

Caso 1:10-cv-21957-JAL Document 52 Includido en la Lista de casos del FLSD el 31/8/2012

**TRIBUNAL DE DISTRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS
DISTRITO DEL SUR DE LA FLORIDA**

Caso No. 1:10-CV-21957-JAL

[Causa penal No. 98-721-Cr-LENARD]

GERARDO HERNÁNDEZ,

Peticionante

vs.

ESTADOS UNIDOS,

Demandado

MEMORANDO DE RESPUESTA A FAVOR DE LA MOCIÓN DE ANULAR LA CONDENA O, EN SU DEFECTO, A FAVOR DE LA MOCIÓN DE ACCIÓN EXHIBITORIA Y VISTA ORAL, PRESENTADA POR EL PETICIONANTE

El Peticionante Gerardo Hernández, por medio de su abogado, presenta el siguiente memorando de respuesta a favor de su moción de anular su condena o, en su defecto, a favor de su moción de acción exhibitoria y vista oral. La declaración jurada de Martin Garbus, junto con las pruebas anexadas a la misma, se incorporan a la presente respuesta.

I. Réplica a la Respuesta del Gobierno:

En la respuesta dada por el Gobierno se alega que la opinión previa de este Tribunal y la decisión unánime sobre la sede dictada por el Tribunal de Apelaciones del Onceno Circuito el 9 de agosto de 2006 son dispositivas. Los hechos sobre los propagandistas encubiertos y secretos no fueron conocidos por ningún tribunal o abogado de la defensa hasta el 8 de septiembre de 2006, cuando comenzaron a conocerse como resultado de una investigación iniciada por el *Miami Herald*. Como confirman las investigaciones realizadas por el *Miami Herald*, el *New York Times* y *Associated Press* los hechos de esta campaña propagandística, expuestos en la declaración jurada de Martin Garbus, no fueron conocidos hasta después de la decisión unánime del Tribunal de Apelaciones del Onceno Circuito de 9 de agosto de 2006. Al ser confrontados con los hechos

descubiertos por las investigaciones realizadas por los medios de prensa, los agentes del Gobierno mintieron, evadieron las respuestas y se opusieron a cualquier intento de descubrir los hechos. Los aspectos jurídicos y atenedos a los hechos, presentados a los tribunales antes del 8 de septiembre de 2006, eran de una naturaleza totalmente diferente.

El Gobierno igualmente alega que los Tribunales ya han decidido sobre la acción exhibitoria en virtud de las decisiones del Tribunal en las solicitudes referidas a la Ley de Libertad de Información y Privacidad (FOIA por sus siglas en inglés). Pero, por supuesto, los criterios para una acción exhibitoria en los casos relacionados con la FOIA son diferentes a los criterios en una solicitud para anular una condena inconstitucional.

Aún así, la respuesta del Gobierno deja claro que las partes están de acuerdo en algunos temas y en desacuerdo respecto a otros. Hasta el momento, los hechos controvertidos son pocos.

La Respuesta del Gobierno acepta que se pagaron clandestinamente fondos a “algunos” individuos descritos como periodistas, a través de varios organismos y canales gubernamentales y que fueron empleados por el Gobierno de 1996 al 2001. **Esa aceptación, conjuntamente con los hechos adicionales que han salido a la luz, como se exponen en la declaración jurada de Martin Garbus, exigen la revocación inmediata de las condenas. Este caso podría resolverse en un instante, presentando una solicitud al Gobierno para que admita quiénes eran esos periodistas, por cuánto tiempo se les pagó y qué hicieron a cambio de tales pagos, con lo cual no haría falta ninguna acción exhibitoria ni audiencia de ningún tipo. Ese proceso no llevaría más de una hora**

La Respuesta del Gobierno no niega que los periodistas encubiertos pagados tenían contratos firmados con el gobierno. Es evidente que esos agentes del Gobierno que recibían los cheques tras bambalinas estaban decididos a hacer todo lo que estaba en sus manos para garantizar las condenas. La Respuesta del Gobierno se niega a decirnos las diversas tareas encomendadas a los “periodistas encubiertos pagados”; el Gobierno alega que debemos ser más específicos. El Gobierno se niega a ser transparente. El Gobierno tiene los expedientes completos de cada uno de estos periodistas debido a que tuvieron que verificar a cada uno de ellos previamente. El Gobierno también tiene el acceso que el Peticionante no tiene, a los testigos, los expedientes de verificación gubernamentales y a las transcripciones radiales y televisivas que han logrado retener por más de diez años.

La Respuesta del Gobierno no afirma que los propagandistas encubiertos no trataban de ayudar a lograr una condena, no estaban haciendo propaganda y no lograron influir al jurado y, a decir verdad, no puede afirmarlo. No se le puede permitir al Gobierno que trate de probar que sus acciones ilegales no condujeron a una condena injusta. El Gobierno invirtió millones de dólares en atacar sin tregua la integridad del juicio y en tratar de influir al jurado para que fallase a favor de la condena. El Gobierno creía que sus periodistas pagados estaban persuadiendo a los miembros del jurado. De lo contrario, ¿por qué el Gobierno habría de continuar gastando millones, semana tras semana, mes tras mes, año tras año, para influir

sobre el jurado si pensaba que no estaba surtiendo efecto?

El auto de reserva [1] del Tribunal de primera instancia, extensivo a “todos los participantes [en el juicio], abogados, testigos, familiares de las víctimas”, abarcaba todas “las declaraciones o informaciones que pudiesen influir en la opinión pública o el jurado respecto del fondo del asunto”. Los hechos demuestran que el Gobierno estaba violando deliberadamente dicho auto de reserva, de forma periódica, continuada y flagrante.

La Respuesta del Gobierno alega que estos asuntos no pueden considerarse ahora. La Respuesta se equivoca. En primer lugar, ahora queda claro que la conducta pasada y presente del Gobierno recién descubierta, viola la legislación [2] existente y vigente, así como los derechos constitucionales de los acusados. En segundo lugar, el Gobierno violó la integridad del juicio de forma encubierta, luego mintió al respecto, luego trató de encubrirlo y finalmente se opuso a todos los intentos por revelar los pagos. En tercer lugar, el Gobierno, a pesar de conocer la maniobra secreta para encubrir el asunto, nunca advirtió al Tribunal de primera instancia al respecto. En cuarto lugar, estaba obligado a hacerlo y en ningún momento alertó al Peticionante sobre los intentos improcedentes por condenarlo. En quinto lugar, la fiscalía no niega que no hizo nada, mucho después de conocer los hechos y de que se diera a conocer la historia de los acontecimientos hace seis años, ampliamente divulgada en los Estados Unidos. El Gobierno retuvo información durante todos esos años porque sabía que su revelación implicaría la revocación de las condenas.

La prueba que tiene el Peticionante en estos momentos, tal como se expone en la declaración jurada de Martin Garbus, es que, de acuerdo con los registros del Gobierno, organismos gubernamentales pagaron ciertas sumas a un grupo seleccionado de propagandistas para que ejecutasen un plan ilegal del Gobierno dirigido a lograr la condena. El Gobierno, que por ley tiene prohibido realizar propaganda interna, decidió utilizar su maquinaria de propaganda internacional y sus agentes encubiertos para hacer llegar a la comunidad de Miami su mensaje (prohibido por ley) de condena. No conocemos todos los hechos relacionados con estos periodistas y debido al encubrimiento por parte del Gobierno, desconocemos el número total de “periodistas” y de otras personas pagadas por el Gobierno para garantizar la condena. Tampoco sabemos cuánto se le pagó a los periodistas en la mayoría de los casos ni a través de cuáles entidades, lo que hicieron de forma encubierta, para qué lo hicieron y durante qué tiempo lo estuvieron haciendo [3]. Sin embargo, lo que sabemos es más que suficiente.

El Peticionante considera que el Gobierno, aún cuando alega que el tema de la “sede” ha quedado definitivamente zanjado, ahora deberá aceptar que esta es la primera vez que se plantea la cuestión de la propaganda en este caso penal. Por primera vez, se le han presentado pruebas a este Tribunal sobre la propaganda brutal, sistemática y repetida diariamente dirigida a los miembros del jurado y a la comunidad en la que vivían. Los hechos expuestos en la declaración jurada de Martin Garbus, no fueron expuestos durante el juicio, ni ante el Onceno Circuito, ni tampoco ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

II. Si bien el Gobierno se ha opuesto a la acción exhibitoria por muchos años, ahora está constitucionalmente obligado a cumplir la acción exhibitoria instruida por el Tribunal

El derribo, los arrestos y las sentencias eran de conocimiento internacional. El Gobierno consideró que intereses internacionales vitales estaban en juego en este caso. Los intereses del Gobierno también eran analizados desde el punto de vista interno. El Gobierno, percatándose de que tenía dos problemas diferentes en una misma canasta, utilizó incorrectamente todos los recursos a su disposición para combatir a los enemigos externos e internos. Los organismos estatales y locales fueron involucrados. Todos los recursos federales y estatales apropiados fueron utilizados y, al hacerlo, se ignoraron y violaron los derechos constitucionales de estos acusados.

El Peticionante considera que no es necesaria ninguna acción exhibitoria adicional debido a la actual admisión por parte del gobierno y las que se le exigirán en el futuro. Como el Tribunal puede pensar lo contrario, analizamos las cuestiones relacionadas con la acción exhibitoria.

La obligación de acción exhibitoria del Gobierno en esta moción, ha sido aclarada recientemente en tres Memorandos del Departamento de Justicia sobre las Obligaciones de Acción Exhibitoria de la Fiscalía en los Casos Penales [\[4\]](#). Los memorando fueron emitidos, después que en varios casos que recibieron mucha publicidad, se determinó que el Gobierno había incorrectamente ocultado información al acusado. Como podemos ver en la opinión del Juez de Distrito Wolf, emitida en el caso de EE.UU. vs Jones, 686 F.Supp. 2d 147 (2010), donde el Tribunal de Distrito describe la historia y objetivos de las nuevas normas, los Memorandos al parecer fueron promulgados teniendo en mente el caso del Peticionante [\[5\]](#).

La Respuesta del Gobierno del 6 de julio de 2012, contradice e ignora el propósito y espíritu de la nueva directiva de Holder [\[6\]](#).

Estas directivas inspiran la presente moción. El 4 de enero de 2010, el Departamento de Justicia emitió los memorandos que “tratan sobre las prácticas de acción exhibitoria en los casos penales y esbozan pasos específicos con la intención de ayudar a garantizar que los fiscales federales cumplan con sus obligaciones en materia de acción exhibitoria” [\[7\]](#).

Después de la desestimación de la sentencia del Senador Ted Stevens en 2009, el Fiscal General Eric Holder estableció un programa de capacitación complementaria para los fiscales sobre las obligaciones en materia de acción exhibitoria, y creó un grupo de trabajo integrado por fiscales y abogados de más antigüedad del Departamento de Justicia y de la Oficina del Fiscal General de los Estados Unidos, representantes de los órganos encargados del

cumplimiento de la ley y profesionales de la Tecnología de la Información. Esta oficina del Fiscal General de los Estados Unidos puede haber participado y puede haber promulgado otras directivas para este distrito. El objetivo de este grupo era explorar las prácticas y la capacitación en materia de acción exhibitoria en los casos penales del Departamento. Como resultado del trabajo realizado por este grupo, se emitieron tres memorandos por parte del Vicefiscal General David Ogden.

En el primer memorando dirigido a todos los fiscales del Departamento de Justicia se instaba a todos los fiscales a tomar conciencia de que su deber es “hacer justicia”. En esta sección, Ogden explica que el más mínimo lapsus en el procedimiento de acción exhibitoria puede tener efectos desastrosos. Le explica a los fiscales que realizar una acción exhibitoria de forma rápida y eficiente, incluida la acción exhibitoria que pudiese revelar “pruebas exculpatorias o que acusen a un funcionario de alto rango del gobierno” conviene al estado, a fin de evitar que se generalice la falta de fe en el sistema de justicia penal. En el caso que nos ocupa, el fiscal ha hecho todo lo contrario.

En el segundo memorando, enviado a los Fiscales de los Estados Unidos y a los jefes del Departamento de Justicia, se les instruía diseñar una política de acción exhibitoria en casos penales para cada oficina. Se instruía incluir en dicha política el momento en que debe realizarse la acción exhibitoria y la garantía de que todos los fiscales en casos penales entregarían todas las entrevistas realizadas a todos los testigos, testificasen o no. La política que cada oficina debía diseñar, se basaría en los precedentes de los tribunales de circuitos y distrito y debía estar concluida para el 31 de marzo de 2010.

El tercer memorando emitido por el Departamento de Justicia y titulado “Directivas para los Fiscales en relación con la acción exhibitoria penal”, conocido como “Directivas” traza específicamente las responsabilidades de un fiscal en materia de acción exhibitoria en un caso penal, incluidas las instrucciones paso a paso y los factores que deben tenerse en cuenta. Estas orientaciones recientes parecen haber previsto el caso que nos ocupa.

Como primer paso, las Directivas instruyen a los fiscales que... “es preferible pecar de exhaustivos a la hora de escoger a los miembros de la fiscalía para realizar la acción exhibitoria”.

En las directivas se plantea que el Gobierno tiene que solicitar a todos los organismos la presentación de la información, sea el Buró Federal de Investigación, o la Junta de Gobernadores de Transmisiones, o la Oficina de Transmisiones a Cuba. A los fiscales se les instruye considerar ocho factores, a saber:

- Si el fiscal y el organismo realizaron o no una investigación conjunta o compartieron recursos en la investigación del caso
- Si, por ejemplo, el organismo (OCB y BBK) desempeñó o no un papel importante en el proceso, incluida la conducción de arrestos o registros, las entrevistas a testigos, el diseño de

la estrategia de la fiscalía, la participación en la selección de temas a discutir, o como parte de la propia fiscalía

- Si el fiscal tiene conocimiento o no de información exhibitoria retenida por el organismo y si tiene acceso o no a la misma
- Si el fiscal ha obtenido o no otras informaciones y/o evidencias del organismo y hasta qué punto la información recopilada por el fiscal ha sido compartida con el organismo
- Si un miembro de un organismo ha sido promovido o no a Asistente Especial del Fiscal de los Estados Unidos.
- Hasta qué punto las decisiones relativas a cargos de carácter civil, penal o administrativo se han tomado de manera conjunta
- Hasta qué punto difieren los intereses de las partes en procedimientos paralelos, de modo tal que la información recopilada por una parte no es relevante para la otra parte.

Aplicadas al caso que nos ocupa y con el fin de definir la obligación del Gobierno en materia de acción exhibitoria, esta directiva exige la consideración de las siguientes preguntas: ¿Cuáles fueron los acontecimientos de septiembre de 2006 que motivaron la investigación del *Miami Herald* y las investigaciones posteriores como la llevada a cabo por la Columbia University, en las que los participantes en el artículo del *Miami Herald* fueron exhaustivamente entrevistados?

[\[8\]](#)

¿Qué hizo y dijo el Gobierno cuando se enteró de la investigación realizada por el *Miami Herald*

? ¿Qué hizo para tratar de detener la historia y continuar ampliando el encubrimiento? ¿Qué dijo el gobierno cuando colocó tantos periodistas en tantas nóminas? ¿En qué basaron su éxito en la intención de influenciar a la comunidad para obtener millones y millones de dólares para la financiación? ¿Qué más justificaba Radio/TV Martí para su operación en Miami? ¿Por qué se escogía a un periodista o a una compañía mediática específicos por encima de los demás?

El Gobierno se resiste a la acción exhibitoria, tanto en las solicitudes presentadas en virtud de la FOIA como en las respuestas al Congreso y a académicos [\[9\]](#). Resulta inconcebible que el Peticionante no tenga derecho a la acción exhibitoria en un caso en el que ha sido sentenciado a cadena perpetua, cuando la GAO, en el caso de una violación similar de la ley federal “más leve” obtuvo acción exhibitoria total y sin obstáculos.

La competencia entre el FBI y las agencias gubernamentales, así como entre los organismos estatales y locales encargados del cumplimiento de la ley y las entidades federales, y la relación de cada uno de estos organismos tanto con los periodistas pagados como con los objetivos de los mismos, resulta de gran importancia. ¿Cuál fue la “obra maestra” ilegal creada en este caso? ¿Algún funcionario estatal o local encargado de hacer cumplir la ley, teniendo conocimiento de violaciones federales trató de encubrirlas? Las estrechas relaciones entre las agencias estatales y locales encargadas de hacer cumplir la ley y las fuerzas anticastristas en Miami, han sido ampliamente documentadas con anterioridad en muchos libros y artículos. Debe seguirse el espíritu de los nuevos memorandos para saber qué fue lo que hicieron esos agentes en relación con los periodistas pagados en este caso. Las

directrices nos dicen que cuando los fiscales tienen que determinar cuándo deben solicitar acción exhibitoria de las agencias estatales y locales encargadas de hacer cumplir la ley (como Florida y Miami), se les instruye considerar tres factores:

a) Si los agentes estatales o locales trabajan o no en nombre del fiscal o están bajo el control del fiscal

b) Hasta qué punto el gobierno estatal y el federal son parte de un equipo y participan en una investigación conjunta o comparten recursos

c) Si el fiscal tiene o no fácil acceso a la evidencia.

Debido a la admisión por parte del Gobierno y a los hechos en el asunto que nos ocupa, el caso del Peticionante no requiere más acciones exhibitorias para que prospere. El Gobierno se ha opuesto a cualquier intento de revelar los hechos. El Gobierno no ha cumplido su responsabilidad en materia de acción exhibitoria como ordena la Constitución. La objeción del Gobierno a revelar su programa secreto, contradice el propósito y la intención de los nuevos requisitos en materia de acción exhibitoria establecidos en el 2010 por el Fiscal General Eric Holder, hijo.

III. Conclusión:

Gerardo Hernández, condenado a dos cadenas perpetuas, lleva ya 13 años y 11 meses preso. La exitosa acción subversiva del Gobierno en los medios impresos, radiales y televisivos de Miami para lograr una condena, raya en lo inconcebible y no tiene precedente alguno. Lo que procedería ahora sería una desestimación de los cargos, de lo contrario, este caso será recordado en la historia judicial de los Estados Unidos como un hito de espantosa y reticente injusticia.

La respuesta del Gobierno a la presente moción, injustificada desde el punto de vista de los hechos y jurídicamente incorrecta, demuestra que no hay necesidad de una nueva audiencia y que la condena debe ser anulada. Los tribunales no pueden permitir que la integridad de los juicios penales estadounidenses sea vulnerable a la manipulación de la fiscalía con el fin de lograr un resultado específico del juicio y luego no permita el examen de la información alegando su carácter clasificado y razones de seguridad nacional.

Gerardo Hernández solicita que se anulen su condena y sentencia o, en su defecto, se haga cumplir la acción exhibitoria.

Presentado respetuosamente,

Martin Garbus

Martin Garbus

3 Park Avenue

New York, NY 10016

Teléfono: (212) 561-3625

Del Asesor Jurídico:

Raymond Steckel

3 Park Avenue

New York, NY 10016 (212) 561-3625

CERTIFICADO DE ENTREGA

POR LA PRESENTE certifico que el 1 de septiembre de 2012, hice entrega del presente documento al Secretario del Tribunal por vía electrónica, utilizando CM/ECF.

/f/ Richard C. Klugh

RICHARD C. KLUGH

[1] Véase también *Estados Unidos vs. Hernández et al*, No. 98-721-Cr-LENARD/DUBE, Documento presentado 818 (So. Fl. 2000) (Moción de los Estados Unidos para imponer la Directiva del Tribunal sobre los Comentarios de los Testigos a los Medios Noticiosos)

Prueba A.

[2] La prohibición de publicidad o propaganda se incluye en la Ley General de Asignaciones anual del Congreso.

[3] La presente declaración jurada es demasiado larga y podría serlo mucho más, debido a que en la respuesta del Gobierno del 6 de julio de 2012, al igual que en sus anteriores respuestas, se alega que debemos demostrar hechos detallados sobre sucesos que ocurrieron en un período de seis años y que se inició hace 16 años.

[4] Memorando dirigido por el Vice Fiscal General David Ogden a los fiscales de departamento, 4 de enero de 2010, **Prueba FF.**

[5] Jones supra 686 F.Supp.2d en pp. 148-149: “La Oficina del Fiscal General de los Estados Unidos ha realizado un gran esfuerzo para que sus fiscales estén mejor preparados para cumplir sus funciones en materia de acción exhibitoria. Aunque el Tribunal continua mostrándose escéptico de que con la capacitación de los fiscales solamente sea suficiente, los representantes del Fiscal de los Estados Unidos participaron en la planificación de los programas educativos inducidos por este caso, organizado por el tribunal y que involucraba a fiscales, abogados de la defensa, jueces y un profesor de derecho. El programa contó con la asistencia voluntaria de la mayoría de fiscales adjuntos de los Estados Unidos en el distrito y de un funcionario del Departamento de Justicia encargado de la capacitación de los fiscales federales. La nueva Fiscal de los Estados Unidos, Cameron Ortiz, participó en el programa, encomió la “oportunidad única” que ofrece el programa, lo consideró de “gran” valor y se comprometió a realizar sus mejores esfuerzos para garantizar que sus fiscales siempre “hicieran lo correcto”. Adicionalmente, en enero de 2010, el Fiscal General Holder instituyó una serie de iniciativas para garantizar que los fiscales entendiesen su responsabilidad en relación con la acción exhibitoria y la cumpliesen en forma tal que “responda fielmente a las más altas aspiraciones y mejores tradiciones del Departamento de Justicia”. El Juez Wolf consideró que el incumplimiento de esta directiva por parte de la Fiscal de los Estados Unidos no fue intencional.

[6] Este Tribunal debe tomar nota de que el Gobierno se resiste a casi todas las acciones exhibitorias encaminadas a conocer lo que Radio Martí hace.

Resumen de los Memorandos del Departamento de Justicia por Morrison y Foerster: <http://www.mofo.com/department-of-justice-issues-memoranda-addressing-discovery-obligations-of-prosecutors-in-criminal-cases-01-05-2010/>

[8] El Sr. Garbus contactó con la Universidad Columbia para obtener copias de las entrevistas realizadas a Fiedler, Corral, los periodistas pagados y otros para conocer qué información adicional había obtenido Corral sobre otros periodistas y el Gobierno. Corral le dijo a la Universidad Columbia que su artículo original había sido censurado (*When the Story is us [Cuando nosotros somos la noticia]: Miami Herald, Nuevo Herald, y Radio Martí,* Caso práctico Universidad Columbia, CSJ-10-0026.0, pág. 14). La Universidad Columbia se negó a entregar las entrevistas, alegando que eran confidenciales y manifestó que acatarían una citación.

[9] Por ejemplo, el profesor John S. Nichols, profesor de Comunicaciones y Relaciones Internacionales en la Universidad Estatal de Pensilvania, en su declaración sobre la Radio y TV Martí ante el Congreso el 17 de junio de 2009 dijo: “Además, resulta irónico, por no decir otra cosa, que mientras TV Martí supuestamente defiende la libertad de información para el pueblo cubano, el Gobierno de los Estados Unidos no se haya mostrado dispuesto a brindar información a la opinión pública sobre su manejo de la estación. He presentado numerosas solicitudes en virtud de la Ley de Libertad de Información para obtener documentos relevantes no clasificados, pero la mayoría de dichas solicitudes han sido ignoradas o negadas injustificadamente. Resulta igualmente irónico que la mayoría de la correspondencia entre los Estados Unidos, Cuba y la Unión Internacional de Comunicaciones me la hayan proporcionado funcionarios cubanos”. (John S. Nichols, ***TV Marti has Virtually No Audience, Violates International Law, and Should be Closed (TV Martí prácticamente no tiene audiencia alguna, viola el Derecho Internacional y debe ser cerrada).*** Declaración ante el Subcomité sobre Organizaciones Internacionales, Derechos Humanos y Supervisión., Comité de Relaciones Exteriores, Cámara de Representantes de los Estados Unidos, 17 de junio de 2009.)

□