Unidos están en guerra con Al Qaeda. Ha mantenido esa posición incluso después de que Osama Bin Laden fuera asesinado en mayo de 2011 durante un ataque a su

⁴¹ *FISA Amendments Act Reauthorization Act* de 2012, Pub. L. No. 112-238, 126 Stat 1631 (codificada en una sección dispersa de 18 and 50 U.S.C.).

⁴² 154 Cong. Rec. 14,378-79 (2008).

⁴³ ID. at 14,385.

⁴⁴ *Nombramiento de Eric H. Holder, Jr., Propuesto para ser Fiscal General de los Estados Unidos: Audiencia en la Subcomisión sobre el Poder judicial*, 111º Congreso. 104 (2009).

⁴⁵ Ver *Amnesty Int'l USA v. McConnell*, 646 F. Supp. 2d 633 (S.D.N.Y. 2009), revocada 638 F.3d 118 (2d Cir. 2012), cert. concedida 132 S. Ct. 2431 (2012).

residencia en Pakistán. Ciertamente, el 22 de enero de 2009, el día después de su toma de posesión, Obama dio órdenes ejecutivas que buscaban minimizar el riesgo de tortura en el interrogatorio de terroristas sospechosos imponiendo el Manual de Campo del Ejército a la CIA y cerraban los centros clandestinos de detención –los “*black sites*”– que la CIA había mantenido⁴⁶. También ordenó que la prisión de Guantánamo se cerrara en el plazo de un año⁴⁷. El Congreso había bloqueado la implementación de esta orden, aunque la significación de este cierre temprano se convirtió en poco claro, desde que en mayo de 2009, en su ahora famoso discurso de los Archivos Nacionales⁴⁸, Obama aceptara las políticas clave de Bush que dieron notoriedad a la prisión de Guantánamo, como la detención indefinida, prolongada sin juicio de algunos prisioneros que estaban allí y la utilización de comisiones militares para procesar a algunos otros.

Al dirigir la Guerra contra el Terror, el Presidente Bush a veces siguió un estilo enfático de unilateralismo y demandó, como vimos en su defensa del Programa de Vigilancia Terrorista, el poder de actuar en formas que violaban los mandatos del Congreso. Esta actitud de Bush se ha utilizado para distinguirse de la estrategia contraterrorista de Obama, pero la diferencia no es tan grande como en principio podría parecer. Aunque Bush inicialmente habló de forma desafiante, últimamente giró hacia el Congreso, como hizo con la enmienda FISA de 2008, para los poderes que él inicialmente reivindicaba como Comandante en jefe. Más aún, cuando el primer mandato de Obama estaba acabándose y los desacuerdos con el Congreso sobre el cierre de Guantánamo aumentaron, hizo una excepción a una disposición en el presupuesto anual de las asignaciones a defensa que limitaba sus poderes de transferir prisioneros a Guantánamo. De una forma que recuerda la respuesta de Bush a la prohibición de la tortura de McCain en el *Detainee Treatment Act* de 2005, Obama emitió una declaración firmada en la que declaraba que “en el caso que esas restricciones legales operasen en una forma que violen los principios constitucionales de la separación de poderes, mi Administración las implementará en una manera que evitará el conflicto

⁴⁶ Exec. Order No. 13,493, Review of Detention Policy Options, 74 Fed. Reg. 4901 (22 enero 2009).

⁴⁷ Exec. Order No. 13,491, 74 Fed. Reg. 4893 (22 enero 2009); Exec. Order No. 13,492, 74 Fed. Reg. 4897 (22 enero 2009).

⁴⁸ Presidente Barack Obama, Comentarios del Presidente sobre Seguridad Nacional (21 mayo 2009). Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-national-security-5-21-09>.

constitucional⁴⁹." Al defender alguna de estas políticas, como asesinatos con objetivo, Obama solía señalar que la resolución del Congreso del 18 de septiembre de 2001, autoriza el uso de la fuerza contra aquellos responsables de los ataques del 11 de septiembre. Pero esta práctica no le diferencia de Bush, quien, como hemos visto, también utilizó tanto la resolución del 18 de septiembre como la autorización del Congreso para la campaña militar que empezó contra Al Qaeda y Afganistán como fundamento para su ejercicio de poder de Comandante en jefe.

4. LOS ORÍGENES DEL CONCEPTO DE "ESPIONAJE DE INTELIGENCIA EXTRANJERA"

La ley de 2008 estaba desconectada de la guerra. Fue promulgada durante una era definida por el inicio de la Guerra contra el Terror, pero, al contrario del Programa de Vigilancia Terrorista, no tenía conexión analítica con la lucha contra Al Qaeda o cualquier otra operación militar lanzada en respuesta a los acontecimientos del 11 de septiembre. Como una enmienda a la ley FISA de 1978, la ley de 2008 está conectada, no a la guerra, sino más bien a un proceso regulado por esa ley –espionaje de inteligencia extranjera–.

El concepto de "espionaje de inteligencia extranjera" surgió como una categoría jurídica distinta en una forma más bien extraña –en las fisuras de un tira y afloja entre el Congreso y la Corte Suprema sobre las reglas que debían regular las escuchas telefónicas–. La Corte Suprema tomó la iniciativa en 1967, durante los días felices de la Corte Warren, cuando sostuvo en *Katz v. United States*⁵⁰ que la Cuarta Enmienda requería que las escuchas telefónicas gubernamentales debían ser autorizadas por una orden judicial.

⁴⁹ President Barack Obama, Declaración del Presidente sobre H.R. 4310 (2 enero 2013). Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/03/statement-president-hr-4310>. En diciembre de 2011, en el presupuesto de las asignaciones de defensa, el Congreso con retraso respaldó la política de aprisionamiento sin juicio e intentó requerir todos los juicios por una comisión militar o aprisionamiento sin juicio para todos los nacionales extranjeros que hayan sido considerados combatientes enemigos ilegales o sin privilegios. *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*, Pub. L. No. 112-81, §§ 1021-34, 125 Stat. 1298, 1562-74. En respuesta a esa medida, Obama subsiguientemente emitió exenciones que dispensaban a amplias categorías de prisioneros de los requisitos de la ley. Ver Oficina de Prensa de la Casa Blanca, *Presidential Policy Directive-Requirements of the National Defense Authorization Act*, Casa Blanca (28 febrero 2012). Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/02/28/presidential-policy-directive-requirements-national-defense-authorization>.

⁵⁰ 389 U.S. 347 (1967).

Al dar este paso, la Corte Suprema rechazó el enfoque de la Cuarta Enmienda, planteado por el Presidente de la Corte Suprema Taft a finales de la década de 1920 en *Olmstead v. United States*⁵¹, que había situado las escuchas telefónicas más allá de la Cuarta Enmienda en la teoría que no era una “búsqueda” ni una “captura”. Para la Corte en *Katz*, estas dos palabras no iban a ser tratadas como Taft imaginó –reducidos ámbitos en los que la Corte tiene que encajar la actividad controvertida del ejecutivo. Formaban parte de la frase inicial de la Enmienda (el derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, casas, papeles, y efectos, contra búsquedas y capturas irrazonables⁵²) y esta frase, tomada en conjunto, debía ser comprendida como indicativa de un objetivo de proteger la privacidad de los ciudadanos comunes. En términos de la opinión concurrente del Juez Harlan, que suele pensarse como la glosa autorizada de lo que la Corte decidió en *Katz*, la aplicabilidad de la Cuarta Enmienda, ahora vista en parte como una protección de la privacidad, depende de dos condiciones: primero, una persona debe “haber exhibido una expectativa (subjética) real de privacidad y, segundo, la expectativa (debe) ser tal que la sociedad esté preparada para reconocerla como ‘razonable’”⁵³.

Como tema puramente técnico – sin interés para la Corte en *Katz* ni tampoco, de hecho, en ninguno de los casos derivados– el caso delante de la Corte no involucraba escuchas telefónicas, pero algo cercano a las escuchas a escondidas. Los agentes del FBI habían situado un dispositivo de espionaje fuera de una cabina telefónica. La Corte reconoció completamente el carácter limitado y circunspecto de la acción del ejecutivo. Los agentes del FBI habían limitado su escucha a escondidas a solo seis ocasiones cuando el acusado utilizó la cabina telefónica y habían limitado su escucha subrepticia a un corto periodo de tiempo (de una media de tres minutos). Aún así, la Corte decidió que esa acción del ejecutivo requería una autorización judicial previa –la emisión de una orden judicial por un magistrado neutral e independiente–.⁵⁴

Al insistir en la orden judicial, la Corte se guiaba por la comprensión que concebía que la difusión de poderes entre los varios órganos del gobierno como una forma de proteger la libertad. También hacía uso de las reglas establecidas que regulan las intrusiones en el hogar, pensadas desde hace mucho tiempo como la ciudadela de la privacidad. La orden tenía que identificar el

⁵¹ 277 U.S. 438 (1928).

⁵² Constitución de los Estados Unidos de América. Enmienda. IV.

⁵³ 389 U.S. at 361 (Harlan, J., concurrente).

⁵⁴ ID. at 358 (opinión de la mayoría).

objetivo de la grabación en particular. Tenía también que estar basado en la solicitud que diera, bajo juramento, las razones para creer que el individuo había cometido, estaba cometiendo o iba a cometer un delito⁵⁵.

La Corte en *Katz* hizo notar cuidadosamente el carácter banal del caso bajo consideración. Involucraba la persecución de un individuo que era acusado de participar en una banda de juegos y apuestas. La Corte distinguió ese caso de uno que involucrara asuntos de seguridad nacional y específicamente declinó, en la penúltima nota al pie, decir si las órdenes judiciales serían necesarias en esos casos. Como la Corte dijo “si las salvaguardas distintas de la autorización previa por un magistrado satisficieran la Cuarta Enmienda en una situación que se viera involucrada la seguridad nacional no es una cuestión que esté presente en este caso⁵⁶”.

En 1968, poco después de la decisión *Katz*, el Congreso, movido por una animada campaña pública para tener mano dura contra la delincuencia, aprobó la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*⁵⁷. En el título III de esa medida, el Congreso establecía las reglas que regulaban las escuchas telefónicas. Apoyaba fielmente los requisitos de *Katz* y prescribía los procedimientos para obtener órdenes judiciales para las escuchas ilegales. Aunque finalizaba con una disposición –similar a la nota al pie de *Katz*– que declaraba que nada en esa medida debía ser leído como que se requiera una orden judicial en casos de seguridad nacional⁵⁸. La clausula identificó específicamente dos situaciones que estaban exentas de los requisitos de la ley de orden judicial. Una de esas situaciones surge cuando el presidente busca proteger contra el ataque u otros actos hostiles de un poder extranjero, salvaguarda de la información de seguridad nacional contra actividades de inteligencia extranjeras, u obtener información de inteligencia extranjera considerada esencial para la seguridad de los Estados Unidos. La otra situación cubierta por la clausula surge cuando el Presidente intenta proteger contra peligros presentes y claros la estructura o existencia del gobierno.

La dialéctica entre la Corte y el Congreso tuvo aún otro giro en 1972, en el denominado caso *Keith*⁵⁹, la Corte tuvo que considerar esta clausula de

⁵⁵ ID. en 356-57.

⁵⁶ ID. en 358 n.23.

⁵⁷ *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968, Pub. L. No. 90-351, 82 Stat. 197 (codificada en secciones dispersas de 5, 18, y 42 U.S.C. (2012)).

⁵⁸ ID. § 2511.

⁵⁹ *United States v. U. S. District Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972).

la ley de 1968. Por ese tiempo la Corte Warren había empezado a desintegrarse, aunque no había comenzado una nueva institución completamente nueva. La decisión de la mayoría fue escrita por el Juez Powell, que había sido recientemente nombrado para la Corte por el Presidente Richard Nixon. Otro nuevo nombramiento de Nixon, el Juez Blackburn, compartió su opinión, como los cuatro que habían apoyado *Katz* –Jueces Douglas Brennan, Marshall y Stewart, que habían escrito la opinión de la mayoría en *Katz*. El caso surge de la política radical generada por la amplia oposición a la Guerra de Vietnam y apareció sobre la etiqueta de la Corte “en un tiempo”, como el Juez Powell reconoció “de ebullición mundial y...desordenes civiles.”⁶⁰

Tres individuos fueron acusados de participar en una conspiración para destruir propiedad gubernamental. Uno de los tres fue también acusado de volar una oficina de la CIA en Ann Arbor, Michigan. En respuesta a la moción antes del juicio de este individuo, el Fiscal General hizo una declaración jurada en la que reconocía que los funcionarios federales habían interceptado conversaciones telefónicas en las que el acusado había participado. El Fiscal General también reconoció que esas grabaciones no estaban autorizadas por una orden judicial aunque él siguió, insistiendo que la interceptación era un ejercicio razonable del poder del Presidente para proteger la seguridad nacional y que la orden judicial no era requerida para esas interceptaciones.

El Juez Powell empezó su análisis poniendo el Título III aparte. Esta disposición eximía al Fiscal General de los requisitos generales de la ley en casos de seguridad nacional, pero no era una cesión de autoridad. Según el Juez Powell, la disposición dejaba al Fiscal General donde él comenzó—esto es, sujeto a la Cuarta Enmienda. Sin embargo, la Corte, recordemos, ha declinado en *Katz* resolver cómo la Cuarta Enmienda se aplica en los casos de seguridad nacional. El Juez Powell ofreció una respuesta parcial a esta cuestión haciendo una distinción, que podría decirse estaba insinuada en la disposición del Título III, entre las amenazas a la seguridad nacional debidas a “organizaciones domésticas” –que se refieren, a lo largo de su opinión, como “asuntos de seguridad domésticos”– y amenazas a la seguridad nacional debidas a “poderes extranjeros o sus agentes”⁶¹. Definió organizaciones domésticas para referirse a un “grupo u organización (ya sea formal o informalmente constituidos) compuestos por ciudadanos de los Estados Unidos y que no tiene una conexión significativa con un poder extranjero, sus agen-

⁶⁰ ID., p. 319

⁶¹ ID., p. 321-22.

tes o agencias⁶². Entonces aplicó los requisitos de orden judicial de la Cuarta Enmienda a los “asuntos de seguridad doméstica” como caracterizando el caso que tenían enfrente. De una forma que recordaba al caso *Katz*, no obstante, también declaró que no expresaba una opinión “sobre el alcance de los poderes de vigilancia del Presidente con respecto a las actividades de los poderes extranjeros, dentro o fuera del país”.⁶³

La ley FISA de 1978 buscaba ocupar el ámbito de decisión dejado por la Corte primero en *Katz* y luego en *Keith*. La ley estableció el procedimiento que requería que el Fiscal General solicitara a un tribunal especial un permiso o autorización para interceptar llamadas telefónicas –tanto domésticas como internacionales–, que fueran transmitidas a través de instalaciones localizadas en los Estados Unidos. Este requisito de FISA de la previa aprobación del tribunal no debía, no obstante, ser confundido con el requisito de orden judicial que había sido impuesto por la Corte en *Katz* y *Keith*. La ley FISA no requería, como esas dos decisiones hacían, que el gobierno describiera las razones para creer que el objetivo de la grabación era culpable de un delito. El gobierno necesitaba solo describir las razones para creer que el objetivo de la vigilancia es un agente o empleado de un poder extranjero y que la interceptación es probablemente para asegurar la inteligencia extranjera, que, recordemos, es definida ampliamente por la ley como información que podría estar, pero no necesita estar, relacionada con actividad criminal como sabotaje o terrorismo internacional. En los términos de la ley, la inteligencia extranjera puede también estar relacionada con presuntas actividades de inteligencia clandestinas o la gestión de los asuntos exteriores.

Como resultado de la ley de 1978, una estructura dual emergió para las escuchas telefónicas. Algunas grabaciones requerían ordenes judiciales basadas en la causa probable, otras, aquellas específicamente diseñadas para espionar a la inteligencia extranjera, no los necesitaban. De forma llamativa, hasta hoy, casi treinta y cinco años después, la Corte Suprema no ha decidido sobre la constitucionalidad del esquema FISA o la estructura doble que creó. No obstante, un número de tribunales inferiores ha apoyado la ley⁶⁴. Esos tribunales entonces afrontaron un nuevo dilema: ¿puede la transcripción de

⁶² ID., p. 309 n.8.

⁶³ ID., p. 308.

⁶⁴ Ver, p.e., *United States v. Duggan*, 743 F.2d 59 (2d Cir. 1984); *United States v. Nicholson*, 55 F. Supp. 588 (E.D. Va. 1997).

una conversación telefónica obtenida por los procedimientos de FISA admitida como prueba en procesos penales?

Estos tribunales podrían haber sostenido que los requisitos de la causa probable de *Katz* y *Keith* tienen que ser satisfechos si el resultado de la grabación iba a ser introducido en un proceso penal. Ellos eligieron, no obstante, una regla más permisiva y definieron esa regla en los términos del objetivo de la interceptación. De tal forma que si el objetivo primario de la grabación era espiar la inteligencia extranjera, el gobierno podría utilizar los menos exigentes procedimientos FISA para obtener un permiso del tribunal y entonces utilizar los resultados de esa interceptación en un proceso penal contra el objetivo de la grabación, incluso aunque ese permiso no estuviera basado en mostrar una causa probable como se entendía en *Katz* y *Keith*⁶⁵.

Este fallo disminuyó la fuerza de los estándares que la Corte Suprema había enunciado en *Katz* y *Keith*, una tendencia que continuó con una ley aprobada en los días posteriores a los ataques del 11 de septiembre –la *USA Patriot Act*⁶⁶–. Esa medida preveía que el espionaje de la inteligencia extranjera solo tenía que ser objetivo significativo, como opuesto a primario, de interceptación para que los menos exigentes procedimientos FISA sean aplicables. En la práctica, esto permitió al gobierno evitar el requisito de la orden judicial de la Cuarta Enmienda como se entendía el requisito enunciado por *Katz* y *Keith* si podía mostrar una razón que dejaba creer que el objetivo de la interceptación era un agente de un poder extranjero y que inteligencia extranjera sería obtenida por la interceptación. Espiar una inteligencia extranjera podría ser un objetivo sustancial o significativo de la grabación y, de este modo, legítimo bajo los menos exigentes procedimientos de FISA, incluso si el objetivo primario de la interceptación era reunir pruebas para un proceso penal.

5. LOS TÉRMINOS DE LAS ENMIENDAS FISA DE 2008

Las enmiendas de 2008 preservaron los cambios efectuados por la *Patriot Act*. El gobierno solo necesitó mostrar que el espionaje de la inteligencia extranjera es un objetivo significativo, como opuesto a primario, de la grabación. La ley de 2008 también mantuvo los requisitos originales de FISA para

⁶⁵ Ver p.e., *United States v. Pelton*, 835 F.2d 1067, 1075-76 (4th Cir. 1987).

⁶⁶ Unir y fortalecer América proveyendo las herramientas adecuadas requeridas para interceptar y obstruir al Terrorismo (*USA Patriot Act*) of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (codificada en secciones dispersas de 8, 12, 15, 18, 20, 31, 42, 47, 49, and 50 U.S.C. (2012)).

autorizar grabaciones donde el objetivo es una persona localizada en los Estados Unidos. En esos casos, el gobierno debe, a demás de mostrar un objetivo significativo –establecer una razón para creer que el objetivo es un agente empleado de un poder extranjero–. No obstante, la ley de 2008 introdujo una mayor complejidad en la estructura FISA al establecer, como propuso la Administración Bush, un conjunto especial de reglas para aplicar cuando el objetivo de la grabación está localizado fuera de los Estados Unidos.

Algunas de estas personas en el extranjero pueden ser estadounidenses o, en las palabras de la ley, “personas de los Estados Unidos”, una categoría definida para reagrupar a los ciudadanos de los Estados Unidos y las personas legalmente admitidas a la residencia permanente en los Estados Unidos⁶⁷. Con respecto a ellos, como con los americanos en los Estados Unidos, los requisitos para la vigilancia son de acuerdo con la ley original FISA como fue enmendada por la *Patriot Act*. El gobierno debe establecer que un objetivo significativo de la grabación es espiar la inteligencia extranjera o que el individuo es un agente empleado por un poder extranjero. Estos requisitos se aplican con independencia de si de la interceptación se efectúa a través de instalaciones situadas en los Estados Unidos o instalaciones localizadas en el extranjero.

Sin embargo, en el caso de personas que no sean de los Estados Unidos –en mis términos, extranjeros– que están situados en el extranjero, la ley de 2008 se aparta radicalmente de los principios originales FISA. Como bajo la ley original, no existe necesidad de obtener autorización de ningún tipo de un juez FISA cuando la grabación no requiere acceso a las instalaciones localizadas en los Estados Unidos⁶⁸. Cuando, no obstante, la grabación está dirigida a los extranjeros en el extranjero y requiere acceso a las instalaciones de los Estados Unidos, es requerido el permiso de un juez FISA, pero el principio tradicional FISA es drásticamente reducido. Aunque el gobierno debe exponer un objetivo significativo a la grabación para espiar la inteligencia extranjera, poco más se requiere. El gobierno no necesita tener razón para sospechar que los objetivos de las grabaciones son agentes o empleados de un poder extranjero, sólo que son extranjeros y que están situados fuera de los Estados Unidos⁶⁹.

⁶⁷ Ver *FISA Amendments Act* de 2008, Pub. L. No. 110-261, § 701, 122 Stat. 2436, 2437 codificada en 50 U.S.C. § 1881 (2012)).

⁶⁸ 50 U.S.C. § 1802(a)(1) (2012).

⁶⁹ ID. § 1881a(a)-(g).

La ley de 2008 no solo aligera los principios para autorizar grabaciones dirigidas a extranjeros individuales o específicos en el extranjero. También facilita la emisión de autorizaciones “amplias” de grabaciones para esas personas como el TSP original había hecho⁷⁰. Incluso aunque el procedimiento completo FISA es secreto, la ley de 2008 libera al gobierno de la necesidad de revelar al juez FISA la identidad de cada individuo que sea objetivo. Solo requiere que el gobierno describa y emplee procedimientos razonablemente diseñados para asegurar que esta actividad propuesta de vigilancia sólo tendrá como objetivo extranjeros en el extranjero⁷¹. Esto quiere decir que se puede permitir que el gobierno obtenga autorización de un juez FISA para grabar las llamadas telefónicas de un grupo entero de extranjeros en el extranjero (p.e. “personas sospechosas con conexiones con Al Qaeda” u “oficiales de alta graduación del ejército paquistaní”).

Todas las solicitudes para órdenes judiciales, incluso aquellas requeridas por *Katz and Keith*, son consideradas por un juez sin referencia al objetivo. La esperanza es que un juez, actuando por su cuenta, hará escrutinio de las bases fácticas de la solicitud. Esta esperanza, se puede considerar, persistió incluso bajo el esquema original de FISA, aunque dos de sus características disminuyen la probabilidad de que esa esperanza pueda realizarse alguna vez –los jueces del tribunal FISA son cuidadosamente seleccionados por el Presidente de la Corte Suprema y aseguran un grado de anonimato–. Pero la ley de 2008 fue más allá y buscó eliminar los poderes de un juez FISA para desafiar los predicados fácticos de la solicitud gubernamental para la autorización para una grabación cuando el objetivo es un extranjero en el extranjero.

En 2004, el Congreso aprobó una ley estableciendo la Oficina del Director de la Inteligencia Nacional para coordinar y supervisar el trabajo de todas las agencias de inteligencia y espionaje de los Estados Unidos⁷². Esta ley también enmendaba la ley original FISA que requería que aquellas solicitudes que tenían que ser conjuntamente autorizadas por el Director de la CIA y

⁷⁰ Ver W. C. BANKS, “Programmatic Surveillance and FISA: Of Needles in Haystacks”, *Texas. Law Review*, núm. 18, 2010, pp. 1633, 1635 (“La [ley de 2008] codificó un procedimiento para permitir la vigilancia programática, amplia centrada en pautas de actividades sospechosas y no en un individuo específico o los contenidos de sus comunicaciones a través de los cambios en FISA que superan la orientación específica-del-caso de la ley original.”)

⁷¹ 50 U.S.C. § 1881a(a)-(g).

⁷² *Intelligence Reform and Terrorism Protection Act* de 2004, Pub. L. No. 108-458, 118 Stat. 3638 (codificado en secciones dispersas de 42 y 50 U.S.C. (2012)).

por el Fiscal General; ahora tenían que ser autorizadas por el Director de la Inteligencia Nacional y el Fiscal General⁷³. Las enmiendas FISA de 2008 continuaron con este requisito de autorización conjunta del Fiscal General y el Director de la Inteligencia Nacional⁷⁴. Estos funcionarios debían conjuntamente establecer un plan para regular estas actividades de vigilancia dirigidas a extranjeros en el extranjero, enviar un plan al juez FISA y certificar que los nuevos requisitos para esos objetivos se cumplieran⁷⁵. En otro cambio radical desde el esquema original de FISA, la ley de 2008 busca proveer que el juez deba aprobar la aplicación si la certificación “contiene todos los elementos requeridos⁷⁶.” No hay lugar para que el juez haga escrutinio, como podría o debía haber hecho en el pasado, de los predicados fácticos de la aplicación FISA del gobierno. La ley de 2008 también sitúa un límite estricto –treinta días– sobre el tiempo que el juez FISA tiene para considerar la solicitud⁷⁷.

Habiendo minimizado el papel de los jueces, la ley de 2008 prevé una medida de revisión tras las actividades de vigilancia del Departamento de Justicia y de las varias agencias de inteligencia que puedan estar implicadas en las escuchas telefónicas. Este poder de revisión fue encomendado a un grupo de inspectores generales, que son funcionarios administrativos, no magistrados imparciales e independientes. Los inspectores generales son elegidos por el Presidente y sujetos a destitución por él. El Senado debe confirmar su nombramiento y ser informado a los 30 días de su cese⁷⁸. Fueron creados por la ley de 1978, también en respuesta a las revelaciones del Comité Church, y se les encargaron de informes al Congreso y el ejecutivo con las prácticas de las agencias administrativas a las cuales pertenecían. Las enmiendas FISA de 2008 específicamente instruían al Inspector General del Departamento de Justicia y su contraparte en cada una de las agencias de inteligencia involucradas en la vigilancia que revisen y comuniquen cuantas personas objetivo de vigilancia al final se encontraban en el país y cuantos ciudadanos estadounidenses están identificados en los informes de la vigilancia⁷⁹.

⁷³ ID. § 1071(e).

⁷⁴ 50 U.S.C. § 1881a(a).

⁷⁵ ID. § 1881a(a)-(g).

⁷⁶ ID. § 1881a(i)(3).

⁷⁷ ID. § 1881a(i)(1)(B).

⁷⁸ *Inspector General Act* de 1978, 5 U.S.C.A. App. 3 (2010).

⁷⁹ 50 U.S.C. § 1881a(l)(2).

6. EL CONFLICTO CON LA CUARTA ENMIENDA

La protección de la privacidad no es absoluta. La Cuarta Enmienda no niega totalmente el acceso del gobierno a la información que necesita para cumplir con su deber elemental de asegurar el país. Más bien, busca minimizar o evitar los peligros inherentes a la vigilancia al restringir las técnicas y métodos que el gobierno puede emplear para adquirir esa información. Sitúa una zona sobre ámbitos y actividades del individuo –aquellas que otorgan una “razonable expectativa de privacidad”⁸⁰– y entonces construye una barrera para proteger esta zona. Esta barrera está reforzada por la comprensión de que cada intrusión no solo perjudica el interés individual en la privacidad y, de este modo, socava las condiciones necesarias para el florecimiento humano, sino que, dadas las circunstancias particulares de la intrusión y las razones para ella, amenazan una multitud de otros intereses, incluyendo aquellos protegidos por las garantías constitucionales de la libertad de expresión, juicio imparcial e igualdad de trato.

Las enmiendas FISA de 2008 son una cesión de autoridad. Permiten al gobierno interceptar conversaciones telefónicas y, de este modo, interferir en una actividad ciertamente muy dotada de una expectativa razonable de privacidad. La validez de la ley gira sobre las condiciones que impone para el ejercicio de su autoridad y si esas condiciones son bastante estrictas para llevarse bien con la Cuarta Enmienda y las barreras que impone contra esas intrusiones a la privacidad. Normalmente, la Cuarta Enmienda ha sido utilizada para revisar condenas penales, en ese contexto constituye un principio para medir la actividad investigadora de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley. También ha sido utilizada para establecer un principio con el que medir cesiones legislativas a la autoridad investigadora y el poder de los funcionarios del gobierno para implicarse en varias formas de vigilancia, incluyendo escuchas telefónicas⁸¹.

6.1. El requisito de la causa probable

Las condiciones establecidas por *Katz* y *Keith* tiene dos características. Requiere una aprobación del tribunal previa a la interceptación y condiciona

⁸⁰ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 360 (1967) (Harlan, J., concurrente).

⁸¹ Por ejemplo en *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967), la Corte Suprema anuló una condena por soborno basada en las pruebas obtenidas sin una orden judicial que siguiese los principios de particularidad de la Cuarta Enmienda. La Corte también declaró inconstitucional por sí misma la ley de Nueva York que establecía el esquema que gobernaba la vigilancia electrónica bajo el cual la orden judicial era emitida obviando incluir un requisito de suficiente particularidad.

esa aprobación a mostrar una causa probable. FISA –como fue originalmente promulgada y como fue enmendada– satisface el primer requisito de la aprobación previa del tribunal. Pero restringe en gran medida el segundo –la necesidad de mostrar una causa probable–⁸².

La Cuarta Enmienda no elabora el significado de la causa probable, pero, como en *Katz y Keith* y en muchos otros casos, ha declarado que la causa probable es –tal y como se emplea en la Cuarta Enmienda– un término técnico conectado con la criminalidad. No significa simplemente una razón para creer que alguien es sospechoso, sino más bien una razón para creer que esa persona cuyas llamadas están siendo interceptadas ha cometido un delito, está cometiendo un delito, o va a cometer un delito⁸³.

La carga de mostrar la causa probable puede pesar gravemente sobre el gobierno. El gobierno puede, algunas veces, necesitar grabar para adquirir la información que le permitirá identificar a un delincuente, o confirmarle que un individuo va a cometer un delito. Lo mismo puede decirse sobre las intrusiones en el hogar. Pueden ser necesarias para establecer una causa probable. No obstante, bajo la Cuarta Enmienda, esa información debe asegurarse que será garantizada por medios que no comporten la interceptación de una conversación o intrusión en un ámbito que sea considerado dentro de una expectativa razonable de privacidad. En *Katz* y de nuevo en *Keith*, la Corte Suprema se detuvo un momento antes de aplicar esta manera de

⁸² Algunos han sugerido que la cualificación FISA del requisito de causa probable no va lo suficientemente lejos y que esa mayor cualificación, e incluso la eliminación de ese requisito, mejorará la ley (o legislación de sustitución) Ver p.e., S. C. BLUM, “What Really Is at Stake with the FISA Amendments Act of 2008 and Ideas for Future Surveillance Reform”, *Boston University Public Interest Law Journal*, núm. 18, 2009, pp. 269, 291-294, 308-312.

⁸³ Una comprensión contraria del término relacionado “sospecha individualizada” recientemente aparecido en la nota al pie 2 de la opinión del Juez Scalia para la Corte en *Ashcroft v. Al-Kidd*, 131 S. Ct. 2074 (2011), un caso que involucra un arresto sobre la ley de testigos de material federal. En su opinión concurrente, el Juez Ginsburg argumentó que la “sospecha individualizada” necesaria para una orden judicial es un término jurídico que significa sospechoso de actividad delictiva. ID. en 2088 n.3 (Ginsburg, J., concurrente). El Juez Scalia, no obstante, utilizó el término sin mucha rigidez y concluyó que la orden judicial de testigos materiales en el caso había estado adecuadamente basada en la “sospecha individualizada” de que el objetivo poseía información relevante sobre otros. ID. en 2082 n.2. Él dijo: “Ningún uso de la palabra es más común y más idiomático que una declaración como “tengo una sospecha de que él sabe algo del delito” o incluso “tengo la sospecha que me está preparando una fiesta sorpresa de cumpleaños” ID. Ninguna autoridad ha ofrecido apoyo de la visión – tan extraña para un originalista– de que este uso contemporáneo o idiomático fuera pretendido por los Constituyentes en el contexto de la Cuarta Enmienda.

entender la causa probable a las grabaciones dirigidas al espionaje de una inteligencia extranjera y reservó esa cuestión para otro día –un día que aún no ha llegado–.

Como una cuestión hipotética, es difícil decir si la Corte dará un paso adicional y aplicará a las grabaciones FISA –ni como fueron originalmente promulgadas en 1978 o enmendadas en 2008– la comprensión de la causa probable anunciada en *Katz* y *Keith*. La actual Corte debería incluso, en el peor de los casos, decidir en contra de esas decisiones. Pero esta investigación no es predictiva, sino más bien normativa –¿qué diría un jurista justo e imparcial actuando como miembro de la sociedad civil? Desde esa perspectiva, el paso adicional parece necesario. Es difícil de entender como al término “causa probable” dependiendo del tipo de información buscada podría darse un significado diferente, el objetivo del gobierno al buscar esta información, o la ciudadanía o localización de las personas que son objetivo de la interceptación.

La ley de 2008 varía las condiciones para obtener la aprobación del tribunal dependiendo del objeto de la vigilancia y la ciudadanía y la localización del objetivo, aunque en ninguna instancia se requiere la sospecha de criminalidad que es la esencia de la causa probable. En todas las grabaciones FISA, el gobierno debe mostrar que un objetivo significativo –no solo el objetivo, ni incluso el objetivo primario– de la interceptación es espiar una inteligencia extranjera, que naturalmente puede no tener ninguna conexión con actividades delictivas sospechosas⁸⁴. La ley impone otra condición para obtener la aprobación del tribunal cuando el objetivo de la grabación es un ciudadano americano o una persona que está legalmente en Estados Unidos: el gobierno debe mostrar que el objetivo es un empleado o agente de un poder extranjero⁸⁵. Si el poder extranjero es una organización terrorista internacional, puede ser imparcialmente asumido que existe una razón para creer que el objetivo es un terrorista y, de este modo, que el requisito de causa probable sea satisfecho. Pero las escuchas telefónicas están permitidas bajo FISA incluso si el poder extranjero es otra nación, por ejemplo el Reino Unido o Arabia Saudí y, en ese caso, no habría razón para sospechar de una finalidad de actividad delictiva.

Existe incluso un alejamiento más llamativo de los requisitos de la causa probable cuando el objetivo es un extranjero en el extranjero. En esos casos, no existe necesidad de mostrar incluso que el objetivo es un empleado o

⁸⁴ Ver la nota al pie 22 y el texto que acompaña.

⁸⁵ ID. § 703 (codificada en 50 U.S.C. § 1881b).

agente de un poder extranjero, sólo que él o ella es un extranjero en el extranjero. Más aún, en esos casos, al juez FISA se le niega la capacidad, presente en cualquier audiencia de causa probable, de hacer escrutinio de las bases fácticas de la solicitud del gobierno. Por encima de eso, las Enmiendas de 2008 autorizan al juez FISA a aprobar escuchas telefónicas “amplias” dirigidas a grupos o categorías de personas compuestos de extranjeros en el extranjero –una vez más bruscamente en desacuerdo con el concepto constitucional de causa probable, que requiere la sospecha de criminalidad y, por consiguiente, debe, necesariamente, proceder sobre una base individual o persona a persona–.

Poco después de la promulgación de las Enmiendas FISA de 2008, una demanda –aquella que la Corte Suprema finalmente rechazó por falta de legitimación activa– se interpuso en contra de la ley. La demanda fue diseñada para centrar la atención en las disposiciones de esa ley respecto a los extranjeros en el extranjero –y con buenos motivos–. Esas disposiciones marcan la separación más clara e inquietante del requisito de la causa probable de la Cuarta Enmienda. Aún al establecer esas disposiciones, el Presidente Bush y el Congreso las había hecho depender de una decisión de 1990 de la Corte Suprema, *United States v. Verdugo Urquidez*⁸⁶, que podría leerse como situando a los extranjeros en el extranjero en una “tierra de nadie” constitucional.

En ese caso, el Presidente de la Corte Suprema Rehnquist negó la protección de la Cuarta Enmienda a un ciudadano mexicano que había sido traído a la fuerza a los Estados Unidos para someterse a un juicio con cargos por drogas y cuyo domicilio en México había sido registrado por los funcionarios anti-drogas de los Estados Unidos sin orden judicial. Según Rehnquist, la Cuarta Enmienda –y quizá la Carta de Derechos por entero– no provee protección a las personas faltando una conexión voluntaria con los Estados Unidos y, de este modo, no regulaba de ninguna forma el registro de un ciudadano mexicano en México⁸⁷. Al decir esto, Rehnquist buscaba repudiar la comprensión que había prevalecido durante la era de la Corte Warren que veía que la Constitución imponía límites a los funcionarios estadounidenses dondequiera que ellos actuaran y de forma independiente al objetivo de sus acciones⁸⁸. Esta comprensión estaba basada en una lectura generosa de

⁸⁶ 494 U.S. 259 (1990).

⁸⁷ ID., pp. 274-75.

⁸⁸ Ver O. FISS, “The War Against Terrorism and the Rule of Law”, *Oxford Journal Legal Studies*, núm. 26, 2006, p. 235.

la decisión de 1957 de la Corte Suprema en *Reid v. Covert*⁸⁹, una lectura que Rehnquist tomó medidas para desacreditar y anular⁹⁰.

La opinión de Rehnquist fue considerada la “Opinión de la Corte”, pero necesitaba el apoyo del Juez Kennedy para lograr ese status. El Juez Kennedy, en aquel tiempo recién nombrado, escribió una opinión separada, en la que decía que compartía la opinión del Presidente de la Corte, pero, de hecho, avanzaba una concepción más cosmopolita de la Constitución⁹¹. Y dejó a un lado una parte del énfasis de Rehnquist sobre las palabras del prefacio de la Cuarta Enmienda –“el derecho del pueblo”⁹²-. Según Kennedy, esas palabras no eran más que artificios retóricos, una forma de enfatizar la importancia de lo que era perseguido más que los medios de restringir a los estadounidenses la protección del derecho garantizado. Kennedy concedió que sería poco práctico requerir a los funcionarios federales cuando actuaran en el extranjero que estuvieran sujetos a los mismos requisitos que los impuestos para ellos cuando actuaran en los Estados Unidos. Por esa razón, no estaban sujetos, de acuerdo con Kennedy, al requisito de orden judicial de la Cuarta Enmienda⁹³. En cambio, continuaba, ellos están siempre sujetos a actuar de manera equitativa, en el marco de la Cuarta Enmienda, “de forma razonable”⁹⁴. Kennedy coincidía con el resultado de Rehnquist, pero sólo porque él consideraba que los funcionarios federales habían actuado de hecho razonablemente.

Similares rasgos de cosmopolitismo pragmático pueden encontrarse en la opinión del Juez Kennedy, en esta ocasión con la mayoría, en la decisión de 2008 en *Boumediene v. Bush*⁹⁵. En este caso, Kennedy declaró inconstitucional una disposición de una ley federal (la *Military Comission Act* de 2006) que se había aplicado para denegar el acceso al mandato judicial de *habeas corpus* a los nacionales extranjeros que estaban detenidos en Guantánamo. Kennedy concluía que la ley constituía una suspensión ilegal del mandato judicial de *habeas corpus* y entonces repudiaba el esfuerzo del Congreso, similar al llevado a cabo con las Enmiendas FISA de 2008, para liberar al ejecutivo implicado en la Guerra contra el Terror de los límites constitucionales a su trato

⁸⁹ 354 U.S. 1 (1957).

⁹⁰ *Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. at 269-70.

⁹¹ ID. p. 275 (Kennedy, J., concurrente).

⁹² ID., pp. 276-77.

⁹³ ID. pp. 277-78.

⁹⁴ ID.

⁹⁵ 553 U.S. 723 (2008).

a los nacionales extranjeros localizados en el extranjero, aunque en esta instancia denegársele el acceso al mandato judicial de *habeas corpus* era un *test* a la legalidad de su detención. Formalmente, el Juez Kennedy parece menos motivado por una consideración a los derechos de los prisioneros que por la separación de poderes –la necesidad de preservar la capacidad de los jueces de revisar la legalidad de las detenciones del ejecutivo–. Sin embargo, la consecuencia de su acción para los derechos de los prisioneros de Guantánamo –todos nacionales extranjeros detenidos en el extranjero– era manifiesta y, de este modo, la decisión *Boumediene* puede leerse como una extensión del alcance de la Constitución a los extranjeros en el extranjero.

No necesitamos, no obstante, entrar en los debates generados por estas lecturas de las opiniones del Juez Kennedy, pues incluso si adoptamos la posición del Presidente de la Corte Suprema Rehnquist en *Verdugo-Urquidez* y limitamos la protección de la Cuarta Enmienda en la forma que él sugiere, existe un razón buena y suficiente para estar preocupados con la autoridad de vigilancia cedida al ejecutivo en la ley de 2008 sobre llamadas telefónicas de extranjeros en el extranjero. Puede ser que partes de esas llamadas sean estadounidenses y que la interceptación de esas llamadas puede afectar en su expectativa razonable de privacidad. Según entiendo, la atención no debe limitarse al objetivo de la interceptación, sino más bien debe extenderse a todas las partes en la conversación.

Las enmiendas de 2008 requieren la autorización de un tribunal para grabar conversaciones de extranjeros en el extranjero sólo cuando la interceptación comporta acceso a las instalaciones localizadas en los Estados Unidos. Aunque algunas veces la conversación entre dos extranjeros localizados en el extranjero puede ser transmitida a través de instalaciones en los Estados Unidos, esto es raro. Presumiblemente la mayor parte de las llamadas telefónicas internacionales enviadas a través de los Estados Unidos involucran al menos a una parte que está en los Estados Unidos. Alguna de estas personas pueden ser visitantes transitorios, o incluso personas que están ilegalmente en el país y por tanto fuera de la protección de la Cuarta Enmienda de Rehnquist. Pero más probablemente, serán ciudadanos de los Estados Unidos o personas con residencia legal en los Estados Unidos –personas que tienen la conexión voluntaria a los Estados Unidos que Rehnquist demandaba en *Verdugo-Urquidez*–.

En consecuencia, una escucha telefónica autorizada por un juez FISA que está dirigida a un nacional extranjero viviendo en el extranjero dará,

con toda probabilidad, el acceso al gobierno a las conversaciones privadas de personas incuestionablemente bajo la protección de la Cuarta Enmienda. Esto es verdad para los demandantes en una causa desestimada por la Corte Suprema en febrero 2013 –eran periodistas, abogados e investigadores de derechos humanos cuyo trabajo exigía hacer llamadas telefónicas frecuentes y regulares a gente en el Oriente Medio–. Estos individuos pueden no ser, de hecho, el objetivo de la vigilancia y, por esa razón, pueden ser caracterizados, como un asunto puramente técnico, como víctimas incidentales de vigilancia pero, que no haya error, ellos son víctimas de la vigilancia. Mucha de su información privada o personal puede ser captada como ocurre con los nacionales extranjeros que viven en el extranjero. Estarán temerosos de hablar libre y completamente o pueden ser desincentivados por completo de utilizar el teléfono.

Por supuesto, en el contexto de la aplicación ordinaria de la ley, la causa probable debe relacionarse con el objetivo, no necesariamente con todas las partes de la conversación. Las declaraciones de cualquiera que entabla una conversación telefónica con el objetivo puede ser utilizada por el gobierno en un juicio penal⁹⁶. Las enmiendas FISA de 2008 pueden ser vistas como siguiendo una regla similar, pero en verdad los peligros son mucho mayores. El objetivo de la interceptación no necesita ser un individuo; puede consistir en grupos o categorías de nacionales extranjeros, no existe necesidad de establecer, con relación al objetivo, la causa probable contemplada en *Katz* o *Keith*. El gobierno necesita solo dar razones para creer que un objetivo es un extranjero localizado en el extranjero y que una meta significativa de la interceptación es espiar la inteligencia extranjera. El umbral para la interceptación es, de esta forma, disminuido dramáticamente y, como consecuencia, las denominadas víctimas incidentales –ciudadanos de Estados Unidos o residentes

⁹⁶ Ver, p.e., *United States v. Perillo*, 333 F. Supp. 914, 919-21 (D. Del. 1971) (citando *Al-derman v. United States*, 394 U.S. 165, 175 n.10 (1969)) considerando constitucional el uso del gobierno de conversaciones entre el objetivo de la vigilancia y un tercero en un proceso penal subsiguiente sobre el tercero, cuando la vigilancia estaba llevada a cabo conforme a una orden judicial aplicando solo al objetivo de la vigilancia y el gobierno no ha mostrado una previa causa probable respecto al tercero. Ver también *United States v. Kahn*, 415 U.S. 143, 157 (1974) (sosteniendo que la interceptación gubernamental de unas llamadas telefónicas incriminatorias de la esposa del objetivo de la vigilancia y el subsiguiente uso de esas llamadas en un proceso penal contra la mujer, no violaban la Cuarta Enmienda incluso aunque el gobierno no estableció causa probable respecto a la mujer con anterioridad al inicio de la vigilancia).

permanentes legales en Estados Unidos- están más expuestos que nunca a interceptación de sus conversaciones privadas.

Al criticar las enmiendas de 2008, y quizá el esquema FISA de 1978, en general en el fallo del acatamiento del requisito de la causa probable de la Cuarta Enmienda, estoy subestimando –quizá demasiado– el juicio considerado del Congreso y del Presidente sobre el significado de ese término crucial. Es difícil, no obstante, reconocer a las decisiones del Presidente y del Congreso con la fuerza normativa que deriva de nuestros compromisos democráticos y por esa razón posponer su juicio. La causa probable es un término técnico y el significado que los órganos políticos le han dado solo puede encontrarse en las leyes largas y complicadas no fácilmente accesibles o comprensibles por el público general, o quizá incluso por sus representantes. Más aún, la responsabilidad del esquema FISA –disolución o derogación del requisito de la causa probable– es, en gran parte, aunque no enteramente, asumida por personas que no están llamadas a participar en el proceso electoral. Esto es particularmente cierto en la ley de 2008 y su cesión de autoridad para señalar como objetivo las llamadas de los extranjeros situados en el extranjero. Evidentemente el Presidente y el Congreso son órganos coordinados del gobierno también encargados de dar significado concreto a la Constitución. Pero no están obligados por las restricciones de la razón pública –por encima de todo, la regla que requiere juicio basado en principios– que da a los jueces la autoridad para interpretar la Constitución y, si es necesario, decidir en contra de la interpretación de los órganos políticos⁹⁷.

5.2. La excepción de “necesidades especiales”

La Cuarta Enmienda tiene una inusual estructura gramatical. Como la opinión concurrente del Juez Kennedy en *Verdugo-Urquidez* hizo evidente, la Enmienda consiste en dos cláusulas. La primera cláusula proclama el derecho de las personas a ser protegidos contra búsquedas y capturas irrazonables⁹⁸. La segunda, unida con la primera por la palabra “y”, describe los requisitos

⁹⁷ See O. FISS, “Between Supremacy and Exclusivity”, en R.W. BAUMAN & T. KAHANA (eds), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge University Press, 2006, pp. 452, 452-467.

⁹⁸ Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda IV (“El derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, casas, papeles y efectos contra búsquedas y capturas irrazonables no debe ser violado. . .”).

para las órdenes judiciales⁹⁹. Algunos académicos han avanzado una lectura disyuntiva de las dos cláusulas, argumentando que, en la mentalidad de los Constituyentes, la Cláusula de la Orden judicial buscaba limitar la disponibilidad de las órdenes judiciales, no haciendo que su emisión fuera definitiva para determinar si una interceptación es, en el significado de la primera cláusula, razonable¹⁰⁰. La posesión de una orden judicial válida –sigue el argumento– proveería una defensa absoluta para un funcionario gubernamental subsiguientemente acusado de dirigir una búsqueda irrazonable. Al prescribir firmemente los requisitos de una orden judicial válida, la Cuarta Enmienda busca limitar la emisión de órdenes judiciales –y, de forma correspondiente, la disponibilidad de una defensa absoluta– para búsquedas irrazonables.

Esta comprensión de la Cláusula de la Orden judicial puede ser una versión plausible de los orígenes históricos de la disposición, pero incluso así, no socava la regla ahora antigua –afirmada en *Katz* y *Keith* en el contexto de las escuchas telefónicas– requiriendo que el gobierno, salvo en casos en los que es absolutamente imposible, pida de antemano una orden judicial para dirigir una búsqueda y, más allá, que la orden judicial se emita sólo si reúnen ciertos requisitos –incluyendo la exhibición de una causa probable–. De hecho, esta regla bien podría implicarse de la prohibición del uso defensivo de las órdenes judiciales que no satisfacen los principios indicados. Las reglas de responsabilidad suelen reflejar cierta comprensión de las mejores prácticas.

En el mismo caso *Katz*, la Corte reconoció dos excepciones limitadas al requisito de la orden judicial: una por las búsquedas llevadas a cabo en el curso de un arresto y la otra por búsquedas llevadas a cabo en una “persecución implacable” de un delincuente sospechoso¹⁰¹. La Corte concluye que ninguna excepción es aplicable a las escuchas telefónicas y no muestra ninguna inclinación a crear otra excepción¹⁰². En décadas recientes, no obstante, el número de casos en que una excepción del requisito de la orden judicial se ha pedido –la más familiar involucra a las búsquedas de los pasajeros y

⁹⁹ ID. (“y ninguna orden judicial deberá ser emitida sino es con causa probable, apoyada por juramento o afirmación, y particularmente describiendo el lugar para ser registrado y las personas o las cosas para ser capturadas.”).

¹⁰⁰ Ver p.e., A. R. AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principle*, Yale University Press, 1998, pp. 31-45; A. R. AMAR, “Fourth Amendment First Principles”, *Harvard Law Review*, núm. 107, 1994, pp. 757, 762, 774 Ver también C. S. STEIKER, “Second Thoughts About First Principles”, *Harvard Law Review*, núm. 107, 1994, p. 820.

¹⁰¹ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 357-58 (1967).

¹⁰² ID.

sus equipajes en los aeropuertos¹⁰³ – ha crecido. Estas excepciones son ahora agrupadas bajo la etiqueta de “necesidades especiales”¹⁰⁴ y han sido típicamente justificadas sobre la base de que la intromisión en la privacidad es momentánea, obtener una orden judicial antes de la búsqueda no es ni remotamente práctico, y rectificar abusos de poder puede ser conseguido a través de una acción por daños.

Estas condiciones no están claramente satisfechas por las grabaciones FISA. Esa vigilancia no es una intromisión momentánea, sino que dura un periodo considerable de tiempo. Bajo las enmiendas de 2008, por ejemplo, la grabación puede durar un año¹⁰⁵. No puede afirmarse que obtener una orden judicial previa a la vigilancia es una imposibilidad práctica¹⁰⁶. En contraste con los registros en los aeropuertos, la ley de 2008 requiere que el gobierno busque primero la aprobación judicial de la interceptación¹⁰⁷ –el único asunto es qué debe mostrar para obtener ese permiso–. Más aun, dados los requisitos de secreto a las interceptaciones FISA, una acción retroactiva de daños por abusos del poder ejecutivo no es una alternativa viable. El secreto no impide el trabajo de los inspectores generales, pero ellos no son más que funcionarios administrativos y su tarea es informar si las prácticas del ejecutivo están de acuerdo con los requisitos de la ley en vigencia, no con el principio constitucional de causa probable o cualquiera de los principios relacionados con él. Su trabajo no es proveer una solución para esos abusos, sino más bien informar al ejecutivo y al Congreso sobre la extensión de la vigilancia que ha sido llevada a cabo o si los informes de inteligencia producidos mencionan a personas en los Estados Unidos.

¹⁰³ Ver p.e., *United States v. Edwards*, 498 F.2d 496, 499-500 (2d Cir. 1974).

¹⁰⁴ El Juez Blackmun introdujo la frase en *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325, 351 (1985) (Blackmun, J., concurrente con el juicio). Ver también *MacWade v. Kelly*, 60 F.3d 260, 268 (2d Cir. 2006) (reconociendo que *United States v. Edwards* ejemplifica lo que después fue conocida como la “excepción de las necesidades especiales”).

¹⁰⁵ 50 U.S.C. 1881a(a) (2012).

¹⁰⁶ Aunque el Fiscal General y el Director de la Inteligencia Nacional deben normalmente esperar una orden judicial antes de autorizar la vigilancia, las enmiendas FISA de 2008 permiten la establecimiento de escuchas telefónicas sin orden judicial cuando el Fiscal General y el Director determinen que existen “circunstancias exigentes” ID. § 1881a(c)(2); Ver también ID. § 1881a(a) (concediendo al Fiscal General y al Director la habilidad de autorizar la vigilancia). En esos casos, el Fiscal General y el Director deben enviar una certificación para la interceptación durante siete días desde su fecha de inicio, si esto un certificado no está también pendiente.” ID. § 1881a(g)(1)(B).

¹⁰⁷ ID. § 1881a(g)(1)(A).

Bajo el Título III, el gobierno está obligado a avisar a todos los sujetos de una escucha telefónica de una interceptación después de que la vigilancia se complete. No existe ese requisito de aviso en FISA. En el caso desestimado por la Corte Suprema en febrero de 2013 por falta de legitimación activa, el gobierno indicó en el argumento oral que los individuos serían proveídos de aviso de una interceptación cuando el gobierno intente utilizar la interceptación como parte de un juicio penal¹⁰⁸. Aunque los términos y condiciones de este aviso aun permanecen poco claros para mí, podemos asumir como un resultado de ese prometido aviso que un individuo puede, ahora y entonces, conocer que él o ella ha sido sujeto de una grabación FISA. Entonces ese individuo podría demostrar en una acción subsiguiente por daños que la vigilancia fue llevada a cabo por las peores razones, por ejemplo, hacer la vida difícil a un enemigo político o descubrir la estrategia del acusado en un juicio penal en curso.

Pero este escenario imaginado no satisface en absoluto una de las asunciones subyacente de la excepción de necesidades especiales: específicamente, que una acción retrospectiva por daños pueda responsabilizar al gobierno y, de este modo, evitar lesiones no razonables de la privacidad. Es probable que la recepción del aviso prometido para una grabación FISA sea un acontecimiento raro y aislado, disponible solo si un proceso penal se inicia contra el individuo. En todo caso, ese aviso no protege adecuadamente contra el principal daño de las escuchas telefónicas –el miedo de ser escuchado por otros–. Este miedo puede limitar conversaciones, o desincentivarlas por completo, lo que sería una pérdida tremenda para un individuo y perjudicar el carácter democrático de la sociedad, aunque no sea una base suficiente para una acción por daños.

5.3. Delitos extraordinarios y el problema de la medida excesivamente amplia

En una época que empezó con los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, la tentación era grande para desarrollar una reglas especiales

¹⁰⁸ Transcripción de la Discusión oral, p. 4, *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 29 octubre 2012, (No. 11-1025). Disponible en http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/11-1025.pdf (comentarios del Procurador general Donald Verrilli, Jr.) (“Señoría, bajo la ley, existen dos claros ejemplos de situaciones en las que los individuos tienen legitimación. La primera es si es una persona agraviada, alguien que es una parte de una comunicación tenga noticia de que el gobierno pretende introducir información en un proceso judicial contra ella.”) Ver también ID., p. 42-43

sobre las actividades de vigilancia dirigidas a prevenir más ataques terroristas. Estas reglas liberarían al gobierno del requisito de órdenes judiciales de la Cuarta Enmienda y podrían justificarse en términos de la magnitud de la severidad del daño a ser evitado. Pueden ser entendidas como una expansión de la excepción de las necesidades especiales, que está basado sobre la lectura disyuntiva de las dos cláusulas de la Cuarta Enmienda que hace de la razonabilidad el criterio de legalidad. El test no es si la vigilancia está autorizada por una orden judicial mostrando una causa probable, sino más bien si la acción del gobierno es irrazonable. En un caso reciente, *United States v. Jones*¹⁰⁹, el Juez Alito sugirió aun otra forma de conceptualizar estas reglas especiales, aunque el resultado sería el mismo – ninguna orden judicial sería requerida–. Para el Juez Alito, la Cuarta Enmienda no protege la privacidad, sino solo una expectativa razonable de privacidad así que la severidad del daño a ser evitado entraría dentro del juicio como si existiera una violación de esa expectativa¹¹⁰. Cuando se investigan delitos extraordinarios, puede no haber, según Alito, la intromisión de una expectativa razonable de privacidad y, entonces, ninguna orden judicial sería requerida¹¹¹.

En el caso *Jones*, la policía había instalado un GPS (*Global Positioning System*) dispositivo de seguimiento en el chasis del coche del sospechoso sin obtener primero la adecuada orden judicial. El dispositivo era utilizado para seguir los movimientos de vehículo sobre los siguientes veintiocho días¹¹². El Juez Scalia escribió la opinión para la Corte y en ella aplicó la metodología subyacente a la decisión del Presidente de la Corte Taft en *Olmstead*. Scalia primero dijo que el coche era un “efecto” en el sentido de la Cuarta Enmienda y entonces concluyó que el acto de instalar un dispositivo de GPS constituye una violación y, de este modo, era una “búsqueda” o captura en el significado de esa Enmienda¹¹³. El Juez Alito redactó una opinión concurrente especial en la que separa su punto de vista del modo de análisis del Juez Scalia. Condenando la práctica de la policía en el marco de *Katz*, Alito mantuvo que la policía había violado una expectativa razonable de privacidad y, de esta forma, se requería obtener la orden judicial apropiada autorizando la vigilancia¹¹⁴.

¹⁰⁹ 132 S. Ct. 945 (2012).

¹¹⁰ ID., pp. 957-64 (Alito, J., concurrente con el enjuiciamiento).

¹¹¹ ID.

¹¹² ID., p. 948 (opinión de la mayoría).

¹¹³ ID., pp. 949-53.

¹¹⁴ ID., p. 958, 964 (Alito, J., concurrente con el enjuiciamiento).

Al insistir en esa orden judicial, el Juez Alito subrayó la larga duración de la vigilancia –28 días–.¹¹⁵ Opinó que plazos relativamente cortos para seguir los movimientos de una persona en la vía pública podrían considerarse de acuerdo con “las expectativas de privacidad que nuestra sociedad reconoce como razonable”¹¹⁶. Al reafirmar esta conclusión, no obstante, Alito también dio importancia a la naturaleza del delito para determinar si existía una interferencia de una expectativa razonable de privacidad y, por consiguiente, si la orden judicial era necesaria. En sus términos: “el uso de seguimiento de GPS de larga duración en la investigación de muchos delitos impacta sobre las expectativas de privacidad.”¹¹⁷ Al decir esto, el Juez Alito parece contemplar una regla especial para delitos extraordinarios o excepcionales. Consciente de la novedad de este enfoque, no obstante, y quizá en un esfuerzo de satisfacer a los otros Jueces que compartían esta posición –los Jueces Breyer, Ginsburg y Kagan– finalizó su opinión con este descargo de responsabilidad, tan evocador del descargo de responsabilidad de la seguridad nacional en *Katz* y el descargo de responsabilidad sobre el espionaje de inteligencia extranjera en *Keith*: “Nosotros tampoco necesitamos considerar si el seguimiento prolongado por GPS en el contexto de la investigación relativa a delitos extraordinarios podría de forma similar inmiscuirse en una esfera de privacidad constitucionalmente protegida.”¹¹⁸

El acusado en *Jones* lo era por tráfico de drogas –seguramente no es un delito extraordinario. Las actividades terroristas de la escala del ataque del 11 de septiembre u otros actos de terrorismo internacional puede tener la cualidad de extraordinarios al que el Juez Alito se refería. Mi inclinación, no obstante, es la de resistir la tentación de permitir una excepción del requisito de orden judicial para los denominados delitos extraordinarios, independientemente de cómo es esté la excepción formulada. Puede ser difícil identificar el criterio necesario para implementar esa distinción, pero mi interés con este enfoque va a algo más profundo.

Para empezar, temo que una excepción al requisito de orden judicial para delitos extraordinarios sea susceptible de un gran abuso. El gobierno siempre puede afirmar que está buscando prevenir un delito extraordinario, justificándose sobre la base de conocimientos que solo él tiene. Incluso

¹¹⁵ ID., p. 964.

¹¹⁶ ID.

¹¹⁷ ID.

¹¹⁸ ID.

más, temo las consecuencias jurisprudenciales de este enfoque. Podría perjudicar la autoridad y casi sagrada calidad de la Constitución como un acta constitutiva que establece la estructura del gobierno y define los ideales más elevados de la nación. Podría también poner a los jueces en la tarea de hacer excepciones a una regla de principio que no es fácilmente delimitada y que es contraria a su obligación de decir lo que es el Derecho. Consideraciones pragmáticas suelen entrar en los juicios judiciales, pero nunca en una forma que permita ignorar un mandato o interpretación constitucional claramente establecidos.

No obstante, incluso si se le permite al Juez Alito tener su excepción a los requisitos de la orden judicial de la Cuarta Enmienda para delitos extraordinarios, es difícil ver como puede salvarse la ley de 2008, o incluso el esquema FISA en general. Estas leyes, en contraste, por ejemplo, con el Programa de Vigilancia Terrorista del Presidente Bush, no están de ninguna forma limitados a la vigilancia que esté dirigida a Al Qaeda o fuerzas asociadas, o incluso a terrorismo internacional en general. Como estableció en un principio, la ley FISA de 1978 definía un poder extranjero para incluir un grupo implicado en terrorismo internacional y, entonces, definía inteligencia extranjera de manera que incluía información sobre el terrorismo internacional. Sin embargo, la ley no está limitada al terrorismo. En 2004, FISA fue enmendada para incluir terroristas sospechosos que actuaban por su cuenta¹¹⁹, pero el cambio solo amplió el alcance de la ley.

Al utilizar los poderes cedidos por la ley de 2008, puede que el Fiscal General estuviera guiado por una comprensión del contexto histórico en el que la ley fue promulgada –un contexto definido por la Guerra contra el Terror– y, en esencia, buscaba dar una autorización legislativa al Programa de Vigilancia Terrorista del Presidente Bush. En estas circunstancias, el Fiscal General podría bien decidir utilizar la cesión de autoridad conferida a él sólo para prevenir el terrorismo internacional o perseguir a aquellos que estuvieran implicados en esas actividades terroristas. Pero nosotros no podríamos nunca estar seguros de eso. El régimen FISA –como fue promulgado originalmente y enmendado en 2008– tiene una extensión más amplia y, de esta manera, implica una reducción de nuestra libertad. La existencia de la ley provoca el miedo de que las llamadas telefónicas internacionales puedan ser

¹¹⁹ *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* de 2004, Pub. L. No. 108-458, § 6001(a), 118 Stat. 3638, 3742 (codificado como enmienda en 50 U.S.C. § 1801(b)(1)(C) (2012)).

grabadas sin el nivel de escrutinio judicial y autorización requerida por la Cuarta Enmienda.

En el contexto de la Primera Enmienda y su garantía de la libertad de expresión, hemos aprendido a juzgar las leyes tal y como son escritas –sobre la base de todas sus posibles aplicaciones–. Sobre la denominada doctrina de la medida excesivamente amplia, la Corte deroga leyes, aunque se pueda sostener que tengan algunas aplicaciones constitucionalmente permisibles, si existen un número sustancial de aplicaciones que infringen actividades que están, sin duda, protegidas constitucionalmente¹²⁰. La Corte declarará la ley inválida por sí misma como una forma de ampliar la libertad de los ciudadanos a participar en aquellas actividades que están protegidas constitucionalmente. Los legisladores permanecen libres de prohibir actividades que podrían ser constitucionalmente desprotegidas, pero solo en una forma que defina de manera estrecha esas actividades y, de este modo, minimiza el sacrificio de las libertades de la Primera Enmienda.

Se necesita reconocer una doctrina similar en el contexto de la Cuarta Enmienda¹²¹. En el contexto de la Primera Enmienda, la doctrina de la medida excesivamente amplia fue anunciada como una protección contra el efecto desincentivador de una ley penal. Tanto la ley de 2008 como la ley FISA original son una cesión de autoridad al ejecutivo, no una ley penal dirigida a la ciudadanía, y aunque sea una cesión de autoridad, la ley puede tener el efecto de desincentivar –o silenciar– el ejercicio de la libertad personal, en este caso la libertad de tener conversaciones telefónicas privadas. Por consiguiente, incluso si el punto del Juez Alito es admitido –si aceptamos que hay delitos tan extraordinarios que permitimos al gobierno investigarlos sin una orden judicial– debe revocarse la ley que permite o autoriza esa actividad de investigación cuando abarca una categoría tan amplia como “inteligencia extranjera”. En tal caso, los legisladores pueden volver al punto de partida para formular una ley limitada a investigaciones relacionadas con terrorismo internacional. Entonces, pero solo entonces, la Corte Suprema tendrá razón para decidir si el terrorismo internacional es el tipo de delito extraor-

¹²⁰ Ver *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965).

¹²¹ Como se ha analizado anteriormente, ver nota 81, la Corte Suprema en *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967), declaró inconstitucional una ley de Nueva York que establecía un proceso para obtener órdenes judiciales permitiendo la escucha a escondidas. La Corte declaró esa ley inválida en sus términos y habló de su “amplia extensión”, *ID.*, p. 54, pero formalmente no invocó la doctrina de la medida excesivamente amplia de la Primera Enmienda.

dinario que el Juez Alito contemplaba y si la investigación de ese delito justifica el abandono del requisito de la orden judicial tradicional de la Cuarta Enmienda.

Un pilar del principio que establece la separación de poderes es la advertencia contra los ejercicios unilaterales del poder ejecutivo. Desde esta perspectiva, la ley de 2008, comparada con el Programa de Vigilancia Terrorista del Presidente Bush, puede verse como un paso adelante, o quizá como medio paso. En la ley, el papel de los jueces está minimizado, pero el Congreso autorizó lo que Bush había decretado. Desde la perspectiva de la Cuarta Enmienda y los valores que busca proteger, no obstante, la ley de 2008 representa un paso atrás, por su autorización de las escuchas telefónicas sin orden judicial que no están limitadas al terrorismo o a la investigación de cualquier otro delito que puede ser posiblemente considerado como extraordinario. Como mucho de lo que ha sucedido durante la pasada década, como el uso de comisiones militares y la detención indefinida, prolongada sin juicio, la medida de 2008 ha convertido la excepción en regla. Actualmente, la autoridad para establecer escuchas telefónicas sin orden judicial está limitada al proceso de espionaje de la inteligencia extranjera, ampliamente construida, pero dejada sin control, permitirá el establecimiento de una autoridad similar en otros ámbitos y, de este modo, podría convertirse, me temo, en un nuevo punto de partida.

OWEN FISS
Yale Law School
127 Wall Street
New Haven, CT 06511
Estados Unidos de América
e-mail: owen.fiss@yale.edu

