

LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES ENTRE ABOGADOS DEFENSORES Y SUS CLIENTES Y LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Luis Salas

Florida International University

Sumario: 1. Introducción. 2. El secreto profesional y las reglas de prueba. 3. El secreto profesional y el derecho a la defensa legal garantizado por la Sexta Enmienda a la Constitución. 4. La intervención de comunicaciones electrónicas. 5. El Secreto profesional y los detenidos en Guantánamo. 6. La responsabilidad ética del abogado. 7. Conclusión. Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales consecuencias del ataque a las torres de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, ha sido la profunda modificación que ha sufrido el sistema penal norteamericano. El fin de las reformas es la obtención de información para prevenir actos terroristas o identificar a los culpables; para ello se reducen las barreras procesales destinadas a prevenir abusos gubernamentales e, incluso, llegan a adoptarse medidas que pueden ser susceptibles de vulnerar derechos fundamentales.

Un ejemplo claro en el que se aprecia la rebaja de las exigencias garantistas establecidas por la Constitución es el derecho a una defensa legal efectiva en casos penales que, evidentemente, no se puede lograr sin garantizar la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En este sentido, conviene tener presente que varias de las reformas introducidas por la Ley Patriótica promulgada poco tiempo después del 11 de septiembre, están orientadas a facilitar la intervención de las comunicaciones y los registros por orden judicial —e, incluso, sin orden judicial— en ciertos casos de

espionaje y terrorismo. Además, el Gobierno norteamericano emitió decretos que permiten la intervención de comunicaciones entre los detenidos y sus abogados; lo que, como era de esperar, provocó importantes críticas por parte de colegios de abogados.

Este trabajo tiene por objeto analizar el secreto profesional, como parte fundamental del derecho constitucional a la defensa; más concretamente, se trata de ver si el secreto de las comunicaciones entre abogados y clientes —ya hayan sido procesados o estén en prisión preventiva— puede verse menoscabado en atención a otras necesidades como la de prevenir el terrorismo y salvaguardar la seguridad nacional.

2. EL SECRETO PROFESIONAL Y LAS REGLAS DE PRUEBA

El principio del secreto profesional, que garantiza la confidencialidad de comunicaciones entre abogados y sus clientes, es uno de los derechos consagrados del Derecho norteamericano más antiguo. Tiene su origen como regla de prueba en el Derecho común, durante el siglo XVI, con el desarrollo del proceso oral y las órdenes de comparecencia de testigos. Aunque originariamente surge como una necesidad de salvaguardar el honor de defensores legales como caballeros y abogados, a finales del siglo XVIII, se justifica ya en la exigencia de entablar una comunicación franca y abierta entre cliente y abogado a fin de garantizar una representación legal efectiva. A comienzos del siglo diecinueve, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció el derecho al secreto profesional como una herencia básica del Derecho común. En el caso de *Upjohn v. United States* la Corte Suprema estableció que el “propósito de la regla es que se produzcan comunicaciones francas y comprensivas entre los abogados y sus clientes y, por lo tanto, promover intereses públicos más amplios tales como el cumplimiento con la ley y la administración de justicia. El secreto profesional está basado en un reconocimiento de que los consejos le-

gales atinados, o la defensa legal, promueven intereses públicos y que la efectividad de estos consejos depende de que el abogado esté totalmente informado por su cliente”.

3. EL SECRETO PROFESIONAL Y EL DERECHO A LA DEFENSA LEGAL GARANTIZADO POR LA SEXTA ENMIENDA A LA CONSTITUCIÓN

El secreto profesional también tiene un fundamento constitucional en casos penales, pues el acusado tiene el derecho a una defensa legal efectiva y proactiva. El derecho a la defensa legal incluye el derecho a una comunicación fluida y franca entre el abogado y su cliente, sin la intervención de las otras partes del proceso. Así en 1977, la Corte Suprema, en el caso de *Weatherford v. Bursey*, determinó que: “el derecho a una defensa legal consagrado en la Sexta Enmienda, solamente puede ejercerse de una manera efectiva, si el imputado está seguro de que las comunicaciones con su abogado son privadas y de que la preparación de su defensa no será objeto de intromisión por parte de la acusación (el gobierno), su adversario, en el proceso penal”.

Sin embargo, el derecho al secreto profesional no es absoluto. Antes del 11 de septiembre solo podía ser anulado por medio de una orden judicial para prevenir la comisión de un delito. Así, por ejemplo, un juez puede ordenar la intervención de comunicaciones si existen suficientes indicios para creer que la comunicación tiene un fin delictivo. Lo mismo ocurre con autos judiciales que autorizan el registro de las oficinas de un abogado o el correo de un detenido.

Uno de los primeros casos en los que la Corte Suprema analizó la validez de intervenciones de comunicaciones entre abogados y clientes fue en *Black v. United States* en 1967. En este caso, agentes del FBI instalaron dispositivos electrónicos que le permitían grabar conversaciones entre Black y su abogado en la

habitación de un hotel. La Corte ordenó un nuevo juicio para determinar si la información contenida en las grabaciones fue utilizada por los fiscales en la preparación del proceso penal en curso. Igualmente, en *O'Brien v United States*, en 1966, la Corte revocó la sentencia de O'Brien por robo, ya que el gobierno ocultó micrófonos en una oficina y grabó conversaciones entre el acusado y otras personas. La Corte, en su fallo, determinó que el derecho constitucional a una defensa legal requiere que el interrogatorio de un imputado, después de que ha sido formalmente acusado, solamente puede tener lugar con la presencia de su abogado. En el mismo año, la Corte Suprema decidió, el caso de *Hoffa v. United States*. En esta ocasión, un empleado de los abogados de Hoffa informó a los fiscales de que él había estado presente cuando Hoffa y los abogados discutieron la posibilidad de sobornar a miembros del jurado. En este caso, los fiscales obtuvieron una orden judicial para grabar las conversaciones entre Hoffa y los abogados y éstas fueron utilizadas como prueba en un juicio penal contra Hoffa. La Corte Suprema ratificó la sentencia de Hoffa y aprobó el uso de las grabaciones en su contra.

El principal argumento esgrimido por los Fiscales es que el propósito de la intervención de las comunicaciones entre un abogado y su defensor sirve para determinar si éstas facilitan la comisión de un delito. En *Caldwell v United States*, por ejemplo, el gobierno en 1953 contrató un agente encubierto para identificar a otras personas que intervinieron en la comisión del delito por el cual Caldwell estaba siendo procesado. El agente participó en las discusiones entre Caldwell y su abogado defensor, e informó a los fiscales de que el imputado y su abogado le habían ofrecido una suma determinada para robar los archivos del caso de las oficinas de la Fiscalía. El gobierno autorizó la participación del agente como parte del equipo de la defensa de Caldwell. Aunque el tribunal de apelaciones reconoció el derecho de la Fiscalía de tomar medidas para prevenir el robo de sus archivos, este dato, por sí sólo, no constituye una justificación suficiente para

autorizar la intromisión activa del Gobierno en la relación entre un abogado y su cliente. En efecto, las prohibiciones constitucionales contra registros indebidos, las garantías de un debido proceso y el derecho a una defensa legal no servirían de nada si el Gobierno pudiese, impunemente, registrar los documentos confidenciales de un abogado y su cliente, escuchar sus conversaciones, o participar en las discusiones de la estrategia de la defensa a través de un agente encubierto. Igualmente, en *Coplon v. United States*, un tribunal de apelaciones, en 1951, analizó la conducta del Gobierno al intervenir las conversaciones telefónicas entre una persona acusada de ser un espía soviético y su abogado. El tribunal reiteró que el derecho constitucional a la defensa legal de un imputado resulta vulnerado si se le niega el derecho a consultar con su abogado en privado aun en casos de espionaje.

En un voto particular en *Weatherford v. Bursey*, en 1977, el Magistrado de la Corte Suprema, Thurgood Marshall, enfatizó que “hay dos valores constitucionales independientes que se ponen en peligro cuando el Gobierno se entromete en las comunicaciones privadas entre imputados y sus abogados. Primero, la integridad del sistema contradictorio y la equidad de los juicios resultan afectados cuando los fiscales, clandestinamente, obtienen información sobre la estrategia de la defensa legal o las pruebas (o la ausencia de éstas). En segundo lugar, e igualmente preocupante, existe el peligro de que la intromisión del Gobierno en las comunicaciones confidenciales entre el abogado y su cliente vulnera el derecho a una defensa legal efectiva. Es evidente que el derecho a la defensa incluye el derecho a consultar con su abogado pero, en la práctica, si el cliente sabe que la información que puede comprometerle puede ser obtenida mediante la interceptación de las comunicaciones con su abogado, se merman considerablemente las posibilidades de establecer la relación de confianza necesaria para obtener el asesoramiento debidamente informado. Por esta razón, hace mucho tiempo que se reconoce que el secreto profesional es esencial para el derecho a la de-

fensa y que aparece garantizado por la Sexta Enmienda a la Constitución”.

4. LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

La normativa norteamericana permite la intervención de comunicaciones electrónicas a través de tres mecanismos distintos. En primer lugar, el Código Penal autoriza la intervención de este tipo de comunicaciones por auto judicial motivado a petición del Fiscal General o de otra alta autoridad de la Fiscalía. El juez debe determinar si existe causa probable de que el sujeto de la intervención vaya a cometer o haya cometido uno de los delitos especificados en la ley, especialmente terrorismo y, además, debe justificar que por medio de la intervención se obtendrán indicios del delito. Adicionalmente, el Gobierno debe establecer que los métodos tradicionales de investigación han fracasado o son demasiado peligrosos. La norma prohíbe el uso de información obtenida como resultado de las comunicaciones entre abogados y sus clientes como pruebas en procesos penales, a menos que la comunicación forme parte de la comisión de un delito.

En 1968, el Congreso norteamericano promulgó la primera legislación procesal antiterrorista conocida por su acrónimo como FISA (*Foreign Intelligence Surveillance Act*). Esta norma regula el procedimiento para autorizar intervenciones electrónicas en casos de espionaje. A diferencia de la normativa del Código Penal, ésta no siempre tiene un fin penal, sino que también tiene como finalidad la obtención de información para inteligencia. Para garantizar la naturaleza secreta de investigaciones de espionaje, la ley creó un tribunal especial compuesto por un número reducido de jueces federales que pueden tener conocimiento de las investigaciones y competencia para autorizarlas.

La ley faculta al director del FBI, o a su delegado, para que presente una solicitud ante

un juez (que ha de ser uno de los jueces especiales) con el fin de que ordene la entrega de cualquier objeto que sirva para la investigación de actos relacionados con el terrorismo o con el espionaje. Para ello se exige que dicha investigación no esté basada solamente en actividades protegidas por el derecho de expresión o de religión garantizados constitucionalmente. La solicitud especificará que el material solicitado se necesita para la investigación de terrorismo o espionaje. El juez emitirá una orden ex parte aprobando la entrega de pruebas sin especificar las razones (terrorismo o espionaje). Ninguna persona que haya sido informada de la orden podrá hacer pública dicha información y ninguna persona o empresa que entregue bienes u objetos de acuerdo con dicha orden incurrirá en responsabilidad legal alguna por su acción.

Además, la ley FISA también permite que se realicen registros sin informar al interesado acerca del mismo. Esta excepción, sin embargo, está limitada por la jurisprudencia de los tribunales de apelaciones. Para obtener una orden de esta naturaleza, el Gobierno tiene que establecer lo siguiente: 1) que tiene “causa razonable” para creer que la notificación inmediata afectaría el éxito de la investigación; 2) que el Gobierno solamente puede incautar aquellos objetos que motive que son necesarios para la investigación; 3) que se tiene que notificar a las partes sujetas a la investigación dentro de un período razonable.

En cualquier caso, la norma que ha causado una mayor polémica es la norma penitenciaria que autoriza la intervención de comunicaciones de reclusos en los establecimientos penitenciarios. En 1996, se promulgaron reglas administrativas penitenciarias que permiten la aplicación de medidas alternativas especiales, conocidas como SAMs, a reclusos en establecimientos penitenciarios federales para el control de su conducta. En general, la regla faculta al director de una prisión para que, después de notificar por escrito al Buró de Prisiones y al Fiscal General, aplique medidas “especiales” a reclusos cuando éste determine que “las comunicaciones, o contactos con personas, de un interno pueden causar la muerte o lesio-

nes graves a personas, o daños considerables a la propiedad que pueden causar la muerte o lesiones graves a personas”. El tipo de medida que se puede aplicar incluye aislamiento del interno, restricciones en las personas que lo pueden visitar, las comunicaciones que puede recibir o el uso del teléfono. Esta norma, sin embargo, originalmente no era aplicable a las comunicaciones entre los internos y los abogados que los representan legalmente. Solamente si el gobierno motivaba debidamente, ante una autoridad judicial, que existía una “sospecha razonable” de que estas comunicaciones estaban siendo usadas para promover actividades delictivas, era posible la intervención de estas comunicaciones, y siempre y cuando fuera resultado de un auto motivado por una autoridad judicial competente.

Poco después de la promulgación de la Ley Patriótica, el Fiscal General enmendó las reglas que autorizan la aplicación de Medidas Administrativas Especiales. Mediante la reforma, se permite la intervención de comunicaciones entre personas detenidas y sus abogados siempre que el Fiscal General, basándose en la información que posee, considere que existen “sospechas razonables” de que estas comunicaciones están siendo usadas para promover actos de violencia o terrorismo y que la aplicación de estas medidas es “necesaria para prevenir actos futuros de violencia o terrorismo”.

A tal efecto, se precisa que el Fiscal General de los Estados Unidos, o el director de una de las agencias policiales federales, emitan una decisión motivada en la que se contengan los antecedentes que justifican la aplicación de tal medida. Además, debe identificarse al interno afectado y ha describirse el tipo de medida a aplicar. Por otro lado, se requiere que se notifique, tanto al interno como a su abogado, que las conversaciones entre ambos pueden ser intervenidas. Ahora bien, esta exigencia no tendrá efecto si el Fiscal General solicita una orden judicial para que dicha medida se mantenga en secreto y, en consecuencia, abogado y cliente pueden no ser informados de que sus comunicaciones están siendo intervenidas.

En cuanto al plazo, la aplicación de esta medida extraordinaria tiene una duración máxima de 120 días; sin embargo, dicho plazo puede ir ampliándose por períodos sucesivos de igual duración para cuya concesión se requiere el mismo proceso de petición, revisión y autorización que se exige en relación con la autorización inicial. El interno puede presentar un recurso ante autoridades administrativas superiores y eventualmente ante una autoridad judicial.

Para minimizar la posibilidad de intromisión en comunicaciones cubiertas por el secreto profesional, el Buró de Prisiones ha designado un equipo (“*privilege team*”) de personas que no están relacionadas con la investigación en curso para que monitoreen las conversaciones. Esta es una práctica que se había utilizado bajo la cobertura de una norma penal aplicable a casos de espionaje, en los cuales había una intervención de las comunicaciones del presunto espía amparada en una orden judicial. Tanto en estos casos, como en otros casos de interceptación de la comunicaciones autorizadas judicialmente, los tribunales han enfatizado la distinción entre la información que llega a manos de los fiscales de juicio y, aquella otra que es recibida por los funcionarios encargados de registrar las conversaciones. Por ejemplo, en un caso en el que se autorizó el registro de la oficina de un abogado, el juez adoptó medidas para minimizar la posible violación del secreto profesional. A tal efecto requirió que abogados del Gobierno acompañaran a los agentes policiales durante el registro y separasen documentos y correos electrónicos entre abogados y sus clientes del resto de los documentos incautados. Posteriormente, dos fiscales de alto nivel que no tenían relación con el proceso penal respecto del que se efectuó el registro, examinaron los documentos que se habían separado y concluyeron que si de ellos podrían extraerse indicios de la comisión de un delito, no estaban protegidos por el secreto profesional.

La jurisprudencia también requiere que la intervención de comunicaciones entre clientes y sus abogados se realice con la menor intromisión posible. Excepto en aquellos casos en

los que el equipo de monitoreo determine que existe una posibilidad inminente de que tenga lugar un acto de violencia o de terrorismo, todas las comunicaciones se mantendrán secretas hasta que su divulgación sea autorizada por un tribunal. Asimismo, y con anterioridad a que se proceda a la interceptación, debe comunicarse por escrito al “interno” y a su abogado que sus reuniones pueden ser observadas y que sus comunicaciones pueden ser intervenidas. Sin embargo, como se dijo con anterioridad, el fiscal puede solicitar una orden judicial para evitar que tal medida llegue a conocimiento de ambos.

Como era de esperar, los colegios de abogados y los grupos defensores de derechos humanos se han opuesto a esta reforma. La principal crítica obedece al hecho de que sea posible la aprobación de intervenciones sin la participación de una autoridad judicial neutral. Asimismo se ha denunciado que la aplicación de esta regla limitará la efectividad de la defensa legal al quedar afectada la libertad y la confianza que deben presidir las relaciones entre cliente y abogado.

A pesar de estas objeciones, los tribunales que se han pronunciado al respecto han considerado que la medida no viola las exigencias constitucionales. Así, en el caso de *United States v. Felipe*, en 1996, un recluso que cumplía condena en una prisión federal fue sentenciado a cadena perpetua por haber ordenado varios asesinatos desde la prisión. Las autoridades permitieron la grabación de sus comunicaciones con la sola excepción de las que mantenía con su abogado. El tribunal falló en contra de Felipe y determinó que tanto el Buró de Prisiones, como un tribunal, pueden restringir el derecho del interno a comunicarse con otros, siempre y cuando la restricción cumpla un fin penitenciario legítimo y no sea posible cumplir este fin de otra manera menos lesiva para los derechos fundamentales.

En uno de los primeros casos, *United States v. Stewart*, en 2009, en los cuales un tribunal consideró la aplicación de estas medidas para intervenir comunicaciones, uno de los abogados fue acusado de encubrir las actividades

del Sheik Abdel Rahman, al permitir que el traductor recibiera y transmitiera mensajes, en árabe, a sus seguidores en Egipto; en estos mensajes se pedía que rechazaran una tregua y reanudaran actos de violencia. Rahman estaba detenido bajo Medidas Administrativas Especiales que prohibían cualquier comunicación, excepto con su abogados. Estas medidas limitaron el uso del correo, el teléfono y las visitas en la prisión. Las llamadas telefónicas estaban limitadas a su esposa y sus abogados. Para garantizar que los contenidos de las comunicaciones entre Rahman y sus defensores no fueran divulgados a otras personas, el director de la prisión requirió que los abogados firmaran un acuerdo comprometiéndose a cumplir con las restricciones de las Medidas Administrativas Especiales. Asimismo, el acuerdo precisaba que los abogados no debían discutir con miembros de la prensa nada que afectara a la representación de Rahman ni al contenido de sus comunicaciones. Stewart, una de los abogados de Rahman, firmó estos acuerdos, bajo pena de perjurio, aceptando que entendía los requisitos impuestos y los cumpliría.

Durante varias conversaciones con Rahman y el traductor contratado por Stewart, la abogada facilitó la recepción y posterior comunicación del recluso con sus seguidores en Egipto. Posteriormente, la abogada sostuvo una entrevista con un periodista en Egipto en la cual le informó de la recomendación de Rahman a sus seguidores. Después de otra entrevista con Rahman, Stewart, de nuevo, contactó con el periodista egipcio y le reiteró la declaración de su cliente abogando por una reanudación de la violencia contra el Gobierno de Egipto. En visitas posteriores, Stewart le pasó mensajes y notas de sus seguidores al prisionero.

Con base en un auto judicial que autorizó la intervención del teléfono de uno de los cómplices de Rahman, el Gobierno escuchó conversaciones entre la abogada y el seguidor de su cliente en las cuales ella le pasó información que estaba prohibida según el acuerdo firmado con el Gobierno. Tales hechos motivaron que un juez autorizara la grabación de las conversaciones entre la abogada y su cliente durante

una de las visitas que ésta le hizo en la prisión. Posteriormente, el Gobierno procesó a la abogada por apoyo material al terrorismo, perjurio por las afirmaciones que había realizado y que eran contrarias a los acuerdos adoptados con el Gobierno y, finalmente, participación en una conspiración terrorista. Stewart fue enjuiciada y sentenciada a prisión. El tribunal de apelaciones rechazó el argumento de Stewart, según el cual sus actuaciones eran parte del deber de proporcionar una defensa proactiva a su cliente. El Tribunal entendió, en cambio, que su responsabilidad como defensa letrada no le autoriza a violar la ley.

Los Tribunales que han revisado la aplicación de Medidas Administrativas Especiales han tomado en consideración cuatro requisitos establecidos por la Corte Suprema, en 1987, en el caso de *Turner v. Safley*. Tales exigencias deben ser analizadas, con el fin de determinar la validez de reglas penitenciarias que puedan suponer la limitación de derechos fundamentales. En primer lugar, el Tribunal debe determinar si se aprecia una “conexión válida racional” (*valid, rational connection*) entre la regla y el interés gubernamental que la justifica. Debe examinar, además, si existen medios alternativos para que el recluso pueda ejercer el derecho restringido. En tercer lugar, debe valorar el impacto que el medio alternativo tiene sobre la prisión, los reclusos y los guardias. Y, por último, debe constatar la ausencia de “medidas alternativas al alcance” de las autoridades.

En el caso *United States v. El Hage*, un imputado acusado de ser miembro de *Al Qaeda* cuestionó ante un Tribunal de apelaciones, en 2000, la validez de las Medidas Administrativas Especiales aplicadas a un detenido en espera de juicio. El tribunal reconoció que los fines de las medidas que limitan la libertad de personas en prisión preventiva son distintos a los de las personas que ya han sido sentenciadas; la diferencia radica en que, en ese caso, ya no existen ni los fines de la rehabilitación ni el castigo. En contra de esa opinión, el Gobierno consideró que en el caso de El-Hage, el interés gubernamental es la protección de la seguridad nacional y que la prohibición de comunicacio-

nes con otras personas es razonable, aún cuando esto implique la separación del detenido de la población penitenciaria.

Otro tribunal, en *Al-Owhali v. Ashcroft*, en 2003, analizó la legalidad de la intervención de las comunicaciones entre el imputado, acusado de ser miembro activo de *Al Qaeda*, y su abogado, sin haberles notificado que estaban siendo grabados. El tribunal reconoció la importancia del interés del Gobierno en proteger la seguridad nacional y determinó que, sin prueba de que la intervención afectó la defensa legal del imputado, la intervención mediante una orden administrativa con base en la regla del SAM es válida.

En el caso de *United States v. Reid*, el acusado intentó causar una explosión al prenderle fuego a su zapato en un avión. Mientras estaba en prisión a la espera de juicio, el Tribunal le impuso restricciones severas, incluyendo la prohibición de que sus abogados hicieran público el contenido de las comunicaciones que tuvieran con su cliente. Los abogados de Reid rehusaron aceptar esta restricción y el Gobierno les prohibió que tuvieran acceso a su cliente. El Tribunal que les enjuició revocó la prohibición administrativa y prohibió la imposición de medidas administrativas que vulneran el derecho a la defensa sin una orden judicial. Posteriormente, numerosos defensores han rehusado aceptar medidas que restringen sus actuaciones por las autoridades penitenciarias o la Fiscalía.

5. EL SECRETO PROFESIONAL Y LOS DETENIDOS EN GUANTÁNAMO

Muy pocos tribunales han considerado la legalidad de las restricciones impuestas sobre las comunicaciones entre abogados y clientes basados en la política establecida por las nuevas normas del Buró de Prisiones. En el caso de *Al Oda v. United States*, en 2004, los abogados de un detenido por terrorismo en Guantánamo presentaron un recurso ante un juez fede-

ral cuestionando la validez de la grabación de las comunicaciones entre ellos y su cliente que incluían, no sólo la grabación de todas sus conversaciones, sino también las notas tomadas por los abogados durante las entrevistas con sus clientes. Esta medida solamente fue aplicada a tres detenidos, después de que un general del ejército las había aprobado atendiendo a la peligrosidad y la importancia de estos tres internos. El Gobierno citó la normativa administrativa del Buró de Prisiones que autoriza la imposición de medidas administrativas especiales. El Tribunal reconoció la importancia de proteger la seguridad nacional pero requirió que se establecieran medidas que salvaguardaran dicho bien sin lesionar los derechos del detenido al acceso a los tribunales y a su abogado defensor. Por lo tanto, ordenó la aplicación de un protocolo conforme al cual se prohíbe la intervención de comunicaciones entre el detenido y su abogado pero que a su vez prohíbe a los abogados defensores la divulgación de los resultados de esas comunicaciones y entrevistas sin autorización judicial. Además, se requiere que los abogados defensores se sometan a una investigación de sus antecedentes para permitirles el acceso a información secreta y se exige que éstos notifiquen a las autoridades la posibilidad de comisión de delitos futuros de los que tengan conocimiento. Las violaciones de estas reglas por parte de los abogados pueden conducir a un proceso penal en su contra por revelar secretos de Estado.

En el año 2008, un Tribunal federal estableció un procedimiento detallado que garantiza la salvaguarda de la información clasificada como secreta y, al mismo tiempo, permite el acceso del detenido a su abogado; eso sí, con las limitaciones que normalmente se aplican en relación con el uso de información secreta, y que incluyen: 1) que los abogados defensores se sometan a una investigación de sus antecedentes para permitirles acceso a información clasificada como secreta; 2) la aceptación por parte de los defensores de las condiciones de acceso establecidas por el Tribunal; 3) limitaciones a la divulgación de información obtenida de su cliente; 4) la aplicación de posi-

bles sanciones penales a los defensores por la revelación de secretos de Estado, así como la revocación de la autorización de acceso a su cliente; 5) la designación de un equipo neutral de seguimiento y control para la revisión autorizada de información como por ejemplo, la recepción y revisión de correo entre abogados y clientes. Sin embargo, la revisión de la correspondencia se limitará a la determinación de que ésta no contiene géneros de contrabando; 6) las llamadas telefónicas entre abogados y sus clientes no están sujetas a grabación; 7) las notas de los abogados tomadas durante entrevistas en Guantánamo serán selladas por el equipo de monitoreo y enviadas a una oficina en Washington donde los abogados defensores las pueden consultar pero no las pueden retirar de la sala de revisión. Finalmente, el Gobierno puede solicitar intervenciones de las comunicaciones al margen de estas reglas siempre y cuando éstas sean autorizadas por una autoridad judicial competente.

Uno de los requisitos impuestos a los abogados defensores que ha recibido más críticas, es el de tener que obtener una autorización para acceder a información clasificada como secreta después de una extensa investigación de los antecedentes profesionales y personales de los abogados. Este requisito sigue los procedimientos establecidos por la Ley de Procedimientos para Información Clasificada (*Classified Information Procedures Act - CIPA*). La ley establece diferentes niveles de acceso a información clasificada. De manera que esta exigencia limita el acceso a la información a aquellas personas que han sido autorizadas, dependiendo del nivel de autorización de seguridad (*security clearance*) que el Gobierno les ha otorgado. Este ha sido uno de los mayores impedimentos para proporcionar servicios legales a detenidos por terrorismo especialmente debido a la duración de la investigación.

En el caso de *United States v. Bin Laden*, el Tribunal de juicio, en 1999, requirió que todos los abogados defensores de las 15 personas acusadas de ser cómplices en los ataques a las embajadas norteamericanas en Kenya y Tanzania se sometieran a una investigación para

obtener la acreditación que les permitiera tener acceso a información secreta. El Tribunal sostuvo su decisión y determinó que este requisito no viola los derechos constitucionales a una defensa legal, ya que éste no es un derecho absoluto. Por ejemplo, el imputado no tiene un derecho absoluto a nombrar un abogado de su elección, ya que el derecho a la defensa legal algunas veces está limitado por el deber judicial de garantizar un proceso justo y equitativo.

6. LA RESPONSABILIDAD ÉTICA DEL ABOGADO

La conducta de los abogados defensores, al igual que la de los fiscales, es regulada por normas deontológicas del colegio de abogados. Las Reglas Modelos de Ética Profesional enfatizan la importancia del secreto profesional como una de las principales garantías para el cumplimiento del derecho a la defensa establecido constitucionalmente. El Colegio de Abogados fue uno de los críticos más severos de las reglas de SAM adoptadas por el Buró de Prisiones ya que, además de vulnerar derechos fundamentales, pudieran obligar al abogado defensor a escoger entre el cumplimiento de su obligación profesional y el deber de observar las nuevas medidas antiterroristas.

La mayoría de las normas de ética que regulan las comunicaciones entre abogados y clientes se refieren a la revelación de información por parte del abogado sin el consentimiento de su cliente. Una de las reglas, sin embargo, requiere que “el abogado tome las precauciones necesarias para prevenir que las comunicaciones que tratan sobre la representación legal de un cliente no caigan en manos ajenas. Cuando una orden judicial o administrativa ordena que el abogado revele información confidencial, éste debe tomar todas las medidas legales disponibles para prevenir que la información llegue a manos ajenas. En el caso de intervenciones telefónicas, esto crea un dilema para el abogado defensor, ya que puede incurrir en un

delito si utiliza mecanismos alternativos de comunicaciones para evitar la intervención por parte del Gobierno. Otra norma de ética permite que el abogado “revele información relacionada con la representación de su cliente si el abogado considera que es necesario... para prevenir la muerte o lesiones graves...o para prevenir que el cliente cometa un delito o fraude...usando o beneficiándose de los servicios legales del abogado”.

Existe un debate acerca de los límites del deber de defensa. Un sector se muestra partidario de una representación profesional proactiva que preste poca atención a las restricciones establecidos por las reglas de ética o la ley. El principal argumento que utilizan fue expuesto por el abogado inglés de la Reina Carolina en el juicio que tuvo lugar en 1820. En su opinión, la responsabilidad del abogado defensor consiste en “salvar al cliente por todos los medios disponibles y todo sin tener en cuenta los peligros y costos que esto puede significar para otras personas... sin tomar en consideración la destrucción que esto le puede causar a otros”. La mayoría, sin embargo, siguen los principios expuestos por la magistrada de la Corte Suprema, Sandra Day O’Connor cuando afirmó en un discurso ante abogados que “lo más difícil que un abogado moral y ético debe aceptar es que no tiene la responsabilidad de ganar a todo costo. Ustedes tienen una especial posición ante los tribunales que nunca deben olvidar y que consiste en obedecer la ley”.

Los abogados defensores en los casos de terrorismo han tomado una serie de medidas poco usuales para la representación de sus clientes. Así, por ejemplo, el defensor militar de un australiano sentenciado por una comisión militar en Guantánamo dio discursos públicos, inclusive vistiendo su uniforme, a favor de su cliente. Como se ha visto anteriormente, Lynne Stewart interpretó su obligación como defensora legal de un acusado de terrorismo a tal extremo que fue sentenciada por perjurio y apoyo material al terrorismo. Igualmente, un defensor militar envió a los abogados de un grupo de derechos humanos una lista secreta de todos los detenidos en Guantánamo. Los

abogados del grupo remitieron la lista al juez que estaba juzgando su causa y eventualmente el defensor militar fue sentenciado por revelar secretos de Estado.

7. CONCLUSIÓN

El ataque terrorista de 11 de septiembre del 2001 (del que se responsabilizó a Al Qaeda) y la posterior “guerra contra el terrorismo” emprendida por el Gobierno norteamericano supone uno de los retos más grandes a las libertades fundamentales en Estados Unidos. En la actualidad, muchas de las medidas antiterroristas adoptadas por el Gobierno están siendo cuestionadas tanto judicial como políticamente. Entre estas, unas de las más controvertidas son aquellas que limitan las actuaciones y declaraciones de abogados defensores o permiten la intervención de comunicaciones entre abogados defensores y sus clientes por razones de seguridad nacional. En casos penales, el derecho a una defensa efectiva es garantizado constitucionalmente e incluye el derecho al secreto profesional y la confidencialidad de comunicaciones entre abogados y sus clientes. Aunque algunos tribunales habían permitido la intervención de este tipo de comunicaciones antes del 11 de septiembre, esta posibilidad quedaba reducida a los casos en los que existía una orden judicial y el Gobierno podía demostrar que las comunicaciones tenían un fin delictivo. Sin embargo, después del ataque terrorista a las torres de Nueva York, el Gobierno decretó medidas administrativas penitenciarias

que permiten la interceptación de comunicaciones entre abogados y clientes sin orden judicial. Asimismo, la Ley Patriótica extendió considerablemente el poder del Ejecutivo en investigaciones penales y administrativas.

Como era de esperar los colegios de abogados y las organizaciones defensoras de derechos humanos han criticado severamente estas medidas. Poco a poco los tribunales han recortado la aplicación de estas medidas, especialmente aquellas que limitan la intervención judicial como garante del proceso penal. Así es que algunos Tribunales han restringido la autoridad del Gobierno a interceptar comunicaciones entre abogados defensores y sus clientes sin orden judicial. Sin embargo, siendo conscientes de la importancia de garantizar la seguridad nacional, han permitido que se analicen los antecedentes de los abogados antes de autorizarles el acceso a información secreta relacionada con los casos en que actúan y limitado, asimismo, la divulgación de información que los abogados han obtenido como resultado de su actuación profesional.

Ante este reto al secreto profesional, los abogados defensores en casos de terrorismo han sido proactivos en la defensa de sus clientes. En algunos casos, sin embargo, los Tribunales han determinado que los abogados se han excedido y violado las limitaciones impuestas judicialmente o, inclusive, se han convertido en cómplices de su cliente. El caso de Lynne Stewart es el más notorio y organizaciones de abogados han cuestionado la validez de la sentencia penal impuesta por apoyo material al terrorismo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

NORMATIVA

Classified Information Procedures Act - CIPA, 18 United States Code § App. 3.

National Security; Prevention of Acts of Violence and Terrorism; Final Rule, 28 CFR Partes 500 and 501, 31 de octubre del 2001.

Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, 50 *United States Code* §§ 1801-29 (2002).

The Wire and Electronic Communications Interception and Interception of Oral Communications Act
28 *Code of Federal Regulations* § 501.3.

FALLOS JUDICIALES

- Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545 (1977)
Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987)
United States v. DiDomenico, 78 F3rd 294 (7 Cir. 1996)
United States v. El-Hage, 213 F.3d 74 (2nd Cir. 2000)
United States v. Stewart, et al., 590 F3rd 93 (2nd Cir. 2009)
United States v. Bin Laden, 58 F. Supp. 2d 113 (S.D. N.Y. 1999)
Caldwell v. United States, 205 F.2d 879 (DC Cir. 1953)
Coplon v. United States, 191 F.2d 749 (DC Cir. 1951)
Al Odab v. United States, 346 F. Supp. 2d 1 (DC 2004)
In re Guantanamo Bay Detainee Litigation, 577 F. Supp. 2d 143 (DC 2008)

ARTÍCULOS EN REVISTAS

- BIRKHEAD, Tamar (2006): "The Conviction of Lynne Stewart and the Uncertain Future of the Right to Defend", en *American Criminal Law Review*, vol. 43, página 1.
- BUNGARDNER, Heath (2009): "A Bureaucratic Challenge to Representation: Security Clearance Requirements and the Right to Counsel", en *George Mason University Civil Rights Law Journal*, vol. 19, página 625.
- CASSIDY, Charlie y PORSCH, Cassandra (2004): "Government Monitoring of Attorney-Client Communications in Terrorism-Related Cases: Ethical Implications for defense Attorneys", en *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 17, página 681.
- CLARE, Akiissa (2005): "We Should Have Gone to Med School: In the Wake of Lynne Stewart, Lawyers Face a Hard Time for Defending Terrorists", en *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 18, página 651.
- COHN, Marjorie (2003): "The Legal Profession: Looking Backward: The Evisceration of the Attorney-Client Privilege in the wake of September 11, 2001", en *Fordham Law Review*, vol. 7, página 1233.
- COVER, Avidan (2002): "A Rule Unfit for all Seasons: Monitoring Attorney-Client Communications Violates Privilege and Sixth Amendment", *Cornell Law Review*, vol. 87, página 1223.
- DOBBINS, Teri (2004): "Protecting the Unpopular from Unreasonable: Warrantless Monitoring of Attorney Client Communications", *Catholic University Law Review* vol. 53, página 295.
- DUNLAP, Charles y LETENDRE, Linell (2008): "Military Lawyering and Professional Independence in the War on Terror: a Response to David Luban", *Stanford Law Review*, vol. 61, página 417.
- FORD, Chris (2006): "Fear of a Blackened Planet: Pressured by the War on Terror, Courts Ignore the Erosion of the Attorney-Client Privilege and Effective Assistance of Counsel in 28 C.F.R § 501.3(d) Cases", en *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, vol. 12, página 51.
- HONISBERG, Peter Jan (2008): "Inside Guantanamo", *Nevada Law Journal*, vol. 82, 2010.
- LUBAN, David (2008): "Lawfare and Legal Ethics in Guantanamo", *Stanford Law Review*, vol. 60, página 1981.
- NELSON, Thomas y Mark Fucile, "When the Government is Listening in Advising Clients under Surveillance", 68 *Oregon State Bar Bulletin* 32, 2008.
- PODGOR, Ellen(2003): "Government Surveillance of Attorney —Client Communications— Invoked in the Name of Fighting Terrorism", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 17, página 145.
- POPP, Jason (2007): "The Cost of Attorney-Client Confidentiality in Post 9-11 America", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 20, página 875.
- RUZENSKI, Katherine (2005): "Balancing Fundamental Civil Liberties and the Need for Increased Homeland Security: The Attorney-Client Privilege after September 11th", *Saint John's Journal of Legal Commentary*, vol. 19, página 467.
- WETMORE, William (2008): "Hijacking the Privilege: Balancing Fairness and Security when Warrantless Wiretapping Threatens Attorney-Client Communications", *Harvard Law and Policy Review*, vol. 2, página 187.

Fecha de recepción: 14 de julio de 2010

Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010