

LA LIBERTAD V. EL ORDEN EL DESAFÍO FUNDAMENTAL

Introducción

Hace casi cuarenta años, la Comisión Presidencial contra el crimen observó que el sistema jurídico, en cualquier sociedad o ambiente que se dé, es un mecanismo utilizado para establecer las normas de conducta que se crean necesarias para proteger a los individuos y resguardar el bienestar general de la comunidad. Para cumplir con esta función, la Comisión mantiene que un sistema jurídico juega un papel doble: la prevención de ciertas actividades; y la aprehensión y procesamiento formal de aquellos individuos que cometan actos ilegales. Lo que distingue a los sistemas jurídicos entre los países es la naturaleza de dichos proceso y hasta que punto se garantiza la protección personal durante el proceso. (President's Crime Commission, 1967:7)

Debido proceso V. Control del crimen

En este país todavía no se ha llegado a un consenso en cuanto al alcance de la protección personal que se puede ofrecer. ¿Qué tipos de protección, libertades y derechos deben darse a quiénes y cuánto deben abarcar? ¿En qué momento comienza, el ejercicio de esta protección y libertad, a burlarse de la ley? ¿Cuándo se convierte en intervención excesiva el control gubernamental? ¿Cuánta libertad se les puede dar a los miembros de la sociedad y cuánto orden debe procurar mantener el Estado? Políticos, patriotas y pensadores se han enfrentado con estos conceptos durante siglos. La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, y en particular la Declaración de Derechos, es un producto del razonamiento colectivo de un grupo de individuos que debatieron esos mismos temas hace más de 200 años. El documento resultante extendió las libertades personales y restringió la intervención gubernamental como ningún documento lo había hecho antes. La Constitución les otorga a los ciudadanos estadounidenses ciertos derechos, y establece que dichos derechos no pueden revocarse sin el debido proceso de ley.

Sin embargo, han existido intensos desacuerdos a través de los años en cuanto a la definición del debido proceso de ley. A grandes rasgos, algunos abogan por la necesidad de limitar el alcance de la protección del debido proceso y ampliar el poder del Estado. Otros claman por una ampliación de los derechos al debido proceso y la necesidad de establecer restricciones eficaces sobre la habilidad del Estado para intervenir en la vida de los ciudadanos. Estas perspectivas se conocen como el modelo de control del crimen y el modelo del debido proceso respectivamente (Ver tabla 1).

El modelo del debido proceso

En el modelo del debido proceso, la principal preocupación es la protección de los individuos, la libertad individual y mantener la libertad en general.

Las personas se consideran como inherentemente buenas. Los individuos se presumen inocentes hasta que se demuestre lo contrario. La atención está enfocada en rehabilitar y reintegrar a los infractores a la sociedad de nuevo, y, específicamente, ayudar a aquellos que han violado la ley a hacer un cambio consciente a un estilo de vida más responsable. El gobierno interviene y fomenta, ayuda y contribuye. Los programas de bienestar social, los préstamos comerciales con intereses bajos en áreas urbanas marginadas, el envío de recursos considerables a las ciudades, programas de preferencia racial, políticas de redistribución del ingreso, el proyecto Head Start, Job Corps¹ y programas de préstamos estudiantiles, son todos indicadores de una filosofía de debido proceso.

TABLA 1*
MODELO DE CONTROL DEL CRIMEN V.
MODELO DEL DEBIDO PROCESO

¹ *N. Del T.*: Head Start es una organización sin fines de lucro que ofrece programas de educación, salud, alimentación a niños de bajos recursos y a sus familias; Job Corps es un programa del gobierno que ofrece educación y entrenamiento profesional a jóvenes entre 16 y 24 años.

<u>Modelo de control del crimen</u>	<u>Modelo del debido proceso</u>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Empeora la estabilidad a largo plazo 2. Aprender/arrestar al culpable 3. Asume desviación y explica/justifica la conformidad/adhesión 4. La policía es autoritaria y está entrenada 5. Corresponde a la defensa demostrar la carga de la prueba 6. Inocencia más allá de la duda razonable 7. Estructuras de burocracia judicial cerradas 8. Castigo corporal 9. La intención criminal está en segundo plano 10. Se da poder a discreción a la policía y al fiscal 11. Se da prioridad a la eficiencia 12. Se da prioridad al entrenamiento 13. Hay algunos lineamientos para la obtención de confesiones 14. Hay pocos lineamientos sobre el registro y decomiso 15. Hay uso frecuente de la pena de muerte 16. Lastimar, asustar, alarmar, intimidar 17. Lastima a personas inocentes 18. Condenas severas 19. Certeza de aprehensión/procesamiento en el sistema judicial 20. Cárceles grandes, sin dignidad 21. Gran fuerza policial del sector privado 22. El consejo legal se ofrece en algunas situaciones 23. Mantener el Status-Quo 24. Condenas obligatorias y específicas 25. Muchos funcionarios de servicios policiales 26. Muchas multas 27. Maximiza el nivel de entrada al sistema para el infractor 28. policía nacional, centralizada 29. No hay obtención de pruebas previas a procedimiento judicial para la defensa. 30. Énfasis en la declaración negociada 31. Se presume culpabilidad 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Empeora las contingencias a corto plazo. 2. Proteger al inocente 3. Asume conformidad/adhesión y explica/justifica la desviación. 4. La policía es educada y está comprometida con el servicio social. 5. Corresponde a la acusación demostrar la carga de la prueba 6. Culpabilidad a duda razonable 7. Estructuras de burocracias judiciales abiertas, concatenadas. 8. Tratamiento no-intervencionista 9. La intención criminal es de principal interés 10. Se da poder a discreción a las instituciones judiciales y correccionales 11. Se da prioridad a la eficacia 12. Se da prioridad a la educación 13. Las confesiones son completamente voluntarias 14. Los lineamientos sobre el registro y decomiso son estrictos 15. Abolición de la pena de muerte 16. Fomentar, ayudar, aliviar, asistir 17. Deja que los culpables sentenciados estén en libertad 18. Condenas ligeras 19. No hay certeza de aprehensión/procesamiento en el sistema judicial 20. Instituciones correccionales comunitarias 21. Pequeña fuerza policial del sector privado 22. El consejo legal es un derecho en todas las etapas 23. Responder a las desigualdades sociales 24. Condenas indeterminadas 25. Pocos funcionarios de servicios policiales 26. Pocas multas 27. Minimiza el nivel de entrada al sistema para el infractor 28. Policía local, autónoma y

<ul style="list-style-type: none"> 32. Políticas preventivas para impedir 33. Protege a la sociedad del cambio evolutivo 34. Protege a la sociedad a corto plazo 35. Castiga al culpable 36. El castigo se ajusta al crimen 37. La justicia es rápida e informal 38. Teoría del hombre racional y económico 39. Orden social 40. Supervisión de los infractores 41. Castigo rápido y seguro 	<ul style="list-style-type: none"> descentralizada 29. Obtención ilimitada de pruebas previas a procedimiento judicial para la defensa 30. Adjudicación total 31. Se presume inocencia 32. Políticas curativas para rehabilitar 33. Protege a la sociedad del cambio revolucionario 34. Protege a la sociedad a largo plazo 35. Protege al inocente 36. El castigo se ajusta al criminal 37. La justicia es formal e individual 38. El crimen como una entidad psico-social 39. Libertad individual 40. Defensa de los infractores 41. Tratamiento solo cuando sea necesario
---	--

*Adaptado de Herbert Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, Calif.:Stanford University Press, 1968.

En el modelo del debido proceso, los funcionarios de los servicios policiales siguen sus investigaciones de acuerdo a lineamientos estrictos. Los tribunales juegan un papel activo en el seguimiento de las operaciones de la policía y del sistema judicial en general. Cada comunidad tiene su cuartel de policía que le da una medida de sensibilidad local y sentido humanitario en general a los servicios policiales. El proceso legal es intencional, formal, completo e individualizado. El modelo del debido proceso le da prioridad al tratamiento y no al castigo de los infractores. El tratamiento incluye establecer alternativas a la cárcel en la comunidad misma, tales como la liberación antes del juicio, programas alternativos antes del juicio, centros de justicia comunitarios, libertad condicional, compensación, sentencias con trabajo comunitario, libertad bajo palabra, libertad condicional para trabajar, casa de transición, etc. Se centra en el concepto normativo y relativo de lo justo-hacer "lo correcto". Los funcionarios de la policía adoptan una perspectiva de policía comunitaria y servicio social, mientras que los agentes de libertad preparatoria y libertad condicional siguen el modelo de abogacía. El interés está centrado en el desarrollo de soluciones a largo plazo, a cambio de empeorar algunas contingencias importunas del momento. Algunas personas se librarán del castigo, y algunos culpables recibirán sentencias más duras de lo que deberían. Pero igualmente se castigarán a menos personas inocentes, y el número de personas culpables castigadas severamente también disminuirá.

El modelo de control del crimen

El modelo de control del crimen se centra en la protección inmediata de la sociedad, en mantener el orden. Las personas se consideran como inherentemente malas. Los individuos se presumen culpables hasta que se pruebe su inocencia, y se tiende a obligar a la conformidad a través de un sistema externo de disuasión. La disuasión sirve como la base de todo el modelo. A los funcionarios de los servicios policiales se les otorga grandes cantidades de poder a discreción y pocas, o ninguna, restricciones sobre su habilidad para recolectar evidencia. Se adhieren a una filosofía de aplicación agresiva y autoritaria. Hay muchos funcionarios de los servicios policiales, y todas las agencias de servicios policiales están organizadas de manera centralizada en una estructura burocrática cerrada y angosta. El proceso judicial es rápido y, generalmente, informal. Una vez que se establece la culpabilidad, el castigo se otorga con rapidez, certeza y severidad. El modelo de control del crimen promueve el castigo, en vez del tratamiento. Hay uso frecuente de la pena de muerte, así como frecuentes encierros de individuos en grandes cárceles inhumanas, autorización de vigilancia electrónica, la eliminación de fianzas y adherencia a una perspectiva de detención preventiva. En este modelo no hay lugar para incluir programas alternativos o de rehabilitación, libertad condicional o bajo palabra. El interés está enfocado en desarrollar soluciones a los problemas inmediatos. Se castigarán a personas inocentes, y a algún culpable se le castigará más severamente de lo debido. Pero, habrá menos personas culpables que logren escapar castigo, y la cantidad de personas castigadas menos severamente de lo que deberían serlo, disminuirá.

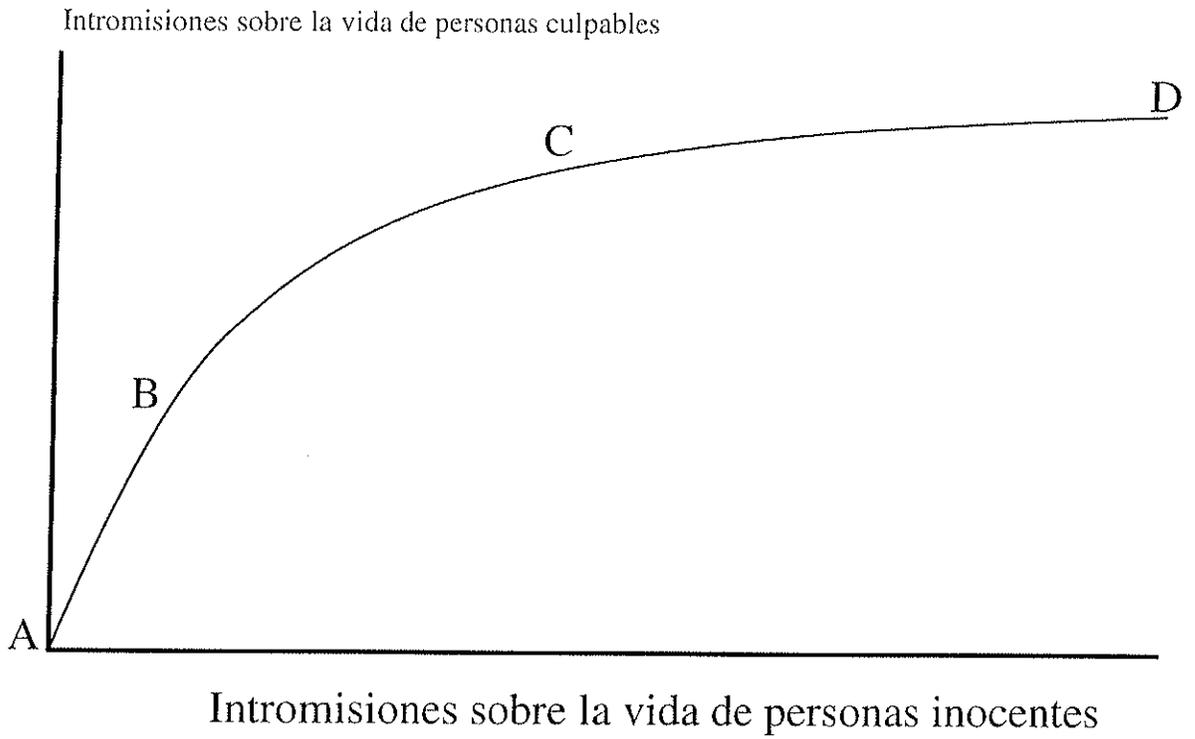
La curva de intromisión

Independientemente del modelo que se escoja, sin duda hay que pagar un precio en la administración de la justicia social (Ver Figura I). En el eje horizontal, se mide la intromisión en la vida de personas inocentes como un costo de la supresión del crimen. El nivel de intromisión en la vida de personas legalmente declaradas culpables, está medida en el eje vertical. La curva resultante ilustra el dilema. Cualquier nivel de ejecución sobre cero resultará en una intromisión sobre la vida de personas inocentes. La forma de la curva no es importante aquí, sino más bien el concepto que intenta transmitir; todo grado judicial que pase de cero tiene un precio para los inocentes. En teoría, se puede acusar y castigar a todas las personas culpables, pagando el precio de castigar a todas las personas inocentes (Punto D, Figura I). Esto representa el modelo de control del crimen al extremo. Sin embargo, no se acusarían ni castigarían a personas inocentes, pagando el precio de no obtener castigos para los culpables (Punto A, Figura I). Esto representa el modelo de debido proceso al extremo. Mientras es razonable concluir que ningún extremo es deseable, la sociedad debe decidir que punto en la curva es el aceptable.

Un ciclo evolutivo

La tendencia en este país ha sido seleccionar un punto estático en la curva, sino más bien moverse de manera inconstante entre estas dos orientaciones

FIGURA I CURVA DE INTROMISIÓN



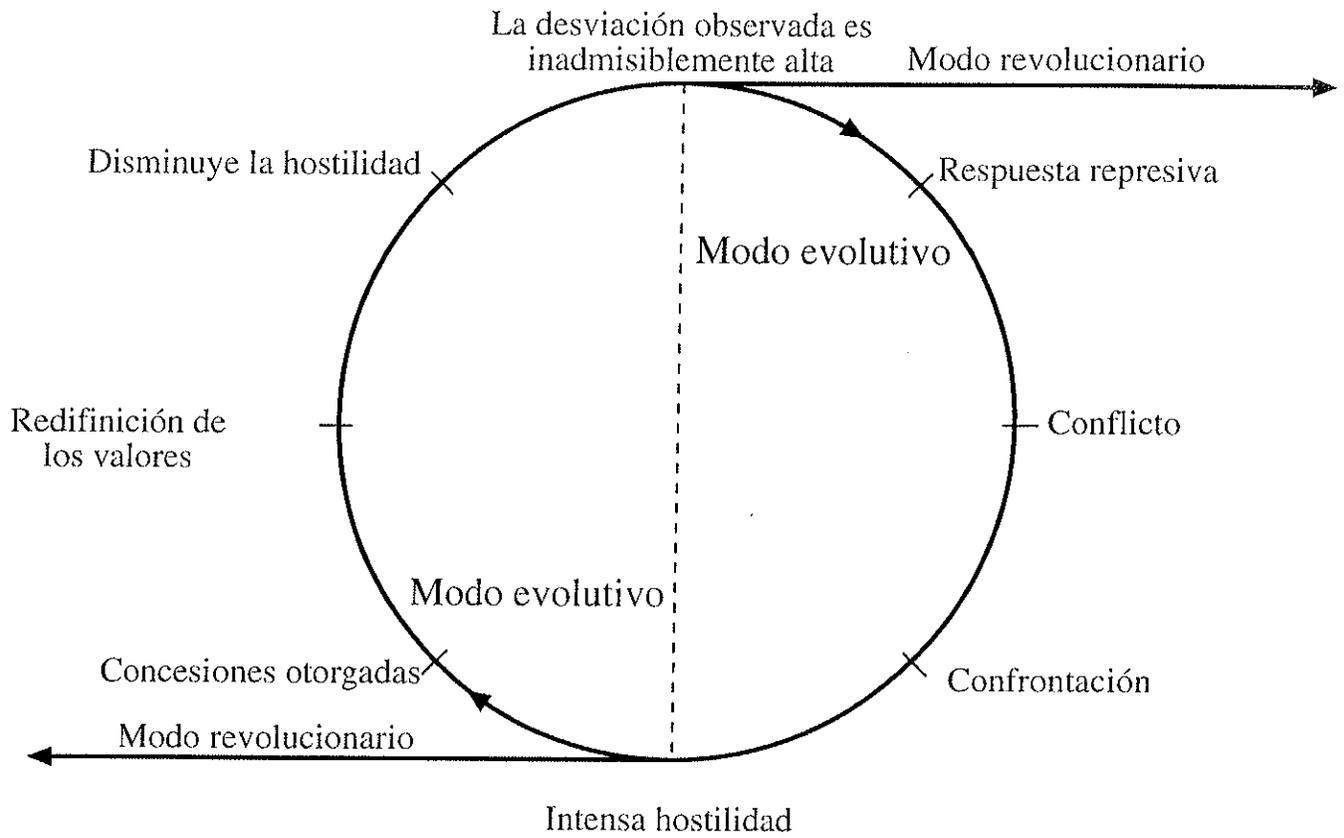
filosóficas—entre una preocupación impuesta por el orden social y control, por un lado; mientras que por el otro, abogando por la libertad, entre la preocupación de aprehender al culpable e infringir sobre el inocente. El grado de acogimiento de las perspectivas y filosofías adoptadas por cada modelo, tiende a ser algo moderado. En vez de adoptar un modelo o el otro en un sentido absoluto, la tendencia en la sociedad ha sido de inclinarse hacia una dirección y adoptar varios aspectos y dimensiones de un modelo, y luego inclinarse hacia la dirección opuesta y adoptar varios aspectos y dimensiones del otro modelo. Las filosofías de un modelo y luego del otro se alternan en el tiempo en su dominación de las políticas de justicia social.

Ningún modelo ha sido acogido en su totalidad, las filosofías generales y estipulaciones de cada uno en su turno de dominación de las decisiones de políticas sociales, en la manera en que la sociedad reacciona al crimen. El enfoque varía entre una preocupación por aprehender a los culpables y una preocupación de infringir sobre los derechos de los individuos inocentes, entre la preocupación por la libertad y la preocupación por el orden. Los Estados Unidos ha, de hecho, vivido un movimiento cíclico generalizado entre la adhesión al modelo de control del crimen y el modelo de debido proceso a través del tiempo (Ver Figura II).

El modelo en la Figura II es un modelo dialéctico clásico, ya que sugiere un proceso de cambio que proviene del conflicto de dos fuerzas opuestas. El movimiento a lo largo del ciclo no es constante; el ciclo puede demorarse o acelerarse por un número de factores. Condiciones económicas desgastadas sirven para acelerar el proceso, la tolerancia excesiva en el modelo de debido proceso tiende a llevar a la sociedad al modelo de control del crimen. La fuerza excesiva impuesta en el modelo de control del crimen, tiende a agilizar el movimiento de la sociedad hacia el nadir, el punto de crisis, y es en esta etapa cuando la sociedad lucha entre la adopción de un modo radical revolucionario o un modo tradicional evolutivo.

Mientras más lento sea el ciclo, más se mantiene el status quo, ya que se harán menos cambios. Por otro lado, un ciclo acelerado es indicativo de una sociedad en conflicto, y resultaría en cambios al entorno socio-político. Pareciera ser simple el que una sociedad vaya desde un modelo de debido proceso a un modelo de control de crimen, pasando por la cima del ciclo. Esto implica el deseo de recapturar las cosas como eran antes, de "mano duro" con el crimen y, en cierta medida, tomar venganza. En realidad es bastante difícil sobrepasar el nadir en el ciclo, requiere cierta dosis de tolerancia y de perdón, una redistribución de los recursos en las clases más desfavorecidas y un cambio de valores a nivel social precisamente en el sector que, en su mayoría, no apoya necesariamente los cambios. Al alcanzar el nadir, la sociedad corre el riesgo de una revolución si el gobierno se aferra a políticas de control del crimen severas y no responde a las necesidades de los ciudadanos. Como una vez dijo John

FIGURA II CICLO EVOLUTIVO DE LA REVOLUCIÓN SOCIAL



Kennedy: "aquellos que hacen que la revolución pacífica sea imposible, harán que la revolución violenta sea inevitable."

Como se muestra en la figura II, para pasar de manera exitosa del modelo de control de crimen al modelo de debido proceso, se deben adoptar ciertas concesiones; el otorgar concesiones resulta en un cambio más evolutivo. Por ejemplo, los EE.UU. pasaron por el nadir del ciclo a finales de los años 60 y comienzos de los 70. Las concesiones otorgadas incluyeron, entre otros ejemplos, un aumento en la distribución del bienestar y el apoyo de *MedicAid*², la legislación referente a Acción Afirmativa y Oportunidades Justas de Empleo, la eliminación de la recluta militar, nuestra salida de Vietnam, la legislación sobre Derechos Civiles, y una serie de decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos relacionadas con justicia liberal. Junto a estas concesiones, un interés en los derechos de los criminales estaba guiando las políticas y las prácticas de la justicia criminal. El adoptar los principios del modelo de debido proceso significó que las personas no tenían que preocuparse de intromisiones engorrosas en sus derechos o privacidad; sin embargo, también significó que dicha protección de derechos se aplicaba también a los culpables.

Al continuar el crimen en alza, y al estar más visible y ser más violento, el respeto por el debido proceso disminuye. La disuasión comienza a percibirse como inadmisiblemente alta en el ápice del ciclo, y los reclamos por una justicia criminal que responda de manera más represiva ganan fuerza. La elección de Ronald Reagan en 1980 marcó el comienzo de una transición nacional hacia el modelo de control de crimen. En los años 80 se vio una reducción en los programas sociales, un cambio en la distribución de la riqueza hacia la ya afluyente clase alta, un aumento considerable en el uso de prisiones, se le otorgó más poder a la policía y a los fiscales (especialmente con la aprobación de los estatutos RICO que agilizaron la pérdida de procedimientos civiles); y un desgaste generalizado de los derechos personales y de las libertades otorgadas a los sospechosos en los años 60 y 70, todo realizado bajo la premisa de que hay una necesidad de incrementar el orden.

Al acercarse a la filosofía del control del crimen en los años 80, la sociedad estadounidense acogió un principio fundamental: aumento del castigo. Durante la era Reagan/Bush el gasto en la construcción de cárceles incrementó en un 600 por ciento, las personas en la cárcel aumentaron en un trescientos por ciento, y una vez más comenzamos a ejecutar a las personas. Por supuesto, es más fácil aumentar la severidad del castigo que aumentar la certeza de aprehensión y castigo. Al menos que se dediquen más recursos para mejorar el proceso de aprehensión, aumentar la severidad del castigo no hace sino satisfacer la necesidad de venganza. Aumentar la severidad del castigo sirve como símbolo de la posición de "mano dura" con el crimen, en vez de ser parte

² *N. Del T.*: *MedicAid* es un programa de asistencia médica que ofrece ayuda económica para la compra de medicinas a individuos de bajos recursos. Acción Afirmativa es un programa para asegurar la inclusión de minorías en los diferentes ámbitos de la vida nacional.

de un programa realista, a largo plazo para responder al problema del crimen. La preferencia por/del castigo tiene una base ideológica poderosa en el mundo de hoy, pero no una base cuantitativamente justificable. Ciertamente, aunque el castigo severo se propone de manera tal que aumente la conformidad social y la estabilidad, el resultado a largo plazo (tal y como lo revela el ciclo) es un conflicto agudizado, de confrontación y hostilidades intensificadas. Cuando estas medidas represivas comienzan a interferir con los derechos y las libertades de muchas personas, y en particular aquellas en las clases medias y altas, el público apoyará un cambio, y el péndulo de la opinión pública regresará al modelo de debido proceso.

En todo esto, el modelo de control del crimen promueve soluciones a corto plazo sacrificando el orden y la estabilidad a largo plazo. Al adherirse al modelo de control de crimen, la sociedad puede protegerse, en gran medida, del cambio evolutivo, pero se arriesga a encender la chispa de la confrontación revolucionaria. Una vez que la oposición crezca de manera espontánea, deben otorgarse concesiones. Si no se otorgan las concesiones adecuadas, la sociedad puede ir hacia a un modo revolucionario, hasta cierto punto. Observe que la Figura II ilustra dos resultados extremos, un modo evolutivo, que sirve para perpetuar una versión ligeramente concertada del orden social existente, y un modo revolucionario, que sirve para reestructurar ampliamente a la sociedad, entre ambos extremos podemos encontrar innumerables variaciones.

Tradicionalmente, el papel del gobierno ha sido apostar a un tipo de utilidad macro marginal, otorgando concesiones para aplacar a las masas y evitar entrar a un modo revolucionario, pero no las suficientes para que se dé un cambio de bases en el orden socio-político establecido; suficientes como para aminorar la fuerza del movimiento revolucionario, pero las suficientes como para realmente impactar el status-quo. La respuesta del gobierno, siempre atento al constante movimiento del ciclo, ha sido retrasar y posponer para luego otorgar concesiones y aferrarse a un modo evolutivo. Como resultado, eventualmente habrá un aumento visible en la disuasión dando como resultado la adopción de medidas represivas. Esto, a su vez, llevará a una agudización del conflicto y a la intensificación de hostilidades. Como consecuencia, se otorgarán algunas concesiones que llevarán a una disminución en la confrontación. Sin embargo, más adelante, las hostilidades irán de nuevo en escalada mientras aumenta el nivel de disuasión visible y se adopten medidas represivas para contrarrestar las actividades indeseadas. Este ciclo continuará hasta que una generación no pueda, o se rehúse a, hacer la transición entre el modelo de control del crimen al modelo de debido proceso, y como resultado caiga en un estado de revolución. No obstante, de la revolución saldrá un estado nuevo y el ciclo comenzará una vez más-

¿Debido proceso o control de crimen?

Ahora debemos considerar otro factor. Si no se infringen las libertades de algunos individuos por parte de las fuerzas de seguridad, probablemente ellos u

otros saldrán perjudicados por quebrantar de la ley. Si la sociedad adopta un modelo de debido proceso debido a una preocupación por el daño que el Estado pueda hacerle a personas inocentes, a muchos infractores de la ley se les permitiría andar por la sociedad y ellos infringirían sobre las personas inocentes. Dejando nulo, como consecuencia, el fin de adoptar el modelo de debido proceso. Pero, si una sociedad adapta el modelo de control de crimen, para así aprehender más quebrantadores de la ley, el estado también infringiría sobre aún más personas inocentes. Axial que la cuestión primordial no es cuestionar la existencia de abusos injustificados en contra de los inocentes, sino más bien ¿a quién se le debe permitir la intrusión y hasta que punto? ¿Se le debe permitir al Estado infringir y abusar, o acaso se le debe "permitir" a los ciudadanos? En un sentido amplio, la sociedad debe escoger el mal menor.

Estas desiciones no son fáciles de tomar, sobre todo en una sociedad tan heterogénea como la nuestra. Las respuestas "correctas" son en función de perspectivas individuales y experiencias, posición socio-económica, herencia cultural y tendencia política. Al final, quienes obtienen la ventaja en la arena política pueden presionar para convertir sus perspectivas personales en leyes, y por tanto se convierten en las correctas, por lo menos en el sentido legal. Pero no hay definiciones absolutas de cual es el menor de los extremos, de lo que es correcto y lo que es justo. La justicia es un concepto relativo y su definición, como podrá verse, depende de a quien se le pregunte. Lo que es correcto y justo en principio es un fenómeno relativo. El punto exacto que escojamos en la curva y las políticas que adoptemos dependen completamente del entorno socio-político del momento. Y, como el entorno socio-político está cambiando constantemente, el pueblo estadounidense no ha escogido entre los dos modelos, nunca ha establecido de manera concreta el punto de aceptación en la curva ilustrada en la Figura I. En su lugar, como he hemos visto, seguimos el ciclo, vacilamos hacia una dirección y luego hacia la otra, dependiendo del poder de las fuerzas socio-políticas en nuestra sociedad en ese momento.

Del control del crimen al debido proceso al control de crimen...

Veamos otro ejemplo de este patrón cíclico. Durante muchos años, el punto de enfoque de las cortes y del sistema judicial en general fue casi exclusivamente aprehender a los culpables. Bajo el liderazgo del Presidente de la Corte Suprema Earl Warren, el máximo tribunal de los Estados Unidos mostró un cambio intencional en la perspectiva hacia el debido proceso e intromisiones injustificadas del gobierno sobre los inocentes (Ver Mapp V. Ohio, 1961; Miranda v. Arizona, 1966; Gideon v. Wainwright, 1963). Como resultado, muchísimos culpables, quizá un número mayor, lograron escapar del castigo legal. Sin embargo, también hubo menos intromisiones sobre las personas inocentes por parte de la policía, lo cual era un punto de interés para la corte de Warren. Al hacerles daño a los inocentes, los teóricos del debido proceso argumentan que el sistema judicial es culpable de hacer exactamente lo mismo que está castigando. En un intento por minimizar ese error, la corte de Warren intentó desplazar el sistema judicial hacia el punto B en la Figura I. En el punto B se

aprehenden y castigan menos culpables, pero el sistema perjudica a menos inocentes.

En la historia más reciente de la Corte Suprema ha ocurrido un cambio en la perspectiva bajo el liderazgo de Warren Burger y el actual Presidente, William Rehnquist. En un sentido amplio, la Corte ahora esta más preocupada por aprehender a los culpables. Pero el hecho es que más personas inocentes también se ven afectadas por el largo brazo de la ley se ve como el precio que hay que pagar por mantener el orden en la sociedad. Más aún, las personas que se ven más perjudicadas por las intromisiones injustificadas tienden a ser miembros de las clases socio-económicas más bajas, y, por lo tanto, tienen muy poco poder en la arena política y representan una amenaza mínima al poder y legitimidad de la Corte.

En otras palabras, las cortes de Burger y de Rehnquist se han movido hacia la derecha, o hacia el Punto C en la Figura I. Por ejemplo, la Corte está ajustando los lineamientos de registro y decomiso tal y como aparecen en la cuarta enmienda. La regla de la exclusión tal y como la define Mapp v. Ohio (1961), ahora tiene una excepción de buena fe (Massachusetts v. Sheppard, 1984; U.S. v. Leon, 1984). En esencia, esta excepción le da a la policía mayor poder para llevar a cabo registros y decomisos. Decisiones recientes han ampliado la aplicación de la excepción, dándole así a la policía aún más poder. En Illinois v. Rodriguez (1990), la Corte sostuvo el registro injustificado de una vivienda basada en el consentimiento de una tercera persona, siempre y cuando la policía haya actuado de buena fe y tuviese razones para creer que la tercera persona tenía autoridad en común sobre la vivienda, aunque en realidad ese no fuese el caso. Tal y como lo establece la cuarta enmienda, el lugar a ser registrado debe estar explícito en la orden de cateo. En el caso de Maryland v. Garrison (1987), la policía, utilizando información insuficiente, no identificó de manera correcta el sitio a ser registrado, sin embargo la Corte mantuvo el registro porque la policía actuó de buena fe, a pesar del error de información.

Incluso el criterio del mandato constitucional de registro y decomiso, la causa probable, ha sido reemplazada con el criterio menos estricto de sospecha razonable en un número de situaciones. Basados en el caso de Terry v. Ohio (1967), una Corte reciente reafirmó que "la sospecha SHORT de causa probable" puede utilizarse para justificar un registro y decomiso para la investigación (Florida v. Royer, 1983). Aunque la Corte concluyó que en este caso en particular la policía se había sobrepasado pasado, la Corte mantuvo en Royer que la sospecha razonable puede utilizarse como base para registro y decomiso para la investigación, en situaciones que involucren los llamados intereses públicos pre-eminentes. Solo se puede especular sobre los tipos de situaciones que algún día puedan caer bajo esta categorización.

La sospecha razonable ha surgido en la última década como el criterio en numerosos escenarios de registro y decomiso. Por ejemplo, personal de las

fuerzas de seguridad, actuando sobre la base de sospecha razonable, ahora pueden llevar a cabo el registro preventivo del local relacionado a la detención. (Maryland v. Buie, 1990). En New Jersey v. TLO (1985), la Corte sostuvo el registro de un estudiante por parte de profesores u otros funcionarios de la escuela sobre la base de la sospecha razonable. El registro de la oficina de un funcionario público por parte de un supervisor bajo el criterio de sospecha razonable se mantuvo en O'Connor v. Ortega (1987); y en U.S. v. Sokolow (1989), la Corte sostuvo que cuando una persona cumple con el perfil de un transportador de drogas, se puede establecer sospecha razonable y puede efectuarse un registro y decomiso para la investigación. En U.S. v. Hensley (1984), la corte sostuvo que un registro y decomiso para la investigación puede realizarse si la policía tiene sospecha razonable que un individuo ha estado involucrado en crímenes anteriores. La aparición de un criterio de registro y decomiso de aplicación universal por supuesto cambiaría por completo la Cuarta Enmienda tal y como la conocemos ahora.

La Corte ha ido más allá de simplemente reducir el criterio. La Corte ha en efecto abandonado la Cuarta Enmienda por completo en varias oportunidades. En U.S. v. Verdugo-Urquidez (1990), por ejemplo, la Corte sostuvo que, en su esencia, la Cuarta Enmienda no aplica a registros y decomisos llevados a cabo por funcionarios estadounidenses a ciudadanos extranjeros fuera de los Estados Unidos, aunque la evidencia puede ser utilizada en una corte estadounidense para obtener una sentencia y consecuentemente negarle la vida, la libertad y/o la propiedad a los individuos involucrados. La Corte sostuvo que la cuarta enmienda no aplica al registro de campos y bosques privados (U.S. v. Oliver, 1984), establos (U.S. v. Dunn, 1987), ni, según la Corte en California v. Greenwood (1988), puede aplicarse en el registro de contenedores de basura colocados fuera del "curtilage"³ de la vivienda. En Florida v. Bostick (1991), la Corte autorizó búsquedas en el transporte público para buscar artículos que quiebren la ley, aún cuando no hay evidencia, ni sospecha, que hayan dichos artículos a bordo.

Numerosos casos recientes en la Corte Suprema relacionados con este tema llevan a una enmienda constitucional. Sin embargo, la Corte no se ha adherido a los lineamientos correctos para hacer dicha enmienda, de manera notable, una corte anterior reprendió al Congreso en Marbury v. Madison (1803) por hacer exactamente lo mismo. El Congreso aprobó el Acta Judicial de 1789. Esa Acta incluía una provisión que era una enmienda constitucional *de facto*. Debido a que el Acta Judicial de 1789 no siguió los procedimientos correctos establecidos en el artículo 5 de la constitución, las partes del Acta Judicial que tenían el efecto de enmendar la constitución fueron anuladas por la Corte Suprema. Es obvio que la Corte actual, al cambiar el estándar del mandato constitucional sobre registro y decomiso con causa probable, es, irónicamente, culpable de hacer lo mismo por lo que regañó al Congreso en 1803.

³ *N. del T.*; Curtilage es el área que rodea una vivienda, el tamaño varía de acuerdo a las leyes locales.

De la misma manera, quizá no se debe poner a la corte en ridículo. Es, después de todo, una corte del pueblo y solo responde a lo que percibe como demandas públicas por una mayor intervención gubernamental. Los estándares constitucionales han sido modificados, y sin embargo no se ha escuchado prácticamente ninguna queja pública. Es más, pareciera que la sociedad está animando a las cortes en todos los niveles a diluir aún más la cláusula de causa probable en un intento por facilitar la aprehensión y castigo de un mayor número de culpables. Para la satisfacción del público en general, la Corte parece estar lista para catapultar las investigaciones relacionadas al terrorismo, secuestro y el crimen organizado más allá de las barreras preeminentes del interés público y otorgarle a la policía mayor discreción y flexibilidad para lidiar con estos asuntos.

Ciclos Contemporáneos

En las décadas de los '80 y '90, el público estadounidense, y en particular las administraciones Reagan/Bush, se inclinaron visiblemente hacia la dirección del modelo de control de crimen. Con la elección de Clinton en 1992 el péndulo, por lo menos al nivel ejecutivo federal, regresó hacia el punto B en la Figura I, ya que la Casa Blanca dictaminó una tendencia más centralista. Sin embargo, George W. Bush, sobre todo después del 11 de septiembre, enfrentó ese cambio con rapidez, y se trasladó con propósito y determinación hacia los puntos C y D en la Figura I. Muchos observadores han notado un fervor estridente, casi mesiánico, en este último cambio, sugiriendo que el movimiento hacia el punto D es mayor de lo que se ha vivido recientemente en este país.

Por supuesto, no hay garantía de cómo el péndulo filosófico se moverá a futuro. Los candidatos políticos tienden a aferrarse a posiciones centralistas durante sus campañas, pero se rinden ante las múltiples voces, tanto dentro como fuera de sus respectivos partidos políticos, que los llevan a la izquierda o a la derecha una vez electos. Como siempre, así como hay aquellos que buscan un cambio en la dirección de las perspectivas del debido proceso, hay otros que quisieran ver una renovación de fuerzas en la dirección del control de crimen. El guión aún está por escribirse en cuanto a como saldrán las cosas en esta vuelta/turno/ciclo.

Si continuamos en el camino actual del control de crimen, puede surgir un estado totalitario donde ninguna idea o actividad "diferente" escaparía de ser declarada un peligro público pre-emminente. Una sociedad así se convertiría en un estado represivo y asfixiante; una sociedad de clones donde los conceptos de diversidad y libertad perderían su significado. Ojala que los Estados Unidos no llegue a ese punto de no retorno. Si llegase a suceder, numerosas personas de todas las clases sociales eventualmente serían miembros de grupos no populares grupos que pudiesen ser declarados como de peligro público pre-emminente por parte del gobierno. En ese momento, estos individuos pedirían protección de la aplicación agresiva de la ley, por la que ellos irónicamente habían abogado, y, más adelante, las leyes se cambiarían. Este proceso no sería fácil. Es más, sería bastante fuerte, tedioso y costoso. Los Estados Unidos

muy bien podrían verse una vez más al borde de una revolución. Nosotros hemos legado a ese punto antes, y aunque la tela social de los Estados Unidos se ha estirado, históricamente ha logrado soportar presiones de este tipo. Obviamente, no hay garantía que se mantendrá la elasticidad necesaria para soportar este tipo de presiones a futuro.

A pesar de algunas evidencias indicativas de un movimiento contemporáneo hacia el centro filosófico, nuestras actitudes colectivas en el presente parecen revelar que la aplicación de la ley de manera agresiva y el castigo punitivo son aceptables, siempre y cuando se enfoquen en "el otro tipo", son aquellos que no tienen una visión "correcta" de la vida y del comportamiento. Sin embargo, la Constitución de los Estados Unidos no se diseñó para proteger solo las libertades de aquellos que quieren mantener el status quo y perpetuar el orden socio-económico y político existente. La Constitución se diseñó para proteger los derechos de todos los ciudadanos, aún a los miembros de grupos no populares. Esta no es la visión predominante hoy día, y no será la visión predominante hasta que un número considerable de personas de clase media y alta se vean afectadas por la ley. En ese momento, cuando el cuerpo político deja de tolerar el nivel de intromisión gubernamental, el péndulo de la opinión pública revertirá la dirección, se volverá al estándar de causa probable, las interpretaciones del debido proceso resurgirán, la libertad tendrá precedencia sobre el orden y la sociedad vivirá otro ciclo más.

REFERENCIAS

California v. Greenwood 486 U.S. 35 (1988)

Escobedo v. Illinois 378 U.S. 902. (1964)

Florida v. Royer 460 U.S. 491 (1983)

Florida v. Bostick 111 S. Ct. 2382 (1991)

Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335 (1963)

Illinois v. Rodriguez 497 U.S. 177 (1990)

Mapp v. Ohio 367 U.S. 643 (1961)

Marbury v. Madison 1 Branch 137 (1803)

Maryland v. Buie 494 U.S. 325 (1990)

Maryland v. Garrison 480 U.S. 79 (1987)

Massachusetts v. Sheppard 468 U.S. 981 (1984)

Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 (1966)

New Jersey v. TLO 469 U.S. 325 (1985)

O'Connor v. Ortega 480 U.S. 709 (1987)

Terry v. Ohio 392 U.S. 1 (1967)

U.S. v. Dunn 480 U.S. 294 (1987)

U.S. v. Hensley 469 U.S. 221 (1985)

U.S. v. Leon 468 U.S. 897 (1984)

U.S. v. Oliver 466 U.S. 170 (1984)

U.S. v. Sokolow 490 U.S. 1 (1989)

U.S. v. Verdugo-Urquidez 494 U.S. 259 (1990)

President's Crime Commission (1967) The Challenge of Crime In A Free Society. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice.

PREGUNTAS PARA DISCUTIR/LA DISCUSIÓN

1. ¿Tiende Ud. a apoyar el modelo de debido proceso o el modelo de control de crimen?
2. ¿Cuáles son los costos y beneficios a corto y a largo plazo de los modelos de debido proceso y de control de crimen?
3. Nombre algunos grupos o individuos específicos que parecen alinearse con el modelo de debido proceso. Nombre algunos grupos o individuos específicos que parecen aferrarse más a la filosofía de control de crimen.
4. El modelo de control del crimen parece tener poca tolerancia para la desviación dentro de la sociedad. ¿Tiene algunos valores positivos la desviación? ¿Quisiera vivir Vd. En una sociedad donde no hay desviación? ¿Cómo se tomaría la desición en cuanto a que es y que no es una desviación?

5. ¿Cree Ud. que los individuos son inherentemente buenos o malos? ¿Por qué? ¿Qué modelo sugiere que los seres humanos somos inherentemente malos? ¿Qué modelo sugiere que los seres humanos somos inherentemente buenos?
6. ¿Deben aplicarse diferentes estándares de registro y decomiso según la situación? De ser así, ¿Qué estándares deben aplicarse a que situaciones? ¿Cuándo se le debe requerir a la policía que haya causa probable antes de realizar un registro? ¿En qué situaciones debe la policía registrar bajo un estándar de sospecha razonable? ¿Se le debe permitir a la policía realizar un registro cuándo están simplemente explorando y no tienen ninguna sospecha específica? ¿Hasta dónde se deben permitir estas sospechas, cuál es el límite?
7. ¿Qué tipo de crímenes y qué otra situación quisiera ver Ud. pasar la barrera del interés público preeminente tal y como se articula en Florida v. Royer- qué tipo de actividades justificarían un registro y decomiso de investigación por sospecha razonable? ¿Quisiera UD. que la expansión de los poderes policiales, en este contexto, vaya más allá de registros y decomisos de investigación e incluya las detenciones por ser un peligro público preeminente? ¿Cómo y quién debe determinar quienes son o no son un peligro público preeminente? ¿Se pueden identificar abusos de poder en potencia en el contexto de una expansión de Florida v. Royer? ¿Cuál sería el impacto sobre el orden social y las libertades individuales en una versión expandida de Florida v. Royer?
8. A mediados de la década de 1980, el régimen de Fernando Marcos en Filipinas fue derrocado por un grupo liderado por Corazón Aquino. Si Florida v. Royer fuese un caso filipino, y los poderes de la policía no estuviesen limitados a registros y decomisos por investigación, sino que incluyese detenciones por ser un peligro público preeminente? Si la respuesta es sí, ¿cuáles son las implicaciones de dicha respuesta? ¿Hay algún peligro en otorgarle a la policía y/o al Estado la habilidad unilateral para establecer los parámetros del peligro público preeminente? ¿Por qué? ¿Qué tipos de controles y equilibrios (checks and balances) deben dársele a la entidad gubernamental que tiene el poder de declara a alguien o a algo un peligro pre-emminente? ¿Debe dársele éste poder a una sola dependencia, o, incluso, en cualquier dependencia?
9. Hay quienes argumentan que las protecciones del debido proceso no son más que pretextos para permitir que “esas” personas culpables queden en libertad. Considere la idea siguiente: A todos nos gusta hacer algo que prohibimos públicamente (tomar cerveza siendo menor de edad, sobrepasar los límites de velocidad en carretera, manejar sin licencia, apostar, consumir drogas, ver pornografía, participar en actividades sexuales ilícitas) y la protección del debido proceso nos permite escapar

el largo brazo de la ley cuando no tenemos suerte y nos agarran. ¿Cuáles son sus reacciones a esto?

10. Repase el ascenso al poder de Adolfo Hitler. ¿Hitler apoyaría el modelo de control del crimen o el modelo de debido proceso? ¿Hitler hubiese apoyado U.S. v. Leon, así como una versión ampliada de Florida v. Royer? ¿Por qué? Repase su purga doméstica conocida como Operación Colibrí o la Noche de los Cuchillos Largos. ¿Podría Hitler justificar legalmente su comportamiento hoy en día bajo una filosofía ampliada de Florida v. Royer?
11. La Corte Suprema pareciera estar de acuerdo en aceptar cualquier evidencia en el tribunal, siempre y cuando sea relevante al caso en cuestión. Pero, si la evidencia se obtiene de manera inapropiada, el funcionario policial y la entidad gubernamental pueden ser demandados en una corte civil. ¿Qué piensa de esta alternativa a la regla exclusionista? Considere el siguiente caso: Si yo confieso a un homicidio que cometí, pero solo confesé después de haber sido brutalmente golpeado por la policía, ¿podría yo demandar a la policía por 5 millones de dólares- \$10.000 por gastos médicos y \$4.990.000 porque la confesión obtenida ilegalmente me condena a una pérdida grave (por ejemplo, ejecución o condena perpetua)?
12. En los últimos tiempos, Alemania esta viviendo un aumento en crímenes de odio contra étnias. El gobierno alemán recientemente prohibió las actividades de cuatro grupos neo-nazis, despojo a dos líderes neo-nazis de todos sus derechos constitucionales, registro las viviendas de artistas y productores "cabeza-rapadas" y busca criminalizar símbolos y frases propias de los "cabeza-rapadas". La esvástica y el saludo Nazi ya han sido prohibidos. Todo esto para mantener el orden. ¿Se les debe negar la libertad de expresión a los neo-nazis y cabezas rapadas alemanes? Nosotros tenemos nuestra propia triste historia de crímenes de odio étnico. ¿Debemos prohibir la existencia de grupos como el KKK, la nación Aria o cualquier otro grupo con odios étnicos? ¿Por qué si o por qué no? ¿Cuáles serían los impactos a largo plazo de adoptar el modelo alemán? ¿Por qué si los grupos de odio han sido prohibidos el gobierno alemán ha permitido que literalmente cientos de miles de personas marchen protesta y expresen su "odio" contra los grupos de odio? ¿La prohibición de estos grupos es una acción de control del crimen o de debido proceso?

Traducción de Rebecca Woodward