

VIII. GUERRA Y LIBERTAD

Una vez que el orden constitucional sacrifica su compromiso con la libertad, sacrifica rápidamente todo lo demás.

Michael IGNATIEFF

La guerra es la negación absoluta de los derechos fundamentales, incluyendo a los derechos de libertad. De hecho, el Estado constitucional tiene entre sus objetivos la preservación de la paz.¹⁶⁷ En la medida en que la guerra se instala como la forma de resolver las controversias entre países o entre grupos sociales, los derechos fundamentales pasan a un segundo plano.

La visión tradicional de la guerra, basada en sus antecedentes históricos, la concebía como una conflagración entre dos países (guerra externa) o bien como una conflagración entre dos o más grupos sociales y/o políticos dentro de un Estado (guerra civil). La guerra, en esa visión, tenía algunos rasgos o características que eran normalmente aceptados, tanto en la teoría como (no sin ciertas dificultades) en la práctica. Para empezar, el estado de guerra tenía que ser expreso, no pudiendo ser tácito o implícito. Esto significa que la guerra se debía “declarar”, para lo cual se tenían que seguir una serie de formalidades internas y externas.

Una vez iniciada la guerra, las partes debían respetar ciertas normas mínimas, las cuales abarcaban cuestiones tan diversas como el facilitamiento de las labores de organizaciones médicas

¹⁶⁷ Véanse los argumentos que, en apoyo a esta afirmación, hace Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.

internacionales (como la Cruz Roja) o el trato a los soldados que hubieran sido aprehendidos por alguna de las partes (de hecho, los Estados procuraron la existencia de tratados internacionales referidos a las obligaciones humanitarias hacia los soldados detenidos, sobre todo cuando hubieran sido heridos durante las actividades hostiles).

La guerra se producía entre dos o más bandos, normalmente identificados por el uso de uniformes, insignias, herramientas, etcétera, que no dejaban muchas dudas sobre la adscripción de cada uno de los soldados a sus respectivos ejércitos (e incluso dentro de ellos, a sus respectivas divisiones o departamentos).

La identificación de los combatientes tenía sentido no solamente para saber de qué lado estaba cada quien, sino que servía para evitar que las hostilidades se extendieran a la población civil. Los soldados se identificaban con sus uniformes y eso evitaba que la contraparte atacara a la población civil, al menos en alguna medida. Se buscaba que un ejército derrotase a otro ejército, evitando en la mayor medida posible los ataques a civiles.

También existían reglas para la terminación de un conflicto, el cual casi siempre cesaba una vez que alguna de las partes ofrecía formalmente su rendición. Cuando se producía esa rendición, las hostilidades se paralizaban y no era necesario continuar con los ataques.

Puede ser que en la práctica mucho de lo que se acaba de decir no fuera cumplido (los bombardeos nazis sobre Londres o sobre Guernika, las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki lanzadas por órdenes del presidente Truman, las limpiezas étnicas en muchas guerras civiles, servirían como pruebas fehacientes, y los ejemplos pueden multiplicarse hasta sumar cientos o miles de ellos), pero los Estados tenían por norma intentar respetar ciertos principios básicos, al menos para guardar las formas dentro y fuera de sus fronteras, seguramente con la esperanza de recibir un trato recíproco por parte de los demás países.

En el mundo del siglo XXI, las guerras han cambiado profundamente de significado. La forma en que se llevan a cabo, las

partes que intervienen en ellas, la manera en que se libran y las vías a través de las cuales pueden terminar, tiene muy poco que ver con lo que hemos señalado.

El prototipo de guerra del siglo XXI es la respuesta dada por los Estados Unidos a los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001. Por un lado, cambia la naturaleza de las partes en guerra; un país (Estados Unidos) le declara la guerra a otros países (Afganistán primero, Irak después), pero también a un grupo terrorista (Al Qaeda) que opera en el territorio de varios Estados y que, en esa virtud, no tiene una base territorial definida.

La guerra se plantea por el presidente George Bush como guerra “infinita” (es decir, sin término posible a la vista), que se libra no contra un ejército regular sino contra células y grupos terroristas esparcidos por todo el planeta, lo que hace muy difícil o acaso imposible distinguir entre la población civil y los “soldados” o combatientes enemigos.

Como no se trata de una guerra solamente entre Estados, no queda claro —según el gobierno de los Estados Unidos— si se aplican las disposiciones sobre el trato a prisioneros, puesto que muchos detenidos son simples ciudadanos y no soldados.

Tampoco se sabe con certeza cómo o cuándo puede terminar la guerra, puesto que el enemigo no puede en modo alguno proclamar su rendición, ya que opera a través de células y grupos dotados de un alto grado de autonomía y con capacidad operativa propia, fuera de los tradicionales esquemas jerárquicos típicos de las fuerzas armadas.

Tampoco el trato a los detenidos responde a los patrones anteriormente conocidos y aceptados por la comunidad internacional. En las nuevas guerras se ha documentado y acreditado con amplitud el “secuestro” de ciudadanos, el traslado en secreto a terceros países (países que tienen conocidos antecedentes de prácticas de tortura durante interrogatorios policíacos y militares, como Egipto), la existencia de cárceles ilegales (en las que no existe registro de los presos que ingresan en ellas, y en esa virtud es imposible llevar la cuenta del tiempo que dura la privación de la

libertad), la consideración de los “combatientes enemigos” como personas privadas de varios o de todos los derechos fundamentales (como el derecho a promover un *habeas corpus*, el derecho a la tutela judicial, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a ser llevado ante un juez para que decida su situación jurídica, el derecho a ser juzgado por tribunales civiles y no militares, etcétera).

De hecho, se ha creado una suerte de sistema carcelario mundial con gravísimas consecuencias para los derechos fundamentales de los habitantes de todo el planeta. Dicho sistema está:

Localizado en todo el planeta —desde Guantánamo hasta los Estados Unidos, desde Afganistán hasta Irak— sustraído a toda regla y garantía jurisdiccional. Sabemos poco de este sistema, a causa justamente de su secrecía. Sabemos solamente que están reclusos, sin cargos formales de imputación y sin posibilidad de comunicarse ni con sus familiares ni con sus defensores, miles de detenidos que han sido arrestados en secreto, segregados sin límite de tiempo, sujetos a tratamientos inhumanos (privados del sueño, a veces permanentemente encadenados o todavía peor encapuchados, mantenidos en un estado de total aislamiento), en espera de procesos sumarios a su vez secretos, que pueden concluir con la pena capital, pero que hasta ahora, al parecer, no han ni siquiera comenzado. Se dibuja así una suerte de estado de policía global, como consecuencia de un macartismo igualmente global que renueva en la patria del *habeas corpus* y de las libertades civiles el fenómeno sudamericano de los *desaparecidos*. A estos reclusos, confinados en lugares desconocidos e ignorados por los medios de información, se les sustrae al mismo tiempo del estatuto de detenidos, porque son “enemigos combatientes”, y del de prisioneros de guerra, porque son “criminales”: se trata de no-personas, de las que nada sabemos y nada sabremos, privados de todos los derechos establecidos por la Constitución americana y por las convenciones internacionales.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, “Las libertades...”, *cit.*, nota 147, p. 7.

Y todo lo anterior con independencia de la consideración que pueda merecer el hecho de que la guerra contra el terrorismo, a través de la invasión de países por parte de una “coalicción” liderada por Estados Unidos, se ubica completamente fuera de los supuestos que para las agresiones armadas prevé la Carta de las Naciones Unidas.¹⁶⁹ Esto significa que se trata de una “guerra” completamente ilegal y políticamente ciega, pues toma medidas que no abonan para la consecución de sus objetivos, sino que van en contra de ellos. Como lo ha señalado Ferrajoli:

Con sus inútiles destrucciones, la guerra sólo ha agravado los problemas que pretendía resolver... reforzó enormemente al terrorismo, al elevarlo a la categoría de Estado beligerante, convirtiendo un crimen horrendo en el primer acto de una guerra santa y transformando a Bin Laden, a los ojos de millones de musulmanes, en un jefe político, y a su banda de asesinos, en la vanguardia de un ejército de fanáticos... (la guerra) ha contribuido a desestabilizar todo el Oriente Medio, incluido el polvorín (nuclear) pakistaní, y a desencadenar una espiral irrefrenable de odios, fanatismos y otras terribles agresiones terroristas.¹⁷⁰

No cabe minimizar el hecho de que la guerra contra el terrorismo nos pone frente a preguntas esenciales, que tienen que ver con la forma en que nos representamos como sociedad, con el grado de balance que puede y/o debe existir entre libertad y seguridad, con la forma en que debemos tratar a los detenidos o con la manera de llevar a cabo operaciones de inteligencia para prevenir futuros atentados. Y todo esto debe ser discutido y analizado en un contexto en el que, como es natural, las pasiones suelen desbordarse, y en el que priva el miedo, la ansiedad ante lo desconocido y, con demasiada frecuencia, el patriotismo (de

¹⁶⁹ Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

¹⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas...*, cit., nota 167, p. 55.

nuevo, el caso de los Estados Unidos nos suministra un ejemplo perfecto de los excesos patrióticos que puede generar el desafío terrorista).

Tampoco es posible minimizar el hecho de que si algún grupo terrorista obtiene material nuclear y es capaz de detonarlo en alguna gran ciudad, pondría a la civilización contra las cuerdas y nos acercaría a un escenario apocalíptico.¹⁷¹ Es decir, no se trata de una amenaza menor ni que se pueda tomar a la ligera.

En México quizá no se ha tomado debida conciencia del tamaño del reto porque no hemos sufrido, afortunadamente, una masacre terrorista como las que se han producido en otros países. Pero nadie puede asegurar que nuestro país no sea objeto de alguna acción que tenga consecuencias mucho más perniciosas que los actos guerrilleros que se han visto en los años recientes en el territorio nacional y que, por lo pronto, no han causado ni de lejos tantas víctimas civiles como los ataques de Al Qaeda.

La amenaza terrorista supone un riesgo para naciones enteras y para la manera en que se han desarrollado. Aparte de los daños personales y materiales, la lógica terrorista ha dado lugar a respuestas gubernamentales que pasan por aumentar los controles sobre los ciudadanos, realizar operaciones en secreto, disponer de información sobre actividades privadas y disparar el gasto destinado a las fuerzas de seguridad, tanto militares como civiles. Quizá algunas de estas medidas estén justificadas a la vista del tamaño del reto, pero se podría discutir, como lo haremos más adelante, si su aplicación ha sido o no respetuosa de los derechos fundamentales.

La evidencia que tenemos disponible parece indicarnos que la balanza se ha inclinado del lado de quienes están a favor de tomar fuertes medidas represivas para evitar futuros ataques terro-

¹⁷¹ Véase las reflexiones de Ignatieff, Michael, *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Madrid, Taurus, 2005, quien dedica el último capítulo de su libro a explorar las consecuencias de un ataque nuclear contra la población civil, bajo el ilustrativo título “Libertad y apocalipsis”.

ristas, aunque esto implique afectar libertades fundamentales. De hecho, al aprobar legislaciones como la *Patriot Act* en Estados Unidos, se ha terminado legitimando:

Un estado de excepción global, que confiere al presidente de los Estados Unidos el poder ilimitado para hacer uso de la fuerza contra organizaciones o Estados que entiende que están involucrados en actividades terroristas, así como para instituir tribunales militares especiales en materia de terrorismo, sustraídos a todas las garantías del debido proceso: en suma, una suerte de potestad soberana para la guerra interna y externa, que anula el principio de legalidad y la separación de poderes, las garantías del debido proceso y los derechos fundamentales de las personas, en suma la entera regulación de la fuerza dictada por las reglas del derecho interno y del derecho internacional.¹⁷²

¿Tiene algo que ver todo lo que llevamos dicho con la libertad? Creo que sí, en la medida en que la guerra, la narración de la misma que hacen los medios de comunicación, la sombra amenazadora que extiende sobre la población civil no solamente de los países directamente involucrados sino de muchos otros, su utilización retórica y demagógica por gobernantes de todo signo, etcétera, suponen de hecho una limitación importante a nuestras libertades, de forma directa o indirecta.

Además, el discurso de la guerra ha tomado en tal forma su lugar dentro de la opinión pública que se comienza a utilizar sin sentido alguno en referencia a fenómenos que nada tienen que ver con ella; por citar un ejemplo sumamente pernicioso que conocemos bien en México, se habla y se repite hasta el cansancio el discurso de la “guerra” contra las drogas o contra el narcotráfico (nos referiremos más adelante a este llamativo fenómeno de retórica política contemporánea).

¹⁷² Ferrajoli, Luigi, “Las libertades...”, *cit.*, nota 147, p. 7.

Discutir sobre la manera en que se debe dar respuesta a las agresiones terroristas, por otro lado, tiene sentido solamente dentro de un régimen democrático en el que las autoridades deben respetar ciertas reglas en su actuación. Un régimen autoritario no se plantea ningún tipo de dilema, pues su respuesta puede ser tan brutal como lo permita su capacidad militar y policiaca. Como dice Michael Ignatieff, “si la sociedad atacada el 11 de septiembre de 2001 hubiera sido una tiranía, estas viejas preguntas no serían relevantes, porque una tiranía se permite a sí misma cualquier cosa”.¹⁷³ Pensar en la forma de combatir el terrorismo y en el desafío que supone para nuestra forma de vida, es pensar en nuestras libertades y en nuestro aprecio por la democracia. La existencia misma del debate es un síntoma de buena salud democrática.

La guerra ha servido históricamente para justificar una serie de inaceptables limitaciones a los derechos de libertad. Es probable que ninguna historia ilustre mejor esto que la de los Estados Unidos. Ha sido el distinguido jurista de la Universidad de Chicago, Geoffrey Stone, quien ha reunido las piezas de un rompecabezas histórico que, una vez armado, nos ofrece un claro panorama de la utilización demagógica y perniciosa de la guerra para justificar todo tipo de atropellos, incluso fuera de los supuestos de una conflagración armada.¹⁷⁴

1. Guerra, mentira y libertad

Quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión sólo obtiene unani-

¹⁷³ Ignatieff, Michael, *El mal menor...*, cit., nota 171, p. 16.

¹⁷⁴ Stone, Geoffrey R., *War and Liberty. An American Dilemma: 1790 to the Present*, Nueva York, Norton and Company, 2007.

midad en los cementerios... El poder público es el que debe ser controlado por la opinión de los ciudadanos, y no al contrario... Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es aquella que indica que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tuviere, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos. No se nos alcanza ninguna circunstancia que pueda ser considerada una excepción a esta regla.

Robert H. JACKSON. Sentencia West Virginia State Board of Education vs. Barnette (1943)

La narración de Stone comienza con los inicios mismos de la andadura histórica de los Estados Unidos como nación independiente. Durante las primeras décadas, luego de haber declarado la independencia respecto al dominio inglés, la política estadounidense estuvo sometida a las tensiones naturales que se generan en el nacimiento de cualquier nación. El enfrentamiento entre federalistas y republicanos por hacerse con el control del gobierno federal fue muy duro, y llevó a los partidarios de cada uno de los bandos enfrentados a tomar medidas desesperadas, que no tenían justificación constitucional.

Entre esas medidas, Stone cita dos que son especialmente restrictivas de las libertades: la adopción de la llamada *Alien Enemies Act* y de la más conocida *Sedition Act*. De acuerdo con la primera, si los Estados Unidos entraban en guerra contra otra nación, el presidente podría detener discrecionalmente a los nacio-

nales o súbditos de ese país que se encontraran en suelo estadounidense. Pero eso no fue suficiente para los federalistas, quienes apoyaron otra ley, la llamada *Alien Friends Act*, por medio de la cual se autorizaba al presidente a detener a cualquier extranjero que estuviera en los Estados Unidos, con independencia de su nacionalidad. Para esos detenidos no existía el derecho a ser llevado ante un juez, a ser informado de los cargos en su contra o a presentar evidencia en su descargo.

De inmediato surgieron acusaciones que señalaban que ambas leyes sobre los extranjeros iban en contra de la Constitución, pero la respuesta de los federalistas es que los extranjeros no integraban el cuerpo político que se había dado la Constitución al señalar en su preámbulo que la misma era producto de “nosotros el pueblo”: “We the People”. Ese pueblo estaba compuesto solamente por estadounidenses y no por extranjeros. James Madison no dudó en calificar la legislación como un “monstruo” y Thomas Jefferson sostuvo que se trataba de una decisión “detestable”.¹⁷⁵

Más terrible, si cabe, fue la *Sedition Act* promulgada por el presidente Adams el 14 de julio de 1798, en la que —en resúmenes— se perseguía cualquier tipo de expresión que se hiciera en contra del Congreso, del presidente o en general del gobierno de los Estados Unidos. La sanción para quien cometiera ese delito era de multa por hasta dos mil dólares y hasta dos años de prisión. También en este caso fueron varios los que advirtieron la contradicción manifiesta de la ley con la Primera Enmienda de la Constitución, de acuerdo con la cual el Congreso no puede abolir o restringir la libertad de expresión.

Sin que pueda resultar sorprendente, las primeras catorce imputaciones que se hicieron con base en la *Sedition Act*, una vez que entró en vigor, fueron todas dirigidas en contra de militantes del Partido Republicano, que hacían oposición al gobierno de Adams. La administración federal estadounidense utilizó la ley

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 6.

para perseguir a cuatro de los cinco periódicos más influyentes que apoyaban a los republicanos. Como resultado de estas persecuciones, algunos otros periódicos tuvieron que cerrar o bien suspendieron su publicación.¹⁷⁶ Ningún miembro del partido Federalista fue acusado de haber violado la ley. Su utilización estuvo claramente marcada por intereses político-partidistas.

Fue un primer aviso histórico para los Estados Unidos. Un aviso que, sin embargo, a lo largo del tiempo se comprobó inútil, en la medida en que los intentos por criminalizar a los extranjeros, permitiendo su detención sin causa, y por eliminar a los disidentes ideológicos, resurgieron con fuerza.

La cercanía de una guerra con Francia había exacerbado las pasiones, y la dureza de la lucha política había soliviantado los ánimos, dando lugar a lo que Stone califica como una “sobre-reacción” por parte del Congreso y del presidente.¹⁷⁷

Pero el episodio es interesante por varios motivos: por el descarado intento de los federalistas de sepultar cualquier oposición a su gobierno a través del encarcelamiento de sus rivales, por el trato despótico e injusto contra los extranjeros, y por las acciones tomadas contra la libertad de expresión.

Stone señala que es justamente cuando la nación se debe enfrentar a los mayores retos, cuando más necesario se hace el debate público. El peligro de la represión en tiempos de guerra, dice, es muy superior al peligro que supone un debate libre, incluso si está animado por ideas falsas o por intereses partidistas.¹⁷⁸ Esta es, en efecto, una gran lección histórica que a ningún gobierno le gusta reconocer. Lo más práctico para muchos gobernantes consiste en tomar medidas represivas y esperar que todos los ciudadanos se las aplaudan. Pero la democracia no funciona así.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

Un régimen de libertades supone la posibilidad de ejercer de forma autónoma nuestro propio criterio; y si ese criterio no es complaciente con lo que piensa el gobierno, pues peor para el gobierno. Los intentos por acallar a la oposición en tiempos de guerra deben ser rechazados tajantemente, tanto por la opinión pública como por los mecanismos institucionales de control que tienen por objeto evitar los excesos del poder público. En este contexto, los jueces están llamados a jugar un papel protagónico en la tutela de un debate libre, robusto y desinhibido, para recordar una vez más las famosas palabras que el juez William Brennan escribió en la sentencia *New York Times vs. Sullivan*.

El segundo episodio histórico que narra Stone se produjo durante la Guerra Civil en que se vieron inmersos los Estados Unidos hacia mediados del siglo XIX. El presidente era Abraham Lincoln, y para hacer frente a la rebelión de varios estados que querían establecer la confederación, mandó suspender en reiteradas ocasiones el derecho de *habeas corpus*, el cual tenía y tiene por objeto evitar las detenciones arbitrarias, así como permitir una estrecha supervisión judicial sobre los actos de la policía que afectasen la libertad personal de los ciudadanos.

El presidente Lincoln fue reconvenido por la Suprema Corte, en el caso *Ex Parte Merryman*, con base en el argumento de que la rama ejecutiva no tenía facultades para suspender el *habeas corpus*, ya que se trataba de una competencia asignada constitucionalmente al Congreso. Pero el Congreso, obsequioso con el Ejecutivo, ratificó las órdenes de Lincoln, y en 1863 le dio facultades para seguir por la misma ruta. Bajo esa autorización fueron encarceladas entre 13 mil y 38 mil personas, acusadas entre otros delitos de evadir el llamamiento a filas, comerciar con el enemigo, quemar puentes o realizar otras formas de sabotaje.

En una de sus órdenes, el presidente Lincoln ordenó someter a los rebeldes a los tribunales militares. Fue de nuevo la Suprema Corte la que paró este despropósito. En la sentencia del caso *Ex Parte Milligan*, la Corte señaló que los tribunales militares no pueden conocer de juicios en los que estén involucrados civiles,

ni siquiera en tiempos de guerra o de rebelión armada, siempre y cuando los tribunales civiles siguieran funcionando.¹⁷⁹

La experiencia de la Guerra Civil también nos suministra una valiosa lección histórica. Por un lado, el intento del presidente de atajar un conflicto (ciertamente muy grave) a través de la suspensión de un derecho fundamental. Por otra parte, su intento por llevar a civiles ante tribunales militares, esquema que se repetiría muchos años después en el contexto de la guerra emprendida por la administración del presidente George W. Bush contra el terrorismo. Pero también esa experiencia nos permite advertir la importancia de contar con tribunales independientes que sepan medir los riesgos de una situación y reconduzcan las actividades de las ramas ejecutiva y legislativa hacia la legalidad.

El tercer episodio que narra Stone se produce durante la Primera Guerra Mundial. Cuando Estados Unidos decide entrar en la guerra, una parte considerable de su población (cerca de un 25%) tenía ancestros alemanes. El gobierno temía que algunos ciudadanos fuertemente vinculados con Alemania pudieran realizar actividades de espionaje, y además tenía que enfrentar las críticas del partido socialista, que consideraba que algunas medidas tomadas por el gobierno eran claros despropósitos.

En este contexto, una vez hecha la declaración formal de guerra, el Congreso de los Estados Unidos expidió la Ley de Espionaje de 1917 que contenía medidas de censura contra la prensa y que restringía inconstitucionalmente la libertad de expresión. Woodrow Wilson era entonces el presidente de los Estados Unidos y había declarado públicamente que la censura de la prensa podría llegar a ser necesaria para mantener la seguridad pública.¹⁸⁰ La censura fue finalmente derogada por el Congreso, pero

¹⁷⁹ Una narración detallada de los casos que fueron resueltos durante la presidencia de Lincoln por la Suprema Corte puede verse en Fisher, Louis, *Military Tribunals and Presidential Power*, Lawrence, University Press of Kansas, 2005, pp. 41 y ss.

¹⁸⁰ Stone, Geoffrey R., *op. cit.*, nota 174, p. 47.

la administración de Wilson incentivó a los ciudadanos para que denunciaran las actividades “conspirativas” de otros ciudadanos, a fin de detectar posibles actos de colaboración con las naciones enemigas.

Con base en la *Ley de Espionaje*, el gobierno persiguió a más de dos mil disidentes. A algunos de ellos les fue abierta una causa penal por decir cosas como que los gobernantes se estaban enriqueciendo en el ejercicio de sus funciones, que Dios prohibía que las personas se matasen entre sí, y que por tanto un cristiano no podía asesinar a un semejante, o por distribuir una película en la que se documenta que una nación aliada (Inglaterra) había asesinado impunemente a mujeres y niños durante la Guerra de Independencia con los Estados Unidos (lo cual era rigurosamente cierto).¹⁸¹

Los casos contra la ley y las condenas dictadas con base en ella, como no podía ser de otra manera, terminaron llegando a la mesa de los jueces de la Corte Suprema. Pero esta vez la Corte tuvo una actuación decepcionante. En el caso *Schrenk vs. United States*, el famoso juez Oliver Wendell Holmes escribió la sentencia con el apoyo del resto de sus compañeros, confirmando la condena decretada por tribunales inferiores contra personas que habían distribuido panfletos en los que se oponían al reclutamiento forzoso de tropas y animaban a los ciudadanos a unirse al Partido Socialista.

Holmes sostenía en su sentencia que el hecho de que Estados Unidos hubiera entrado en una guerra, hacía menos tolerables las actividades de los acusados. En tiempos de paz, sostiene la sentencia, los derechos de los acusados hubieran merecido protección constitucional, pero la guerra suministra condiciones diferentes.

La mayor aportación de Holmes en la sentencia es el test del “peligro claro e inminente”, según el cual una expresión puede

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

ser censurada o castigada si quien la formula está creando un peligro claro e inminente para la integridad física de una persona. El ejemplo que pone Holmes es el de una persona que grita “¡Fuego!” en un teatro lleno, provocando de esa manera una reacción en cadena de los asistentes al teatro que puede poner en peligro su integridad física.¹⁸²

Según Holmes:

Lo esencial es determinar en cada caso si las expresiones utilizadas lo han sido en un contexto y en un sentido tales que provoquen un peligro claro e inminente (*clear and present danger*) dando lugar a los males que el Congreso está legítimamente habilitado para combatir. Es una cuestión de urgencia y de matiz. Muchas de las cosas que se podrían normalmente decir en tiempo de paz resulta que, cuando el país está en guerra, comprometen de tal manera los esfuerzos de toda la nación hasta el punto que no es posible tolerarlas mientras dure el combate, y por consiguiente ningún Tribunal las consideraría amparadas por la Constitución.¹⁸³

La Corte dictó varias sentencias en el mismo sentido y en todas ellas Holmes estuvo con la mayoría. Pero en 1919 sostuvo un famoso voto de minoría, firmado también por el juez Louis Brandeis, en el *Abrams vs. United States*. Los acusados en *Abrams* habían sido sentenciados a penas de prisión de hasta 20 años por distribuir panfletos en Nueva York llamando a una huelga general como medida de repudio por el envío de tropas estadounidenses a Rusia. Holmes se apartó del criterio de la ma-

¹⁸² Stone se pregunta, en su libro, qué pasaría si el aviso de “¡fuego!” fuera cierto. ¿También se podría castigar a quien lo profiere? La falta de respuesta a este planteamiento permite advertir una falla en el razonamiento de Holmes. *Ibidem*, p. 59.

¹⁸³ Tomo el texto de la traducción que figura en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005, p. 184.

yoría y sostuvo en su voto que la condena no estaba justificada en virtud de que los actos de los acusados no representaban un peligro claro e inminente.

Apartándose de sus criterios anteriores, Holmes escribe en su voto de minoría que:

Tan sólo un peligro actual e inminente, o el intento de crearlo, justifican que el Congreso establezca límites a la libertad de expresión cuando no estén en juego derechos de los particulares... nadie puede suponer que la publicación semiclandestina de un panfleto estúpido por parte de un desconocido pueda por sí sola representar un peligro claro e inminente de que estas opiniones menoscaben u obstaculicen la acción del gobierno, ni siquiera que puedan afectarle de manera apreciable.¹⁸⁴

Más adelante, en su voto, Holmes aporta su conocido postulado sobre el “mercado de las ideas”, según el cual la libertad de expresión debe protegerse para que todas las ideas compitan libremente entre sí, y de esa manera los ciudadanos puedan formarse su propio criterio acerca de lo verdadero y de lo falso. El texto de Holmes es el siguiente:

Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios; y de que la verdad es el único fundamento a partir del cual puede llegar a colmar sus aspiraciones sin riesgos ni peligros... tendremos que estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar la manifestación de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte... Únicamente una

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 189.

situación de inmediata y grave emergencia hace que no se pueda dejar que sea el tiempo el que haga rectificar a quienes incitan el mal.¹⁸⁵

¿Por qué cambió tan radicalmente de punto de vista Holmes, y en tan poco tiempo? Stone señala que sostuvo largas conversaciones e intercambio de cartas con el juez Learned Hand, el profesor de Harvard Zechariah Chafee y con el politólogo Harold Laski, quienes le advirtieron de los errores contenidos en su razonamiento judicial.¹⁸⁶ La influencia tuvo un gran efecto, ya que por primera vez en la historia de los Estados Unidos un juez de su Corte Suprema se convirtió en un firme defensor de la libertad de expresión, incluso durante el tiempo de guerra.

El siguiente episodio que narra Stone en su libro ocurrió en la Segunda Guerra Mundial, y sirve para comprobar nuevamente de qué manera la fiebre de la guerra se traduce en xenofobia.¹⁸⁷

El caso es que en 1940, en previsión de que Estados Unidos terminara participando en la Segunda Guerra Mundial, se expide la ley conocida como *Smith Act*, que tenía entre sus objetivos registrar ante el servicio de inmigración a todos los extranjeros residentes en los Estados Unidos. Se registraron casi cinco millones de personas, entre los cuales había nacionales de los países con los que Estados Unidos estaba en guerra una vez que su Congreso hizo la declaración correspondiente. Había 600 mil italianos, 260 mil alemanes y 40 mil japoneses. Luego del ataque a Pearl Harbor, el gobierno clasificó a 900 mil de estos individuos como extranjeros enemigos, lo que tuvo la consecuencia de que las autoridades pudieran detenerlos y deportarlos.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 191. Véase también *Los votos discrepantes de Oliver Wendell Holmes*, est. prel. y trad. de César Arjona Sebastiá, Madrid, Iustel, 2006, pp. 142-151.

¹⁸⁶ Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, *cit.*, nota 174, p. 61.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 64.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 65.

Dos meses después del bombardeo de Pearl Harbor, en el que murieron dos mil estadounidenses, las autoridades ordenaron a más de 120 mil japoneses o americanos descendientes de japoneses que abandonaran sus hogares en California, Washington, Oregon y Arizona.¹⁸⁹

No se les acusó de haber cometido ningún delito, no se les respetó su derecho de audiencia, no se les dijo por cuánto tiempo estarían fuera de sus hogares. Su origen nacional fue suficiente para llevarlos a campos de detención del Ejército. Allí los tuvieron, en condiciones de hacinamiento y sin ningún tipo de elemento para su habitabilidad, durante tres años.¹⁹⁰ Se trataba de la medida extrema a la que condujo la lógica del “peligro amarillo” que en esos años había inundado a Estados Unidos.

El clima cultural entre los periodistas y entre la clase militar era favorable a tomar medidas drásticas contra los japoneses y contra sus descendientes. En los periódicos de ciudades como San Francisco se podían leer artículos en los que sus autores públicamente decían que “odiaban” a los japoneses. Un oficial de alto rango del Ejército (el general De Witt) dijo que la raza japonesa era una “raza enemiga”, y que daba igual si algunos de ellos eran ya de nacionalidad estadounidense, puesto que eso no les quitaba que todavía fueran japoneses. Un japonés es un japonés, dijo De Witt (“A Jap’s a Jap”).

Incluso personajes con sólidas credenciales democráticas, que luego pasarían a la historia por su cruzada a favor de los derechos humanos y por su lucha contra el racismo, cayeron en la fiebre guerrera y ayudaron a la deportación interna de japoneses. Fue el caso del entonces abogado general del estado de California y luego presidente de la Suprema Corte, Earl Warren.¹⁹¹

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 66.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 67.

¹⁹¹ El episodio es narrado en la magnífica biografía de Warren que ha escrito Jim Newton, en la que también consta que, ya en su vejez, Warren dijo públicamente que su contribución al maltrato hacia los japoneses era el acto del

La lógica que está detrás del internamiento de japoneses en campos de concentración, como puede ver el lector, es muy parecida a la que sostuvieron los nazis en relación a los judíos; aunque es cierto que, por fortuna, el gobierno estadounidense nunca se atrevió a extender sus crueldades hacia los japoneses hasta el punto en que las llevaron los alemanes contra los judíos.

Como en las anteriores ocasiones, los afectados por estos actos arbitrarios tuvieron la oportunidad de defenderse ante los tribunales. La Suprema Corte de los Estados Unidos dictó en ese periodo dos sentencias que son recordadas todavía ahora, y no precisamente por lo fino que fue el razonamiento judicial de sus autores. Se trata de los casos *Hirabayashi vs. United States* y *Korematsu vs. United States*. El primero de esos casos involucraba al ciudadano estadounidense Gordon Hirabayashi, quien no había respetado el toque de queda contra ciudadanos descendientes de japoneses y por ello había sido condenado a dos años de cárcel. La Suprema Corte ratificó la condena, aunque tres de sus nueve jueces expresaron razonamientos contrarios a los de la mayoría, y uno de ellos, el juez Murphy, se atrevió a señalar el paralelismo entre la actuación del gobierno estadounidense y la del régimen nazi.

En el segundo caso, que involucraba a otro ciudadano estadounidense, Fred Korematsu, la discusión no tenía que ver con el

que más se había arrepentido en toda su vida. Newton, Jim, *Justice for All. Earl Warren and the Nation he Made*, Nueva York, Riverhead Books, 2006. También se arrepintieron públicamente de haber participado en el proceso de deportación los jueces de la Suprema Corte William O. Douglas, uno de los campeones de los derechos civiles en la Corte, y Tom Clark, quien como abogado del Departamento de Justicia tuvo a su cargo defender la postura del gobierno, y luego llegó a ocupar el cargo de juez de la Corte. Le agradezco al ministro José Ramón Cossío, de la Suprema Corte de México, que haya llamado mi atención sobre la sobresaliente biografía que Jim Newton le dedicó a Warren, quien sin duda es uno de los más grandes jueces en toda la historia judicial de los Estados Unidos. Estoy seguro que su ejemplo de compromiso con las mejores causas de la justicia puede ser de gran utilidad para los jueces mexicanos, que deberían leer sin demora el texto de Newton.

toque de queda y su posible inconstitucionalidad, sino con la orden de abandonar el propio domicilio para acudir a los campos de concentración, dirigida solamente a ciudadanos japoneses en la costa oeste de los Estados Unidos. La Corte fue sumamente obsequiosa con el gobierno, y sostuvo en su sentencia que solamente las autoridades militares podían apreciar el grado de riesgo que suponía la presencia de los japoneses en las localidades costeras, en orden a prevenir el espionaje y el sabotaje.

La Corte reconocía en su sentencia que quizá muchos de los ciudadanos desplazados eran leales a su nueva nación, pero que les creía a las autoridades militares cuando afirmaban que era imposible distinguir a los leales de los desleales (y en consecuencia, se podría agregar, dichas autoridades prefirieron violar los derechos de todos, para evitar dudas).¹⁹²

La Corte negó expresamente en *Korematsu* que la internación de japoneses tuviera un sesgo racista, utilizando una argumentación que cuando menos podemos calificar como cínica. La mayoría de integrantes de la Corte basan su argumento medular en el siguiente párrafo:

El señor *Korematsu* no fue deportado de la zona militar por hostilidad hacia él o hacia los de su raza. Fue deportado porque estamos en guerra contra el Imperio Japonés, porque las autoridades militares temían una invasión en la costa oeste y se vieron obligadas a adoptar medidas de seguridad adecuadas, porque estas mismas autoridades decidieron que la urgencia de la situación desde el punto de vista defensivo requería que todos los ciudadanos de origen japonés fuesen temporalmente apartados de aquella zona, y finalmente porque el Congreso, depositando su confianza en nuestros jefes militares, autorizó a adoptar la medida de la deportación. Existiendo pruebas de que algunos ciudadanos de origen ja-

¹⁹² Una muy buena narración de los hechos, en los que se sustentaron ambas sentencias, y una fuerte crítica a las mismas, puede verse en Irons, Peter, *A People's History of the Supreme Court*, Nueva York, Penguin Books, 2000, pp. 348 y ss.

ponés no eran leales a los Estados Unidos, las autoridades militares consideraron que había que actuar urgentemente. En este momento, desde la perspectiva que da juzgar con calma hechos pasados, no podemos afirmar que aquellas medidas de deportación carecían de fundamento. Se confirma la sentencia impugnada.

No deja de ser irónico que el autor de esta sentencia fuera el juez Hugo L. Black, quien a lo largo de su prolongada carrera como juez de la Suprema Corte se caracterizó por abanderar las interpretaciones más progresistas en materia de derechos humanos y, en particular, en materia de libertad de expresión.¹⁹³

Fue nuevamente el juez Frank Murphy quien escribió un poderoso voto particular, denunciando el sesgo racista de las medidas de deportación y la falta de coherencia de la mayoría de sus colegas al legitimar la arbitrariedad con que habían actuado el Congreso y las autoridades militares. Murphy afirmó en su voto, refiriéndose a la medida de la deportación, que:

Sostener la constitucionalidad de esta medida, por buenas que fueran las intenciones de las autoridades militares de la costa oeste, sería dar validez a uno de los comportamientos más crueles, idéntico a los que emplean nuestros enemigos para aniquilar la dignidad de las personas, e implicaría además fomentar las actuaciones discriminatorias contra otros grupos minoritarios.¹⁹⁴

Fred Korematsu dedicó el resto de su vida a luchar por la reparación de su honor y el de los demás afectados. En 1998 el presidente William J. Clinton le impuso la medalla presidencial

¹⁹³ Véase la que quizá sea la mejor de todas sus biografías: Newman, Roger K., *Hugo Black. A Biography*, Nueva York, Fordham University Press, 1994. En las pp. 312 y ss. se narran las peripecias de Black durante los sucesos que le tocaron como juez en el contexto histórico de la participación de los Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial.

¹⁹⁴ Tanto la parte de la sentencia que se ha transcrito como un extracto del voto particular de Murphy pueden verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *op. cit.*, nota 183, pp. 266-273.

de la libertad, que es la máxima distinción que se le puede otorgar a un civil en los Estados Unidos, como una forma simbólica de reparar el daño que le habían causado las autoridades de las tres ramas del gobierno federal de su propio país.¹⁹⁵

Cuando se dieron cuenta de la atrocidad que había significado el internamiento de japoneses, las autoridades estadounidenses decidieron reconocer su error y promulgaron una ley que les daba derecho a los afectados a solicitar una indemnización económica por la violación de sus derechos. Para 1958, más de diez años después de expedida la ley, solamente 26 mil personas habían obtenido la compensación a la que tenían derecho, la cual en promedio fue de mil 400 dólares por persona.¹⁹⁶

La propia Suprema Corte ha puesto a Hirabayashi y Korematsu en su rincón más oscuro, y nunca los ha vuelto a citar en ninguna de sus sentencias. Son consideradas, con razón, como dos sentencias “parias” en la historia de la Corte,¹⁹⁷ tal como sucede con otros bochornosos fallos (como *Dred Scott vs. Sanford* o *Plessy vs. Ferguson*, entre otros).¹⁹⁸

Pero la historia de ataques a las libertades durante el tiempo de guerra no terminó ahí para los estadounidenses. Stone narra tres etapas más, cada una de ellas peculiar y horripilante, que nos ofrecen el cuadro completo a través del cual se ejemplifica con claridad cómo una democracia puede dejarse arrastrar por la locura y la fiebre de la guerra, hasta destruir sus propios fundamentos y violar derechos de sus ciudadanos.

La siguiente etapa se desarrolla durante la llamada guerra fría, es decir durante el periodo de tiempo en que la URSS y los Estados Unidos se disputaban la hegemonía política, económica y

¹⁹⁵ Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, cit., nota 174, p. 76.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 79.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹⁹⁸ Sobre el contenido e implicaciones de estos dos casos, me he detenido en Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos...*, cit., nota 38, pp. 231-245.

militar del mundo. En ese periodo, ambas potencias se esforzaban por ampliar su dominio y por espiar a la contraparte, infiltrando agentes encubiertos cuya misión era espiarla para lograr conocer sus secretos militares y políticos. Había una lógica permanente de la sospecha, lo que siempre resulta ser un buen caldo de cultivo para emprender aventuras políticas y jurídicas que terminan recortando las libertades.

Fue eso precisamente lo que sucedió en los Estados Unidos cuando una comisión del Congreso dedicada a detectar actividades antiamericanas, anunció un agresivo programa para exponer a los comunistas que había en suelo estadounidense y a sus simpatizantes. Una de las primeras medidas para tal fin fue la expedición, por el presidente Truman, de una orden ejecutiva que obligaba a todos los empleados federales a sujetarse a una investigación de “lealtad”.

La misma orden presidencial era muy clara al señalar que nadie podía seguir trabajando para el gobierno federal si existían elementos que razonablemente pudieran hacer suponer que era “desleal”. Esa deslealtad quedaba probada si algún empleado federal pertenecía o simpatizaba con cualquier organización que el abogado general de los Estados Unidos considerase comunista o subversiva.¹⁹⁹

El abogado general identificó con gran rapidez a todo tipo de organizaciones como comunistas o subversivas (unas 250, entre las cuales se encontraban organizaciones sindicales y comités ciudadanos que procuraban asilo para los exiliados de la guerra civil española). Los criterios del abogado eran completamente vagos, de tal forma que los empleados federales solamente podían estar seguros de ser leales al gobierno si no pertenecían a ninguna de ellas (con la evidente violación de su libertad de asociación).²⁰⁰

¹⁹⁹ Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, *cit.*, nota 174, pp. 86 y 87.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 89.

Los agentes del FBI se encargaban de vigilar la membresía de los empleados federales en cualquier asociación, y para tal efecto se entrevistaban con sus vecinos, amigos, profesores, compañeros de trabajo y empleadores. Preguntaban por su pertenencia a asociaciones, pero también se informaban de los periódicos y de los libros que leían, así como de las ideas que expresaban en público.

No es difícil imaginar la histeria persecutoria que tales indagaciones provocaron entre la sociedad estadounidense. Las autoridades facilitaron, en el colmo de su paranoia, la recepción de denuncias anónimas, de tal forma que todo aquel ciudadano que tenía una diferencia con otro, podía decir cualquier cosa que lo relacionara con una organización comunista, y ese solo hecho bastaba para ameritar una investigación por parte del FBI. Bajo ese esquema se produjeron todo tipo de delaciones, bromas, ajustes de cuentas personales e informes pagados. El resultado fue que todo el mundo sospechaba de todo el mundo.

Para 1950 la situación avanzó hacia un estado de mayor persecución, cuando una ley del Congreso requirió a todas las organizaciones comunistas que hicieran públicos los nombres de sus miembros. El presidente Truman, sin embargo, ejerció su derecho de veto para detener su entrada en vigor. Para esas fechas llegó al Senado de los Estados Unidos Joe McCarthy, quien emprendió una violenta cruzada contra personas y organizaciones que se consideraban cercanas a los ideales comunistas. Su locura llegó hasta el extremo de solicitar que en las bibliotecas sostenidas por el gobierno federal no hubieran libros ni discos de autores comunistas o antiamericanos, entre los que se incluía a Jean-Paul Sartre, John Dewey, Dashiell Hammet, Arthur Schlesinger Jr. (luego consejero presidencial de John F. Kennedy), entre otros. La intimidación se extendió a los campus universitarios e incluso a los artistas de Hollywood.

Las libertades de asociación y de expresión, tan queridas por el pueblo estadounidense que las puso en cabeza de su *Bill of Rights* (ambas libertades figuran en la Primera Enmienda de la

Constitución de los Estados Unidos), estaban a punto de periclitarse. El “miedo rojo” se había apoderado por completo del imaginario popular de los ciudadanos estadounidenses.²⁰¹

En las entidades federativas se comenzaron a promulgar tipos penales que castigaban, incluso con cadena perpetua, conductas tan imprecisas como la “deslealtad”. En Texas se autorizaron penas de hasta 20 años de prisión para los miembros del partido comunista; en Tennessee fueron más lejos, y permitieron que tales personas fueran sentenciadas a pena de muerte. Más de 11 mil personas fueron despedidas de sus cargos en los gobiernos federales, estatales o locales bajo la acusación de ser “desleales”.

La Suprema Corte también se sumó, bajo el gris liderazgo de Fred Vinson, su entonces presidente, a la cruzada anticomunista, y en el caso *Dennis vs. United States* ratificó una sentencia de cinco años de prisión para 11 miembros de la junta directiva del partido comunista, por defender la idea de que había que derrocar al gobierno de los Estados Unidos (sólo por defender *la idea*, no por haber realizado ningún acto en ese sentido o con ese objetivo).²⁰²

Con el criterio contrario a la libertad de expresión de los procesados, Vinson decidió dejar atrás el estándar formulado por Oliver Wendell Holmes del peligro “claro e inminente”, de acuerdo con el cual una expresión podía ser sancionada solamente si tenía por efecto el producir precisamente un peligro claro e inminente para las personas. Los jueces Douglas y Black reaccionaron (a diferencia de lo que sucedió en los casos de los internamientos de japoneses), y votaron en contra del criterio de la mayoría, escribiendo sendos votos particulares en los que denun-

²⁰¹ Véase la narración que sobre esta declinación del compromiso constitucional de los estadounidenses hace Finan, Christopher M., *From the Palmer Raids to the Patriot Act. A History of the Fight for Free Speech in America*, Boston, Beacon Press, 2007, pp. 134 y ss.

²⁰² Véase la narración que sobre este caso y otros semejantes hace Irons, Peter, *op. cit.*, nota 192, pp. 365 y ss.

ciaban que las condenas a los miembros del partido comunista violaban la libertad de expresión.

La “era McCarthy”, sin embargo, estaba destinada a terminar muy pronto. Sus compañeros del Senado votaron una moción en su contra, y sus aliados perdieron las elecciones de 1954. Dos años después Joe McCarthy, punta de lanza de una moderna cacería de brujas, murió de cirrosis, víctima de su permanente estado alcohólico, con 49 años de edad. Una era oscura en la historia de los Estados Unidos se terminaba con esa muerte. Queda sin embargo la duda de cómo pudo infundir su locura persecutoria en tantos legisladores, miembros del gobierno, jueces de todos los niveles e incluso simples ciudadanos, sin que nadie hubiera advertido que se estaba poniendo en peligro el carácter democrático de los Estados Unidos y su compromiso histórico con las libertades civiles.

Es un buen ejemplo de cómo pocas personas, pero bien decididas a hacer daño, pueden tener efectos devastadores sobre millones de seres humanos. Es también una reiteración de lo útil que puede ser el control de constitucionalidad como principio de contención de las decisiones democráticas, siempre y cuando existan jueces que tengan la determinación de hacer valer el contenido de la carta magna por encima de cualquier otra circunstancia. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en otro momento crucial de su historia, volvió a fallar. Pero no sería la última vez.

La siguiente etapa en la narración que nos ofrece Stone corresponde a la guerra de Vietnam en la que Estados Unidos se decidió a jugar una arriesgada partida táctica para detener el avance del comunismo internacional. Lo hizo enviando soldados para apoyar a los vietnamitas del sur, y evitar que fueran absorbidos por Vietnam del Norte que estaba gobernado por comunistas. Para finales de 1965 estaban en Vietnam 184 mil soldados estadounidenses; ya para concluir 1966, eran 385 mil; y al término de 1967, esa cifra había subido hasta más de 500 mil. Cuando Estados Unidos decide abandonar esa lucha, en 1973, ya

habían muerto más de 50 mil estadounidenses en territorio vietnamita.²⁰³

Cuando Richard Nixon gana en 1968 la Presidencia de los Estados Unidos, comienza a desarrollar una serie de actividades ilícitas que terminarían, ya dentro de su segundo periodo como presidente, con el escándalo “Watergate”, y con su posterior renuncia al cargo.

Antes de esa renuncia, y del consecuente escándalo que se produjo en todo el mundo, Nixon tuvo que enfrentar un delicado trance cuando el periódico *The New York Times* comenzó a publicar una serie de documentos elaborados por agencias de inteligencia militar de los Estados Unidos, que ponían de manifiesto la estrategia del gobierno durante la guerra en Vietnam, y demostraban que la misma se pudo haber detenido varios años antes de 1973, ahorrando de esa manera muchas muertes en el Ejército americano.

Se trataba de material que el gobierno había calificado como “*top-secret-sensitive*”, dándole el máximo rango de confidencialidad posible (incluso a través de una figura de clasificación documental que hasta entonces no existía). El gobierno exigió al periódico que de inmediato cesara en la publicación de los documentos, pero el director se negó, aduciendo que se trataba de documentos que tenían importancia noticiosa, y que se referían a temas de interés general para los ciudadanos de los Estados Unidos. Unos días después, los mismos documentos comenzaron a publicarse en el *Washington Post*. El gobierno promovió un recurso ante la Suprema Corte para que ordenara detener la publicación. De esa manera dio comienzo el caso *New York Times vs. United States*, también conocido como el caso “Papeles del Pentágono”.²⁰⁴

²⁰³ Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, cit., nota 174, p. 108.

²⁰⁴ Lewis, Anthony, “Los papeles del Pentágono”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 153, junio de 2005, pp. 31 y ss.

Con independencia de los argumentos jurídicos vertidos tanto por el gobierno de los Estados Unidos como por los abogados de los dos periódicos involucrados, lo cierto es que en este caso se debatía sobre varios aspectos relacionados con la libertad.

Desde luego, un primer tema, el más inmediato, que tenían que resolver los jueces de la Suprema Corte, era el relativo a la libertad de prensa: ¿se podía admitir que se ordenara dejar de publicar cierta información, si la misma podía resultar —a criterio del gobierno— perjudicial para la seguridad nacional y para la paz en Vietnam?

Al prohibir la publicación se estaba con toda probabilidad legitimando una suerte de censura previa. ¿Era admisible en una democracia? Seguramente Alexis de Tocqueville, ese gran observador de la realidad política y social de los Estados Unidos, hubiera contestado que no. Tocqueville dijo sobre la censura lo siguiente:

En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporáneos, y de apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas: la censura y el voto universal son, por el contrario, dos cosas que se contradicen, y no pueden encontrarse largo tiempo en las instituciones políticas de un mismo pueblo.²⁰⁵

Pero además del aspecto vinculado con la libertad de prensa, había otro asunto muy relevante en el caso de los “Papeles del Pentágono”: ¿hasta dónde llegaba el derecho del pueblo estadounidense a conocer las actividades de sus gobernantes? Y vicever-

²⁰⁵ *La democracia en América*, México, FCE, 2001, p. 199.

sa: ¿hasta dónde llegaba el derecho del gobierno a mantener bajo secreto decisiones o datos que pueden ser de interés público en la medida en que le permiten al ciudadano tomar decisiones políticas relevantes?

La Suprema Corte estuvo a la altura del reto planteado y en una decisión muy complicada, en la que hubo varios votos concurrentes y algunos minoritarios, decidió permitir la publicación de los documentos. La sentencia tiene solamente cuatro párrafos, y en el segundo se citan dos precedentes de la propia Corte en los que se señala: “Todo sistema de censura previa del que conozca este Tribunal tiene una fuerte presunción de estar viciado de inconstitucionalidad” (precedente tomado del caso *Bantam Books Inc. vs. Sullivan* de 1963), razón por la cual “el gobierno debe asumir la dura carga de justificar la necesidad de la censura” (precedente tomado del caso *Organization for a Better Austin vs. Keffe* de 1971).²⁰⁶

En el caso concreto, el gobierno no pudo superar la carga de la prueba, y la Corte no admitió el sistema de censura previa. El juez William O. Douglas, en su voto particular concurrente, escribió: “El secreto en relación con el gobierno es profundamente antidemocrático, y un instrumento para la perpetuación de errores burocráticos. Que exista un debate abierto y que se discutan los asuntos públicos son cosas vitales para nuestra salud nacional”.²⁰⁷

El caso que estamos comentando tiene mucho que ver con la libertad en general, además de la relación que guarda con ciertas libertades en particular. ¿Cómo puede un ciudadano sentirse libre si no cuenta con la información necesaria para tomar las mejores decisiones en relación a su gobierno? La guerra de Vietnam les costó a los ciudadanos estadounidenses vidas humanas y muchísimo dinero de sus impuestos. ¿No tenían derecho a conocer

²⁰⁶ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *op. cit.*, nota 183, p. 361.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 364.

todos los datos disponibles, siempre que la difusión de tales datos no supusiera una amenaza real e inminente para la vida de sus soldados?

La decisión de los periódicos *The New York Times* y *The Washington Post* no puede dejar de celebrarse, ya que sus directivos comprendieron bien la necesidad de poner por encima de cualquier otra consideración la libertad de prensa y el derecho del ciudadano a estar informado. Eso es lo que hace de los Estados Unidos un régimen democrático muy sólido, a pesar de todos los errores y atropellos que ha cometido durante décadas. Esos atropellos no oscurecen el hecho de que se reconozca que uno de los valores más altos de los que se precia la democracia estadounidense es precisamente la libertad de expresión.

Quizá sea oportuno recordar uno de los textos canónicos que ponen en relación dicha libertad con la solidez del régimen democrático. Se trata del voto particular que hizo el juez Louis Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso *Whitney vs. California*, resuelto en 1927. Es un pasaje más o menos largo, pero vale la pena transcribirlo en su integridad, tanto por su belleza literaria, como por la claridad con que su autor anuda la libertad de expresión con el sistema democrático. Las palabras del voto de Brandeis fueron las siguientes, en la parte que ahora interesa:

Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La libertad para ellos tenía un valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y de decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate normalmente ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pue-

blo inerte; que el debate público es un deber político; y que esto debe ser el principio fundamental del gobierno estadounidense. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar solamente por el temor al castigo cuando ha sido infringido; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios que se propongan; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, que es la peor forma en que la fuerza se vuelve un argumento...

El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional...

Quienes ganaron nuestra independencia con una revolución no eran cobardes. No temían los cambios políticos. No exaltaron el orden a expensas de la libertad. Para esos hombres valerosos, confiados en sí mismos y en el poder de la razón aplicada libremente y sin miedo a través del gobierno popular, ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que la incidencia del mal que se teme sea tan inminente que pudiera materializarse antes de que hubiera ocasión de debatirlo a fondo. Si hubiese tiempo para exponer al debate las falsedades y falacias, para evitar el mal a través de la educación, el medio que tendría que aplicarse no es el del silencio sino el de mayor expresión. Esa ha de ser la regla, si la autoridad ha de conciliarse con la libertad. Ese es, en mi opinión, el mandato de la Constitución.²⁰⁸

²⁰⁸ Algunos autores se han preguntado por el origen de la inspiración de Brandeis; se han cuestionado de dónde extrajo estos conceptos que se han convertido en una referencia clásica en el entendimiento contemporáneo de la libertad de expresión, y de su importancia para el sistema democrático; algunos

La narración del profesor Stone termina con el momento actual que está viviendo el gobierno de los Estados Unidos, enfrascado en la guerra contra el terrorismo a la que ya hemos hecho referencia.²⁰⁹

Por un lado, Stone se congratula de que en esta etapa de guerra nadie ha defendido la idea de que se busque acallar a los opositores, incluso a aquellos que han demostrado una oposición feroz y radical a las actuaciones armadas de los Estados Unidos fuera de sus fronteras, como el presidente del Partido Demócrata, Howard Dean. Esto significa un avance en relación a experiencias pasadas como las que ya hemos referido en páginas anteriores.

Pero Stone se muestra preocupado por el hecho de que el presidente Bush ha utilizado a las amenazas terroristas para mantener en un estado de pánico a buena parte de la población, y ha utilizado el concepto de guerra para obtener autorizaciones y poderes que en tiempos de paz le habrían sido negados.

También repasa Stone en la dificultad de mantener una “guerra infinita” en la que ciertas restricciones de derechos quizá se vuelvan permanentes.²¹⁰ Fue el secretario de Defensa de Bush, Ronald Rumsfeld quien dio una idea muy certera de la visión del gobierno acerca de la duración de la guerra y de la forma de terminarla: “La guerra se habrá ganado, dijo Rumsfeld, cuando los estadounidenses vuelvan a sentirse tranquilos”.

Es seguro que Rumsfeld no había leído, cuando pronunció esa frase, el magnífico libro *La sociedad del riesgo* que Ulrich Beck publicó en 1986, en el que se contiene una poderosa argumentación que demuestra que vivimos en “sociedades del riesgo”, y que la presencia de peligros en el mundo actual ha llegado para

han encontrado sus raíces remotas en la Oración Fúnebre pronunciada por Pericles en Grecia, durante el siglo V a. C.; para una reflexión sobre este asunto, véase Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, Miami, SIP, 2000, p. 76.

²⁰⁹ Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, *cit.*, nota 174, pp. 128 y ss.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

quedarse. De modo que no se comprende bien cuándo se podrá dar por ganada la guerra, si seguimos la lógica de Rumsfeld. Quizá nunca.

Lo interesante para el tema de las libertades es que la guerra contra el terrorismo emprendida por Bush ha terminado por hacer pedazos a varias de ellas, pues el gobierno ha realizado actos ilícitos que han quedado impunes, entre los que se puede citar las detenciones secretas de miles de extranjeros, las deportaciones en secreto, la vigilancia intensiva sobre grupos religiosos, las intercepciones de llamadas telefónicas sin autorización judicial y la denegación de derechos a los detenidos en Guantánamo.²¹¹

Uno de los casos más graves que cita Stone es el que se produjo contra José Padilla, ciudadano estadounidense al que el gobierno hizo literalmente desaparecer durante meses. Padilla fue detenido en el aeropuerto O'Hare en Chicago, bajo la acusación de participar en la fabricación de una "bomba sucia". Fue arrestado y enviado a la Prisión Metropolitana de Nueva York, en la que su abogada de oficio adujo que su detención era inconstitucional. Antes de que se pudiera tramitar el correspondiente recurso de *habeas corpus*, Padilla fue llevado por órdenes del secretario Rumsfeld a una prisión militar en Carolina del Norte, bajo la calificación de "combatiente enemigo de los Estados Unidos". No se le dio aviso a nadie del traslado. Ni a sus familiares, ni a sus amigos, ni a sus compañeros de trabajo. Lo mantuvieron incomunicado, sin derecho a tener un defensor o a promover un recurso en su defensa, y sin que se hubiera realizado ninguna audiencia para determinar la legalidad de su detención. Su "desaparición" duró tres años. Stone no duda en describir esta agresión como una muy parecida al "estilo Gestapo".

Cuando el caso finalmente llegó a la Suprema Corte, la administración estadounidense decidió poner fin a los 44 meses de cautiverio de Padilla y le abrió un proceso penal bajo cargos que

²¹¹ *Ibidem*, p. 130.

no tenían nada que ver con la “bomba sucia”. El caso *Padilla vs. Rumsfeld* llegó hasta la Suprema Corte, la cual emitió una sentencia analizando solamente aspectos formales de procedimiento relativos a la competencia para conocer del recurso de *habeas corpus* promovido por Padilla, sin entrar al fondo de la violación de derechos.²¹²

El juez John Paul Stevens, decano de la Corte y líder de su cada vez más exigua ala liberal, escribió un voto particular en el que reconoce expresamente el tamaño de la atrocidad realizada por el gobierno contra la libertad de un ciudadano estadounidense. Sus palabras son las siguientes:²¹³

Lo que está en juego en este caso es nada menos que la esencia de una sociedad libre. Aun más importante que la manera mediante la que el pueblo selecciona a quien le gobierna, son los límites que el Estado de derecho y el imperio de la ley imponen al Poder Ejecutivo. Si el Ejecutivo puede detener libremente a un ciudadano para investigarlo y para impedir actividades subversivas, entonces estamos ante la esencia caracterizada de la arbitrariedad inquisitorial. Garantizar a los ciudadanos el derecho a un abogado es protegerlos de las ilegalidades y arbitrariedades del poder... La detención por el gobierno de ciudadanos subversivos, al igual que la detención de los soldados enemigos para apartarlos del campo de batalla, puede en ocasiones estar justificada para evitar que continúen combatiendo y disparen misiles de destrucción (o que se conviertan ellos mismos en una de estas armas). Pero no se puede en ningún caso justificar con la única finalidad de arrancarles información mediante procedimientos ilegales e injustos. Uno de estos procedimientos es la detención incomunicada durante meses. Resulta irrelevante que la informa-

212 Ronald Dworkin ha analizado la sentencia de este caso y de otros similares en su ensayo “Guantánamo y la Corte Suprema de EUA”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 146, octubre de 2004, pp. 4-11.

213 Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *op. cit.*, nota 183, pp. 669 y 670.

ción que así se haya obtenido sea más o menos fiable que la que se consiga mediante formas de tortura más extremas. Si esta nación quiere permanecer fiel a los ideales que su bandera simboliza, no debe emplear procedimientos propios de tiranos, ni siquiera para defenderse del ataque de las fuerzas de la tiranía.

Otro episodio funesto de la guerra de Bush contra el terrorismo se produjo mediante el sistema de vigilancia autorizado por el fiscal general John Ashcroft, quien en 2002 permitió que se vigilara a grupos religiosos y sociales, aún si no había evidencia alguna de que estuvieran relacionados con actividades ilícitas. Es decir, los vigilaban nada más porque sí, con base en sus creencias religiosas. Por primera vez, en más de un cuarto de siglo, el FBI quedaba autorizado para espiar actividades políticas y religiosas.

La Agencia Nacional de Seguridad (NSA, por sus siglas en inglés) también fue autorizada para intervenir comunicaciones privadas sin contar con una orden judicial, así como para guardar el contenido de esas comunicaciones por un tiempo indeterminado. La medida, que resulta evidentemente inconstitucional, fue severamente cuestionada por un número considerable de profesores de derecho constitucional,²¹⁴ entre los que se encontraban intelectuales tan distinguidos como Ronald Dworkin, Laurence Tribe, el propio Geoffrey Stone, Richard Epstein y Kathleen Sullivan.

La narración de los abusos que se han perpetrado por parte del gobierno de los Estados Unidos durante su “guerra infinita” contra el terrorismo podría prolongarse hasta abarcar varios volúmenes. El exceso de su respuesta inicial, la mala conducción de las guerras en Afganistán e Irak, el desprecio por los derechos humanos dentro y fuera de sus fronteras, la cínica utilización política de los niveles de alerta, la instrumentalización del discurso del miedo, la falta de respeto a las Naciones Unidas y al derecho in-

²¹⁴ Cole, David *et al.*, “On NSA Spying: a Letter to Congress”, *The New York Review of Books*, vol. LIII, núm. 2, 9 de febrero de 2006, pp. 42-44.

ternacional, etcétera, son episodios que merecerían un profundo análisis por separado.

La vida intelectual de los Estados Unidos y muchos otros países también se ha cimbrado luego de los atentados contra las Torres Gemelas. Los más destacados juristas y científicos sociales han debatido con gran intensidad acerca de las mejores vías de respuesta al terrorismo, y han defendido puntos de vista no solamente distantes, sino completamente opuestos. Esa participación tan activa nos ha permitido contar con herramientas de análisis para comprender el tamaño del reto, las posibles salidas, los errores de las partes, la falsedad o verdad de ciertos discursos y, en definitiva, el papel de cada uno de nosotros en este debate.²¹⁵

Al final, más allá de la comprensible confusión que se genera cuando se tiene que enfrentar un desafío que pone en peligro el futuro mismo de toda una civilización, creo que ahora contamos con las bases conceptuales suficientes para formarnos nuestro propio criterio y para actuar en consecuencia, lo que equivale a decir que somos más libres y podemos ejercer nuestra autonomía para pensar y actuar frente al terrorismo y frente a la guerra.

2. *La respuesta (jurídicamente) correcta a la guerra*

La narración de las vicisitudes históricas que ha sufrido Estados Unidos cuando ha tenido que enfrentarse a los dilemas susci-

²¹⁵ No es posible ofrecer una bibliografía, ni siquiera básica, alrededor del fenómeno del terrorismo. Para quienes prefieran los estudios desde una óptica jurídico-política, quizá encuentren interesantes las siguientes referencias, además de algunas de las que ya se han citado: Posner, Eric A. y Vermeule, Adrian, *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Nueva York, Oxford University Press, 2007; Ackerman, Bruce, *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*, Madrid, Península, 2007; Posner, Richard A., *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Nueva York, Oxford University Press, 2006; Tushnet, Mark (ed.), *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency*, Durham, Duke University Press, 2005.

tados por la guerra, nos ponen ante la evidencia de que quienes gobiernan un país deben tener la cabeza fría antes de dar rienda suelta a sus pasiones o a sus miedos.

La mejor respuesta que se puede dar al terrorismo es la que se basa en el Estado de derecho y en la aplicación estricta de las leyes. Si un país democrático decide cruzar la línea que lo separa de los terroristas y se convierte él mismo en violador de derechos fundamentales, no solamente estará tirando a la basura la legitimidad política con la que ejerce sus funciones, sino que les estará haciendo el juego a los propios terroristas. En efecto, lo que busca la violencia terrorista es generar mayor violencia y obtener un reconocimiento político por parte de sus enemigos.

La respuesta serena y contundente que consiste en la aplicación de la ley es la mejor alternativa para poner freno a las acciones terroristas, por un lado, pero también para restarles legitimidad política a sus objetivos homicidas. De esa manera, además, el Estado que ha sido atacado pone una gruesa franja de separación, basada en la legalidad, entre los terroristas y sus fuerzas de seguridad.

Creo que lo anterior queda bien ilustrado si se contraponen la respuesta que el gobierno de los Estados Unidos dio a los atentados de las Torres Gemelas, con la del gobierno de España, motivada por el atentado en cuatro trenes de Madrid el 11 de marzo de 2004. No faltará quien diga que ambos atentados no guardan proporción alguna, y que el de Nueva York fue mucho más sangriento y devastador. Desde luego que hay una gran diferencia entre las dos catástrofes, pero no cabe minimizar el atentado de Madrid, puesto que con sus casi 200 víctimas mortales y más de mil heridos, fue el hecho más sangriento de su tipo producido en suelo europeo después de la Segunda Guerra Mundial.

La respuesta de las autoridades españolas fue la de emplear a fondo a sus fuerzas de seguridad, perseguir y capturar a los presuntos responsables a través de un ejercicio de inteligencia policiaca y de coordinación con otros países, para después juzgarlos a través del tribunal competente previamente señalado por la

ley. Nada de declararle la guerra a otros países, nada de crear cárceles clandestinas para encerrar en secreto a combatientes enemigos, nada de invasiones, ni de torturas, tribunales militares o interrogatorios por medio de la fuerza.²¹⁶

Hay que dejar claro que existe una distancia considerable entre la respuesta militar y la respuesta policiaca a los actos terroristas. La “guerra” contra el terrorismo comporta correr muchos de los riesgos que ya se han visto al repasar la historia de los Estados Unidos: violación de derechos fundamentales, persecución de los disidentes, ahogamiento de la libertad de expresión, intrusiones indebidas en domicilios o intervención de comunicaciones, etcétera.

Además, si la guerra es llevada más allá de las fronteras del Estado en cuestión, entonces se producirá de forma casi inexorable una violación del derecho internacional. Cuando se emprende una acción militar contra grupos que actúan sobre la base de pequeñas células, cuyos integrantes evidentemente no portan uniformes, es probable que aumenten las muertes de civiles, sin que la cantidad de daño infringido guarde muchas veces relación con el daño producido por los terroristas.

Basta pensar en que los atentados a las Torres Gemelas produjeron casi tres mil muertos, pero la invasión estadounidense a Irak ha generado más de 120 mil, muchos de ellos civiles sin responsabilidad alguna en el conflicto, víctimas de la mala suerte que supone el haber nacido en el país equivocado y en el momento equivocado (además de cuatro mil militares estadounidenses muertos, cifra que incluye las bajas estimadas hasta comienzos de 2008).

Una desproporción tan grande entre el daño sufrido y el daño infringido no tiene justificación alguna, por más que se acepte que una sola muerte es ya de por sí una catástrofe, y que el número de víctimas no es el único parámetro con el que se puede

²¹⁶ Greppi, Andrea, “La respuesta a los atentados del 11-M”, *Nexos*, México, núm. 363, marzo de 2008, pp. 31 y ss.

medir la crueldad de los asesinos. Pero tenemos que reconocer que la asimetría entre un atentado terrorista y una respuesta militar es un dato relevante, si se le analiza a la luz del número de víctimas de cada uno.

A menos que se piense que hay unas víctimas que son más importantes que otras, lo que seguramente es una idea muy difundida en varios países. Las muertes de personas que viven en países considerados “enemigos” no son importantes, y da igual si eran mujeres, niños u hombres que iban pasando por la zona de guerra. En cambio, una víctima propia, una víctima del “país de la libertad” tiene un valor superior que llega a justificar, incluso, que se siga matando a los extranjeros enemigos o que se les degrade al rango de no-personas a través de la abyecta práctica de la tortura.

Además de lo anterior, no es difícil constatar que las armas con que cuentan los ejércitos modernos son especialmente inadecuadas para combatir el terrorismo; como lo ha señalado Zygmunt Bauman:

Dado el carácter de las armas modernas de que disponen los ejércitos, las respuestas a actos terroristas de esa clase sólo pueden resultar torpes, burdas y confusas; afectan un área mucho más amplia que la que padeció el acto terrorista inicial, causan un número cada vez mayor de ‘víctimas colaterales’ y de ‘daños colaterales’, y generan más terror del que los terroristas habrían podido producir por sí solos con las armas que tenían a su disposición.²¹⁷

Aparte de lo anterior, también cabe preguntarse —a la luz de lo expuesto en el apartado anterior— sobre el papel de los tribunales durante los periodos de guerra. Como se puede ver al reparar la historia de los Estados Unidos, los abusos de los poderes Ejecutivo y Legislativo han sido confrontados mediante acciones

²¹⁷ Bauman, Zygmunt, *Tiempos líquidos...*, cit., nota 2, pp. 33 y 34.

judiciales. En algunos casos, la respuesta de los tribunales ha sido decepcionante, pero en muchos otros los jueces han estado a la altura de su tiempo, y han puesto un dique a las pulsiones autoritarias de las autoridades civiles y militares.

No cabe duda que, cuando un país enfrenta las convulsiones naturales de la guerra, su estructura constitucional se ve afectada y sus autoridades requieren del uso de facultades extraordinarias para hacer frente a situaciones extraordinarias. Pero, incluso durante una guerra, las autoridades tienen que respetar ciertos derechos. Stone da en el blanco del dilema cuando señala que no se trata de preguntarnos si los derechos fundamentales deben ser protegidos durante un periodo de guerra (la respuesta es indubitablemente sí), sino sobre la mejor forma de proteger esos derechos sin evitar que el gobierno responda efectivamente a una crisis.²¹⁸

La evidencia histórica nos permite concluir, señala Stone, que el Congreso y el presidente han tendido con cierta frecuencia a minar los derechos de los ciudadanos a través de sus desproporcionadas respuestas frente a las amenazas externas e internas, pero nunca se ha visto una respuesta excesiva de los tribunales defendiendo más allá de lo razonable tales derechos. Es decir, los tribunales nunca se han excedido al frenar los abusos de los poderes públicos en defensa de los ciudadanos, de manera tal que sus sentencias hayan lesionado la seguridad nacional o hayan minado la capacidad de respuesta del gobierno frente a los desafíos de la guerra. Por tanto, el problema no ha sido el exceso de celo judicial al momento de proteger los derechos fundamentales, sino más bien lo contrario.²¹⁹

A fin de cuentas, la respuesta más adecuada a las amenazas de la guerra y del terrorismo requiere de la conjunción de una serie de factores y de la responsabilidad de los actores políticos.

²¹⁸ Stone, Geoffrey R., *War and Liberty...*, cit., nota 174, p. 180.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 180.

En el último párrafo de su magnífico libro, Stone señala que para lograr el balance adecuado entre la protección de los derechos y la eficacia de las autoridades para combatir las amenazas, se debe contar con líderes políticos que distingan entre el bien y el mal, jueces que sepan mantenerse firmes frente a la furia de los tiempos que les toca vivir, abogados y académicos que nos auxilién a comprender con claridad la situación, una prensa sensata, libre y responsable, miembros del Poder Legislativo que sean celosos guardianes de la división de poderes, y que insistan en la transparencia del Ejecutivo y en su rendición de cuentas, jueces de la Suprema Corte que tengan la sabiduría de detectar los excesos y el coraje para preservar la libertad cuando se ponga en peligro, pero sobre todo —lo que quizá es más importante que el resto— ciudadanos informados y tolerantes que valoren no solamente sus propias libertades, sino también las libertades de los demás.²²⁰

Cualquier lector mexicano seguramente podría estar tentado a preguntarse si en nuestro país podemos contar con alguno o algunos de estos elementos. Podríamos y deberíamos preguntarnos por el papel que han jugado, en la protección de nuestras libertades, los líderes políticos, los jueces, los abogados litigantes, los académicos encargados de analizar nuestro desarrollo democrático, los medios de comunicación, los diputados y senadores, los ministros de la Suprema Corte e incluso los propios ciudadanos. Es posible que un examen riguroso de cada uno de estos sujetos protagonistas del debate público mexicano arrojara más de alguna decepción. En todo caso es importante contar con el estándar de lo que *debería* hacer cada uno de ellos, a fin de confrontarlo con lo que *realmente hace*, y poder sacar las conclusiones pertinentes.

²²⁰ *Ibidem*, p. 184.

3. *Guerra al narcotráfico y abusos inconstitucionales*

No hay duda que la gran mayoría de la humanidad ha sacrificado la libertad a la menor ocasión por otros fines: seguridad, posición, prosperidad, poder, virtud, recompensas en la vida futura; o justicia, igualdad, fraternidad y muchos otros valores que parecen incompatibles, en su totalidad o parcialmente, con el logro del mayor grado de libertad individual, y que desde luego no la necesitan como precondition de su propia realización.

Isaiah BERLIN

La destrucción violenta de la vida y de la propiedad a causa de la guerra, el continuo esfuerzo y la alarma que provoca un estado de peligro sostenido, llevarán a las naciones amantes de la libertad a buscar el reposo y la seguridad poniéndose en manos de instituciones con tendencia a socavar los derechos civiles y políticos. Para estar más seguros, correrán el riesgo de ser menos libres.

Alexander HAMILTON

La última parte del apartado anterior nos permite entrar a dos aspectos concretos de la relación entre la libertad y la guerra: la forma en que se utiliza el concepto de guerra y la respuesta que frente a los desafíos de la criminalidad organizada ha tenido el Estado mexicano. Hacer este análisis en México es mucho más complicado que hacerlo en los Estados Unidos, dada la falta de cultura de la transparencia, la escasa rendición de cuentas en se-

de parlamentaria, y el muy bajo grado de compromiso de los tribunales en la contención de los excesos por parte de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Con todo, quizá valga la pena apuntar ciertos aspectos destacados que nos permitan comprender mejor la realidad en los difíciles tiempos que nos están tocando vivir a principios del siglo XXI.

En México, por fortuna hace mucho tiempo que no se ha declarado la guerra contra ninguna nación extranjera. La última vez fue con motivo de la entrada de nuestro país en la Segunda Guerra Mundial, en cuyo desenlace las fuerzas armadas mexicanas jugaron un papel menor, y la población no se vio expuesta a los graves daños que siempre se producen durante los conflictos armados.

Sin embargo, cabe advertir que sí se ha hecho presente en México la retórica de la guerra, es decir, la utilización propagandística de conceptos bélicos por parte de algunos gobernantes y también por parte de algunos líderes de opinión. En nuestro caso, se le ha llamado “guerra” al frente de combate contra el narcotráfico que tienen abierto las autoridades de todos los niveles de gobierno, y que se ramifica hacia otras modalidades de la delincuencia organizada (desde el lavado de dinero hasta el robo de autos o el secuestro).

Nadie puede ocultar la gravedad de las amenazas del crimen organizado y su abierto desafío a la institucionalidad del Estado mexicano. Pero dicha gravedad no justifica que se hable de guerra, y muchos menos que se rebasen los límites constitucionales al utilizar herramientas de combate al crimen que no están permitidas por la Constitución.

Cabe recordar que el artículo 129 de la Constitución mexicana es muy claro cuando establece que “en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”. Cualquiera que sea el método de interpretación que se aplique para determinar el significado y el alcance de esta frase, no se puede pasar por alto su clara y contundente prohibición de que las autoridades militares

realicen funciones distintas a las propias de la disciplina castrense y a aquellas otras que guarden con ella estrecha conexión.

Pues bien, a raíz de la lucha contra el narcotráfico, el presidente de la República decidió a partir de diciembre de 2006 enviar a las fuerzas armadas a patrullar las calles y a realizar tareas de seguridad pública. Lamentablemente fueron pocos los analistas que cuestionaron esta inconstitucional decisión, y la misma actitud complaciente pudo observarse en muchas instancias del poder público.

La población, por su parte, se mostró por lo general de acuerdo con la decisión del presidente, seguramente como resultado del asedio permanente de la criminalidad organizada sobre muchas comunidades, y con la esperanza de que los soldados no resultaran tan ineficientes y corruptos como los policías.

Como era de esperarse, al poco tiempo del envío de efectivos militares a diversas entidades federativas, se comenzaron a documentar todo tipo de abusos y violaciones de derechos fundamentales. Entrada en domicilios sin orden judicial, asesinato de familias en retenes, desempeño de sus funciones bajo influjo de varias drogas, etcétera. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tuvo que dedicar varias de sus recomendaciones de 2007 al tema.²²¹

Cuando la opinión pública comenzó a cuestionar la viabilidad de mantener al Ejército en las calles, los defensores de la idea citaron un precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que avalaba la constitucionalidad de las medidas. En efecto, en enero de 1996 un grupo de diputados de oposición impugnaron ante el Pleno de la Suprema Corte, por medio de la interposición de una acción de inconstitucionalidad, un par de fracciones del artículo 12 de la “Ley General que establece las Bases de la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública”. La objeción de fondo de quienes impugnaron la constitucionalidad

²²¹ Todas ellas pueden verse en www.cndh.org.mx.

de una parte de ese precepto tenía que ver con la posibilidad de que los militares se vieran involucrados en tareas de seguridad pública, lo cual —bajo su óptica— viola claramente la primera parte del artículo 129 constitucional,²²² de acuerdo a lo que ya hemos expuesto.

Por lo que hace a la interpretación del artículo 129 (en la acción de inconstitucionalidad, los demandantes hicieron valer violaciones también a otros preceptos constitucionales), la Suprema Corte sostuvo una visión de carácter histórico:

Estableciendo que al discutirse por el Constituyente de 1857 el texto que sirvió de base al artículo 129 de la Constitución de 1917, se trató de evitar que el Ejército pudiera actuar por sí y ante sí, y se buscó que al hacerlo quedara sujeto a las órdenes de las autoridades civiles. Partiendo de la intención atribuida al Constituyente de 1857, la Corte sostuvo que las autoridades militares podían actuar en auxilio de las civiles siempre que estas últimas las requirieran para tal efecto.²²³

La Corte se apoyó también en lo dispuesto en la fracción VI del artículo 89 constitucional que faculta al presidente de la República para disponer de “la totalidad de la fuerza armada o sea del Ejército, de la armada y de la fuerza aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación”, y en criterios “más bien pragmáticos y consecuencialistas”.²²⁴

Si hacemos a un lado los abusos contra los derechos humanos, mismos que ya han costado la vida de familias enteras incluyendo la de menores de edad, lo peor de utilizar al Ejército para

²²² Una muy apretada pero completa síntesis de los planteamientos y de las respuestas de las autoridades demandadas se puede ver en Cossío, José Ramón, “La pluralidad de sentidos de las normas constitucionales, las fuerzas armadas y la seguridad pública”, *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998, pp. 99-104.

²²³ *Ibidem*, p. 103.

²²⁴ *Idem*.

combatir al narcotráfico ha sido la legitimación en el discurso público de la lógica de la guerra. Eso ha producido, entre otras consecuencias, que se haya difundido la percepción de que, como estamos en guerra, todo vale. Además, el discurso ha servido para reforzar un liderazgo personal del presidente de la República, quien ha aparecido en decenas de ocasiones junto a los jefes militares, incluso ataviado con uniforme castrense.

Lo cierto, sin embargo, es que los mismos argumentos que se han dado en el apartado anterior sobre la mejor forma de combatir al terrorismo, pueden también aplicarse a la lucha contra el narcotráfico. Lo mejor que puede hacer un Estado de derecho es enfrentar a los violentos utilizando las armas de la legalidad.

Es comprensible que sea difícil combatir al narcotráfico cuando corporaciones enteras de la policía están infiltradas o son corrompidas por los grandes capos del crimen organizado. Pero hacerlo por fuera de los cauces de la ley puede ser tanto o más peligroso. Todos los mexicanos deseamos que el Estado combata con energía y decisión a quienes violan las leyes. En esto todos estamos con el presidente y lo apoyamos. Pero creo que tiene sentido discutir la mejor forma de lograr ese objetivo. Las autoridades civiles deben ser las encargadas de investigar, detener y en su caso procesar a los presuntos narcotraficantes, sin que haya para ello ninguna excusa.

Apelar a las fuerzas armadas tiene un costo político considerable. Por un lado se corre el riesgo ya mencionado de que los militares violen derechos fundamentales y utilicen herramientas propias de la guerra para perseguir a delincuentes comunes y corrientes (como sucedió en Michoacán durante un ataque a una casa en la que se habían refugiado un grupo de presuntos narcotraficantes, contra la que el Ejército prefirió utilizar fuego de tanquetas y armas de alto calibre en vez de ejercer la disuasión para que se rindieran; el resultado fue que todos los que estaban dentro de la casa murieron).

Por otra parte, al tener un papel político más relevante, las fuerzas armadas pueden ponerse en una posición de exigir bene-

ficios, privilegios y prebendas al poder civil. Por ejemplo, pueden exigir que el fuero castrense para juzgar a militares sea lo más amplio posible, tal como viene sucediendo en los últimos años, dado que algunos militares acusados de cometer delitos contra civiles son investigados y procesados por autoridades militares, violando de esa forma el artículo 13 constitucional cuando dispone que:

Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

4. *La alternativa radical*

Hay una forma radical, aunque poco aconsejable, para hacer a un lado las libertades con el propósito de enfrentar sin obstáculos el terrorismo o el narcotráfico: apelar a la suspensión de derechos, prevista en México en el artículo 29 de la Constitución.

La suspensión de derechos dentro de un Estado democrático es una medida que debe ser utilizada con mucha precaución. La experiencia histórica nos indica que, a pesar de que su finalidad consiste en la protección excepcional del Estado cuando se deben enfrentar retos mayúsculos, muchas veces se ha utilizado para lo contrario; es decir, en diversos momentos de la historia—sobre todo en América Latina— se ha acudido a la suspensión de derechos para liquidar sistemas democráticos e imponer gobiernos *de facto* de corte autoritario o dictatorial.

Conviene recordar que la suspensión de derechos es una institución que no tiene por efecto aumentar los poderes de los gobernantes, sino permitir tomar medidas de carácter extraordinario dentro del marco de las reglas del Estado de derecho. No es una invitación a la arbitrariedad, sino justamente su mecanismo de

contención bajo situaciones de emergencia. Debe en todo caso estar fundada y motivada. Debe también disponer medidas de respuesta proporcionadas a la situación de peligro por la que se están suspendiendo los derechos.

La decisión de decretar una suspensión de derechos debe ser siempre revisable por los tribunales nacionales e internacionales, ya que la mejor forma de evitar abusos por parte del gobierno al utilizar esta figura es a través de su judicialización, como lo ha propuesto Héctor Fix-Zamudio.²²⁵ De esta manera se someten las decisiones gubernativas en la materia a un control de constitucionalidad y legalidad a cargo de los jueces y, sobre todo, se pone de manifiesto que no se trata de una “cuestión política” que queda fuera del ámbito de supervisión del Poder Judicial. El mismo autor afirma que:

*La revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan con motivo de las declaraciones de los estados de excepción, incluyendo las declaraciones mismas, en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados.*²²⁶

Aunque la Constitución no lo establece expresamente, en México no todos los derechos pueden suspenderse. No lo pueden ser por mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 27.2 no permite la suspensión de los derechos previstos en sus artículos 3o. (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4o. (derecho a la vida), 5o. (dere-

²²⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 136.

²²⁶ *Idem.*

cho a la integridad personal),²²⁷ 6o. (prohibición de la esclavitud), 9o. (principios de legalidad y retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos de la niñez), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), así como de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.²²⁸

Durante muchos años, el tema de la suspensión de derechos y garantías ha tenido un desarrollo menor al que hubiera sido oportuno dentro de la teoría constitucional mexicana. Este fenómeno quizá esté justificado por el hecho, ciertamente plausible, de que en México no se ha acudido a las medidas de suspensión con la frecuencia que lo han hecho otros países de América Latina.²²⁹ Si bien es deseable que nuestro país se mantenga en esa posición y no caiga en tentaciones represivas de corte autoritario, lo cierto es que hay elementos en el contexto internacional que nos permiten sostener la pertinencia de reflexionar con una mirada nueva sobre el tema. De hecho, como ya se ha visto, algunos de los teó-

²²⁷ Véase el artículo 5o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que establece la prohibición de justificar la tortura aun en estados de guerra, emergencia, sitio, conmoción interior, etcétera.

²²⁸ En sentido parecido debe verse el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 8/87 “El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” y 9/87 “Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”; ambas opiniones consultivas se pueden consultar en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH, 2003, t. II, pp. 869 y ss.

²²⁹ Héctor Fix-Zamudio, en referencia al siglo XIX latinoamericano, apunta que “en una época de inestabilidad política en Latinoamérica, debido a las continuas revueltas y los golpes de Estado auspiciados por los caudillos, predominantemente militares, abundaron las represiones extraconstitucionales, ya que las declaraciones de emergencia se utilizaron con el fin contrario a su regulación, es decir, en lugar de la conservación del orden constitucional se produjeron largos periodos de gobiernos autoritarios”, *op. cit.*, nota 225, p. 130.

ricos más destacados a nivel mundial dentro del campo de constitucionalismo han dedicado importantes esfuerzos a replantear la representación tradicional que tenemos de la forma en que el Estado constitucional debe responder frente a las emergencias, sobre todo frente a las derivadas de posibles ataques terroristas.

¿El desafío que la criminalidad organizada ha lanzado al Estado mexicano amerita una suspensión de derechos, aunque sea de forma acotada temporal y geográficamente? Aunque la situación es realmente grave en muchos municipios y en algunas entidades federativas, creo que todavía puede ser manejada utilizando las vías “normales” que ya están previstas en el sistema jurídico mexicano, sin recurrir a la figura de la suspensión.

Con todo, no hay que olvidar que el factor del miedo de la población y la desmesura de los políticos pueden suponer, en este tema, una combinación letal. Las frases de Isaiah Berlin y de Alexander Hamilton que encabezan el presente apartado nos advierten de una experiencia universal: los pueblos prefieren ceder su libertad a favor de mayor seguridad.

Cuando las personas no se sienten seguras, prefieren ceder parte de sus derechos fundamentales y permitir ciertos abusos de las autoridades, pensando que de esa manera se podrán combatir mejor las causas de su miedo y de su zozobra. Lo cierto es que hay que estar advertidos de los riesgos que eso supone. Las libertades civiles han sido conquistadas precisamente como una forma de poner límites al poder público despótico.

Las reglas del debido proceso legal no son inventos literarios ni artificios académicos sin significado ni contenidos prácticos. Por el contrario, son el resultado de siglos de reflexión acerca de la mejor forma de acercarse a la verdad de los hechos dentro de un proceso o de una investigación criminal. Son escudos de protección de los más débiles frente al poder del Estado.

Los derechos de libertad son los que nos permiten vivir como personas autónomas, que pueden desarrollar sus planes de vida sin tener el permanente temor a que el Ejército se meta en sus ca-

sas, que intervenga sus llamadas de teléfono o que los detenga sin causa alguna para llevarlas a una prisión militar. Nada de eso es compatible con una sociedad democrática y ni siquiera el enorme desafío del crimen organizado justifica un recorte de nuestras libertades, que tanto ha costado ganar.