



200

JULIO
2013

EL ESTADO DE DERECHO FRENTE AL ESTADO ESPÍA

Laia Tarragona, Investigadora, CIDOB

Programas de vigilancia secretos autorizados por un tribunal secreto mediante una orden secreta. Opiniones jurídicas del tribunal secreto también secretas. Y unas leyes, la *USA Patriot Act* y la *FISA Amendments Act*, que aprobó el Congreso sin apenas debate. En la que fue su primera declaración tras las filtraciones de Edward Snowden, Obama aseguró que los programas de vigilancia cuentan con la sanción tanto del Congreso como del poder judicial. ¿Hasta qué punto eso es así?

Las revelaciones de Snowden ponen en evidencia el frágil equilibrio entre los distintos poderes que, claramente separados entre ellos, deben velar por el estado de derecho. Estados Unidos presume de tener un sistema político basado en un claro equilibrio entre los poderes ejecutivo, judicial y legislativo, algo que se consigue mediante los *checks and balances* previstos en la constitución estadounidense. Un sistema de pesos y contrapesos configurado para que ninguno de los tres poderes adquiera demasiado poder en relación con los otros dos. ¿Han funcionado estos *checks and balances* en los programas de espionaje del gobierno estadounidense?

La orden de vigilancia de registros telefónicos a la empresa de telecomunicaciones *Verizon*, así como la existencia del programa *PRISM*, que obliga a empresas de Internet (entre ellas Apple, Google, Facebook o Microsoft) a proveer datos a la Agencia Nacional de Seguridad, tienen su base legal en la *USA Patriot Act* de 2001 y en la modificación de 2008 de la *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA). Ambas leyes pasaron por el Congreso sigilosamente y sin un debate real: la *USA Patriot Act* fue aprobada 45 días después del 11-S casi sin deliberación y en un clima de urgencia, y la tramitación de la *FISA Amendments Act* fue tan rápida que no permitió una evaluación pormenorizada de sus artículos, algunos de gran complejidad jurídica. Algo que vienen denunciando desde su aprobación varias organizaciones como la *American Civil Liberties Union*, activistas e incluso algunos congresistas y senadores de EEUU, como es el caso de los ex congresistas y ahora senadores demócratas Mark Udall, de Colorado y Ron Wyden, de Oregón.

El control judicial del proceso, por su parte, ha quedado en manos de un tribunal secreto que, además, emite opiniones jurídicas, también secretas, que establecen el alcance y los límites de la vigilancia que puede ejercer el ejecutivo. Sin conocer el contenido de dichas opiniones no es posible un control efectivo de las acciones del ejecutivo.

Además, tras la modificación de la FISA en 2008 el control del juez es muy limitado. Antes era necesario obtener una orden judicial para someter a individuos a vigilancia. Con ello se garantizaba que la suspensión de derechos y garantías se hacía porque era estrictamente necesario y proporcional. Tras la modificación de 2008, el control judicial está tan limitado que no garantiza que se respeten estos criterios de necesidad y proporcionalidad, esenciales para el buen funcionamiento del estado de derecho. Resaltar la importancia de este cambio es fundamental. Un control judicial efectivo e independiente, que determine si la suspensión de un derecho está justificada y es proporcional, es la garantía de que el ejecutivo no vulnerará derechos de los ciudadanos. El registro de llamadas y de datos de Internet de manera indiscriminada y masiva no responde a ninguno de estos criterios, como tampoco se ajusta al criterio de “relevancia” que requiere la propia *Patriot Act*. Resulta difícil creer que se haya verificado efectivamente la relevancia para una investigación en curso de millones de comunicaciones. La función del juez FISA queda limitada a confirmar que se cumplen ciertos requisitos más bien formales, y ni siquiera entra a valorar quiénes serán objeto de vigilancia, algo que queda a discreción del ejecutivo.

Es evidente que los *checks and balances* del sistema no han funcionado. La administración Obama, y antes la de Bush, se ha extralimitado y ha asumido unos poderes de vigilancia excesivos. El ejecutivo ha asumido funciones de juez, interpretando y decidiendo quién podía ser objeto de vigilancia y en qué medida. He aquí una fractura de la esencial separación entre los dos poderes, una extralimitación que se ve agravada por la ausencia de la obligada transparencia, lo que dificulta el control y la rendición de cuentas.

Esta deriva intrusiva se enmarca en la “guerra contra el terrorismo” que, como en el caso del centro de retención en la base militar de Guantánamo, se utiliza para justificar la suspensión del sistema de derechos y garantías que sustenta el estado de derecho. Lo que diferencia una democracia de un sistema autoritario es que el poder del estado está limitado y sometido al control independiente de su acción con el objetivo de asegurar el respeto a unos derechos y garantías bien delimitados y conocidos por todos. Desvirtuado el control judicial y, aunque en menor medida, el legislativo, deviene fácil para el ejecutivo traspasar ese límite. Junto con Guantánamo y el uso de los *drones*, con la revelación de la existencia de estos programas de espionaje y el atropello de libertades civiles básicas que conlleva se pone en cuestión la credibilidad de un Obama que, recordemos, es un experto jurista. Y Estados Unidos, que se erigió en defensor universal del estado de derecho, las libertades y las garantías, vuelve a perder legitimidad.

No es demasiado aventurado pensar que el control de las comunicaciones de Internet y de las llamadas de *Verizon* es tan sólo la punta del iceberg de una operación de vigilancia masiva mucho más extensa. Además, la importancia de los metadatos y su almacenamiento es enorme, permitiendo a quien los tenga en su poder acumular gran cantidad de información y de ella inferir tendencias y comportamientos futuros. Nos guste o no, la tecnología que posibilita una vigilancia al estilo orweliano está aquí para quedarse. Y sería ilusorio creer que los gobiernos no van a querer utilizarla, no sólo para temas de seguridad sino también otros. ¿Por qué no utilizarla para prevenir y perseguir delitos comunes? ¿O, yendo más allá, para cambiar comportamientos incómodos? Más transparencia y rendición de cuentas son necesarias para gestionar la creciente capacidad tecnológica y, si bien en los últimos años lo que hemos presenciado ha sido justo lo contrario, hace falta recuperar y reforzar los controles y garantías que frenen los excesos del ejecutivo. Esto es no sólo recomendable sino imprescindible y urgente si se quiere preservar el estado de derecho, al menos tal como lo hemos conocido y defendido durante las últimas décadas.