

CONSIDERACIONES SOBRE TERRORISMO

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Régimen penal del terrorismo*. III. *Casos ante la jurisdicción interamericana de derechos humanos*. IV. *Regulación derivada de los hechos del 11 de septiembre*.

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad, en su relación esencial con el poder—primero, el poder del más fuerte; luego, el poder del investido para ejercer el monopolio de la fuerza: el Estado de la era moderna—, puede analizarse desde una doble perspectiva. Por una parte, los hombres han procurado su seguridad y construido, para ello, las formas de garantizarla a través del desempeño de la autoridad formal; por la otra, se han ocupado en erigir los medios de precaverse contra el ejercicio de la autoridad, siempre tentada al abuso y al exceso, que provienen del arbitrio y de su expresión desmedida: el capricho. En esta difícil dialéctica nos hallamos inmersos todavía, y todo hace suponer que lo estaremos durante mucho tiempo: acaso todo el tiempo. Hechos de ayer y de ahora ponen a prueba los progresos operados en ambas dimensiones de la relación del hombre con el poder.

* Fue secretario del Trabajo y Previsión Social en México y procurador general de la República. Es juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM.

No pretendo analizar aquí este asunto crucial, pero tampoco puedo pasarlo por alto cuando se examinan, así sea de manera sucinta, algunos de los problemas que suscita la lucha estatal contra el terrorismo, una de las plagas de nuestro tiempo. Antes de entrar en esas consideraciones —que formularé a la vista de ciertos temas específicos, más bien que a través de un análisis sistemático de la materia— debo traer a cuantas algunos datos fundacionales del Estado de derecho. Contribuirán a zanjar el dilema —un falso dilema, desde luego— que algunos plantean entre las exigencias de la seguridad y las reclamaciones de los derechos fundamentales.

Uno de esos datos básicos del Estado de derecho, que radica en las grandes declaraciones del final del siglo XVIII, enlaza con el grave tema de la seguridad, que puede ser examinado desde diversas perspectivas. En una de ellas, la seguridad constituye un derecho humano —natural e imprescriptible, dijo el artículo 2o. de la *Déclaration* de 1789— directamente exigible al poder público. En rigor —propuso ese mismo instrumento germinal, que influiría en el constitucionalismo posterior, hasta nuestros días—, la tutela de esos derechos constituye el fin de toda asociación política. Poco después, esta fórmula francesa llegaría a la Constitución insurgente de Apatzingán y, al cabo de varias décadas, a la Constitución republicana de 1857.

La seguridad de la que hablo, pensada como muralla frente al gobernante absoluto —la escritura política se erige en el ocaso del absolutismo y se concibe para destruirlo: es, de alguna manera, una carta de liquidación en respuesta a las *lettres de cachet*—, también tiene una vena tendida hacia los otros integrantes de la sociedad. Deseamos y necesitamos seguridad frente y contra el poderoso formal, pero también —y de ahí el surgimiento del Estado— contra el poder informal: el vencedor natural en el ambiente de la selva, cuando en ésta sólo campean el ingenio o el vigor de sus habitantes. Mucho tiempo después, esta idea aparecería en el carácter vinculante de la Constitución —tutela

de valores esenciales, radicales— no sólo para el poder público, sino también para todas las personas.

Lo anterior, trasladado directamente al terreno en el que ahora trabajamos, lleva a identificar dos espacios de terrorismo. En uno de ellos trabaja el terrorismo de Estado —o de gobierno, o de instituciones—, que aparece cuando el poder público arremete contra los ciudadanos, y específicamente contra los inconformes, diferentes o disidentes, pretendiendo “uniformar” la sociedad bajo un pensamiento único establecido con violencia. Aquí se plantea un extenso catálogo de hipótesis de abuso del poder, que posee efectos “correctivos” para aquel sobre quien se despliega específicamente, pero también “preventivos” con respecto a aquellos a quienes se pretende intimidar. Obviamente, no me refiero a la natural eficacia disuasiva del aparato penal montado y operado con legitimidad, dentro de las fronteras del sistema penal democrático —en el que campean la mínima intervención del Estado y el despliegue del garantismo—, sino a su versión exacerbada, desmedida, que no sólo impone lo que no se debe imponer, sino actúa como no se debe actuar. No se trata sólo de un matiz, aunque pudiera parecerlo en un examen superficial de las normas: entre la intimidación terrorista y la prevención general legítima media un abismo.

La segunda versión del terrorismo, que es el objeto de las presentes consideraciones, se ejerce desde otro punto de la pirámide social: la base, en sus más oscuras regiones, no obstante que entre los terroristas militen estudiantes e intelectuales. Es posible que se aliente o se tolere desde algún centro de poder, interno o externo, aunque lo frecuente es que se halle fuera de éste y se proponga obtener la abolición de la autoridad formal del Estado, la realización de ciertos actos por parte de los gobernantes o la transferencia del poder. A estas desviaciones se suele reservar la denominación de terrorismo. Hay, por supuesto, numerosas conductas ilícitas y punibles que se clasifican de otro modo —aunque luego se reunifiquen como terrorismo, según ocurre en la regulación internacional—, atendiendo a las carac-

terísticas del hecho, de la víctima o del daño: ataques contra la seguridad de la aviación, toma de rehenes, violación de inmunidades, etcétera.

Ni podemos ni queremos prescindir de la seguridad: ésta confiere paz a nuestras vidas y certeza a nuestras relaciones. El poder público, constituido a través de una hipotética cesión de libertades afirmada en cierto contrato social, tiene la encomienda de garantizar la seguridad de todos los ciudadanos. Ahora bien, esa garantía no puede ejercerse de cualquier manera: Leviatán, con las manos desencadenadas, pondría fin a nuestras libertades bajo el pretexto de la seguridad colectiva y el beneficio común. Ha sucedido y puede ocurrir muchas veces más. Por ello la estructura normativa, institucional y aplicativa del Estado cuenta con dos elementos característicos. Al control del poder político a través de los medios de “autocontrol”, en una instancia, y de “heterocontrol” democrático, en la otra, que implican contención de aquél en su relación con las personas, se agrega el control de éstas —individuos o grupos— por medio de ciertas normas e instituciones llamadas, ante todo, a impedir el desbordamiento, y luego a sancionarlo, cuando la prevención fracasa. La vigilancia de la conducta —lo mismo la del gobernante que la de los conciudadanos— se ejerce a través del principio de legalidad, que constituye la frontera para uno y otros.

Vale agregar que la garantía de la seguridad implica, so pena de caer en la utopía, la existencia y el despliegue de la fuerza pública, que es más que una gendarmería o una institución armada; y que esta fuerza se halla instituida —cito ahora el artículo 12 de la *Déclaration* francesa— “en beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes es confiada”. En fin de cuentas, la legalidad democrática reside en la idea de que “la ley es la expresión de la voluntad general” (*id.*, artículo 6o.), y debe reunir, para que sea legítima y atendible, ciertos rasgos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto en relieve al sostener —en la Opinión Consultiva 6/86, del 9 de mayo de 1986— que las leyes a las

que se refiere el artículo 30 (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) son “actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo” (párr. 35).

La ley que garantiza la seguridad y la observancia de otros derechos, fija también las hipótesis en las que éstos pueden verse restringidos o suspendidos. Se trata de supuestos de gravedad extrema, en los que se autoriza al poder público a acudir a expedientes de fuerza inadmisibles en condiciones normales. Para que éstos resulten legítimos es preciso que las alteraciones en el sistema de derechos sean razonables y proporcionales al peligro que se trata de enfrentar. Además, hay fronteras infranqueables: ciertos derechos no pueden ser desatendidos en ninguna circunstancia. Mencionemos algunos ejemplos, a la luz del artículo 27 de la misma Convención Americana: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, los principios de legalidad e irretroactividad y las garantías judiciales indispensables para la protección de todos ellos (así, *habeas corpus* y amparo).

Dije antes que se ha planteado un falso dilema entre seguridad pública y derechos humanos, dilema que también pudiera invocarse —y se invoca— en el encuentro entre esos derechos y la seguridad nacional. La falacia del dilema radica, en la gran mayoría de los casos, en la supuesta necesidad de arrasar los derechos para preservar la seguridad. Los derechos serían, así, el obstáculo para la seguridad. Puesto en otros términos, la vigencia de la Constitución significa desprotección de la sociedad. Empero, dista mucho de hallarse probada la necesidad de “desmontar el Estado de derecho” para asegurar la observancia del derecho mismo y garantizar los derechos de los individuos. Peor aún, el desmontaje de la legalidad —erosionada desde diversos extremos— pudiera anunciar la ruina futura del orden jurídico y el retorno a condiciones de tiranía, más o menos encubiertas, de las que hace tiempo salió una buena parte de la humanidad.

Estos razonamientos enlazan con una convicción: el Estado no puede emplear las armas que utiliza el infractor; el Estado no

debe convertirse en infractor; la violación de la norma y el desprecio de la ética, que son característica del criminal, no pueden serlo del Estado llamado a combatir la criminalidad. El Estado dispone de otros medios —legítimos y eficaces— infinitamente más poderosos que aquellos de los que podría valerse el delincuente: debe emplearlos a fondo, en vez de acudir a los que éste utiliza. Para ilustrar estas afirmaciones conviene mencionar el caso de la tortura: no existe justificación alguna para el tormento como medio de investigación criminal o de sanción penal. El ejercicio de la justicia no responde solamente al objetivo de la eficacia —que, por supuesto, no se puede perder de vista—, sino también al de la ética y la legitimidad. Esto, que por definición no interesa al delincuente, debe interesar —también por definición— al poder público en la moderna sociedad democrática.

En algunos instrumentos internacionales de reciente fecha se ha cargado el acento sobre la necesidad de combatir con energía el terrorismo y preservar con firmeza los derechos fundamentales. En la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de 2002 —que analizaré *infra*, *sub* II—, el artículo 15 lleva el epígrafe “Derechos humanos”. El párrafo 1 de este precepto señala que “las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”. El párrafo 2 previene que quedan incólumes los derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, y particularmente las normas de las Cartas de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. Finalmente, el párrafo 3 asegura los derechos y garantías de los detenidos, los encausados y las personas contra quienes se adopten medidas vinculadas a la lucha contra el terrorismo, en los términos de la citada Convención.

En la Asamblea General de la OEA en la que se suscribió esa Convención Interamericana, México prohió y obtuvo una

resolución bajo el rubro de “Derechos humanos y terrorismo”. Se resolvió “reafirmar que la lucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto a la ley, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas para preservar el Estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el hemisferio” (1); y “corroborar el deber de los Estados miembros de garantizar que todas las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo se ajusten a las obligaciones del derecho internacional” (2). Se trata, en fin de cuentas, de cargar el acento sobre pretensiones que ya figuran —además, con carácter jurídicamente vinculante— en la Convención del 2002. El énfasis agregado por la resolución pone de manifiesto las corrientes preocupaciones en torno a los problemas y peligros que entraña el combate al terrorismo.

Las acechanzas contra el orden jurídico, aligerado o desvanecido, condicionado o reducido, obedecen a factores que no podemos ignorar. Éstos han militado desde hace tiempo —y esa militancia crece— en el catálogo de fundamentos del dilema seguridad-derechos humanos al que me he referido. Entre ellos destaca la persistencia de la criminalidad tradicional, exacerbada, y la aparición y desarrollo —hasta límites insospechados e inaceptables— de una criminalidad más o menos novedosa que se distingue de los delitos tradicionales por la organización en gran escala —dentro y fuera de un país: trascendencia criminal—, el empleo creciente de la tecnología, la difusión del peligro y la capacidad de causar daño indiscriminado y devastador. En algunas de sus manifestaciones más inquietantes, esa (relativa-mente) nueva criminalidad esgrime lemas políticos, éticos o religiosos con los que pretende “justificar” sus depredaciones. Difícilmente habría mejor ejemplo de esta situación que el terrorismo, tema de mis actuales comentarios.

En las líneas anteriores he procurado sugerir, someramente, algunas referencias que debe considerar el análisis jurídico-político del terrorismo en la actualidad. Obviamente, ninguna de las reflexiones que he expuesto o de las que en seguida mani-

festaré podría interpretarse, ni remotamente, de manera que justifique o modere el juicio adverso hacia el terrorismo, que es preciso combatir sin tregua y uno de cuyos datos más deplorables es la siembra de peligro y la producción de daño —físico o moral— en agravio de personas inocentes. Sólo pretendo examinar el marco de las acciones públicas en este campo, llamadas a fortalecer la defensa del Estado de derecho, la libertad y la democracia, sin generar, en esta empresa, daños mayores precisamente para los bienes que se procura defender. De ocurrir lo contrario, caeríamos en una amarga paradoja y retrocederíamos en el camino de la historia.

II. RÉGIMEN PENAL DEL TERRORISMO

La regulación penal sobre terrorismo se extiende en dos vertientes, y en cada una de ellas cuenta con diversas manifestaciones. Hay normas en el plano internacional y en el nacional, que es el objeto preferente de las siguientes líneas. Se ha querido articular una “coraza” protectora del ser humano contra aquellas expresiones de la criminalidad. Las piezas nacionales —abundan las normas domésticas sobre terrorismo— y las internacionales se articulan como elementos de esa coraza, que deben operar en forma concertada y eficiente. Estas tareas no suelen disponer del punto de referencia que parecería indispensable para contar con un sistema homogéneo y seguro: una definición del terrorismo, pacíficamente aceptada. En un amplio y bien informado estudio acerca del terrorismo, particularmente en la legislación española y en el plano internacional, Consuelo Ramón Chornet concluye que “es evidente que hasta hoy ninguna (de las definiciones aportadas sobre aquél) ha resultado verdaderamente satisfactoria, por constituir, normalmente, definiciones incompletas que no abarcan la complejidad del fenómeno”. Éste suscita múltiples cuestiones: origen, motivos, sujetos activos, medios, efectos, finalidades, trascendencia... De todo ello derivan los proble-

mas para acotar, en una caracterización final y uniforme, el tema del terrorismo.

En el ámbito internacional ha sido constante el esfuerzo por establecer la obligación de los Estados de actuar contra el terrorismo, con los consiguientes compromisos específicos, sus medios, instrumentos y límites. Dejo de lado los precedentes de mayor o menor significación, entre ellos particularmente los Convenios de Ginebra, de 16 de noviembre de 1937, para la Prevención y Represión del Terrorismo y para la creación de un Tribunal Criminal Internacional. Abiertos a firma el 16 de noviembre de ese año, el primer convenio fue suscrito por 24 Estados, pero sólo ratificado por la India, y el segundo fue firmado por 13 y no tuvo ninguna ratificación. Hay diversos instrumentos vigentes de alcance universal o regional. Por razón de su fecha, cito en primer término el Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo, del 27 de enero de 1977, que gira en torno a la extradición entre los Estados contratantes. Se ha dicho —cito nuevamente a la profesora Chornet— que más que un pacto sobre terrorismo lo es acerca de la extradición de responsables de actos terroristas.

La Organización de las Naciones Unidas ha abordado esta cuestión en diversas oportunidades, a través de varias resoluciones de la Asamblea General, entre ellas la número 49/60, de 9 de diciembre de 1994, por la cual aprobó una importante declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. Agreguemos —sin pretender agotar, en modo alguno, el ancho panorama de esta materia— el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, del 12 de enero de 1998, y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, del 10 de enero de 2000. En el ámbito americano se cuenta con la muy reciente Convención Interamericana contra el Terrorismo, suscrita el 3 de junio de 2002, durante el Trigesimosegundo Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos. Interesa mencionar que la propia Asamblea adoptó

también la resolución sobre “Derechos humanos y terrorismo” que mencioné en la primera parte de estos comentarios.

Más que aportar una definición del terrorismo, sobre la cual se construyan los compromisos internacionales, se ha optado generalmente por remitir a una serie de instrumentos en los que se previenen diversas conductas punibles y de cuyo conjunto se infiere un concepto, no siempre claro y seguro, acerca del terrorismo. Esto se observa en algunos de los instrumentos mencionados en los párrafos anteriores —significativamente el Convenio europeo y la Declaración del 9 de diciembre de 1994, que recuerda 17 tratados internacionales vigentes relativos a diversos aspectos del terrorismo internacional—. Sesenta años antes, el primer artículo del proyectado Convenio de 1937 suministraba un concepto interesante acerca del terrorismo: “hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza sea provocar el terror en personalidades determinadas, grupos de personas o entre el público”, noción complementada con la referencia limitativa a una serie de actos específicos que revestían aquel carácter.

Por todos los instrumentos internacionales, citaré la relación a la que remite la Convención Interamericana del 2002, cuyo objeto explícito es “prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo”; con esta finalidad, los Estados “se comprometen a adoptar las medidas necesarias y fortalecer la cooperación entre ellos” (artículo 1o.). La Convención Interamericana entiende como “delito”, para los efectos del propio instrumento, los ilícitos establecidos en una serie de convenios, que devienen aplicables precisamente bajo el concepto de persecución del terrorismo. Los mencionaré en el orden que acoge ese documento continental —de manera semejante a otros de alcance mundial—: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970), Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971), Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente prote-

gidas, inclusive los agentes diplomáticos (AG de Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1973), Convención internacional contra la toma de rehenes (AG de Naciones Unidas, 17 de diciembre de 1979), Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares (Viena, 3 de marzo de 1980), Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 24 de febrero de 1988), Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 10 de marzo de 1988), Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas (AG de Naciones Unidas, 15 de diciembre de 1997) y Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo (AG de Naciones Unidas, 9 de diciembre de 1999).

La Convención Interamericana no alude expresamente a otras conductas que pudieran quedar abarcadas por el sistema de regulación que instituye. En este sentido pudiera tener mayor alcance el Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo, que sin referirse a instrumentos específicos contempla cualesquiera actos que ataquen la vida, la integridad corporal o la libertad de personas con derecho a protección internacional, los delitos que impliquen rapto, toma de rehenes o secuestro arbitrario, los delitos que impliquen utilización de diversos instrumentos explosivos “en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas”, la tentativa de comisión de los delitos mencionados por el Convenio y la participación —a título de coautor o cómplice— en la perpetración o la tentativa de comisión de aquéllos (1, c, d, e y f).

La misma Convención continental prevé un amplio conjunto de medidas de colaboración interestatal para la lucha contra el terrorismo, favorece la incorporación de los Estados a los instrumentos internacionales mencionados, pone acento en los supuestos de financiamiento de actividades terroristas, lavado de

dinero y aseguramiento de bienes, regula la extradición y el traslado bajo custodia, niega la condición de delitos políticos a los ilícitos recogidos en aquellos instrumentos, impide que se conceda asilo o se atribuya la calidad de refugiados a los inculpados por esos delitos, preserva la jurisdicción territorial de los Estados partes, etcétera.

Creo pertinente formular aquí algunas consideraciones complementarias acerca del derecho penal internacional, y especialmente en torno a la jurisdicción penal de este alcance, llamada a pronunciarse sobre delitos de trascendencia internacional, como puede ser el terrorismo. La preocupación mundial a la que me he referido acredita la pertinencia de sujetar este género de delitos a esa jurisdicción.

Ya es larga —de más de un siglo— la historia del derecho penal internacional, sustentado en la identidad cultural sobre los bienes mayores de la vida social, en la trascendencia creciente del delito y en el rechazo a la impunidad. Desde un punto de vista práctico, la persecución de los criminales, más allá de las fronteras de una comunidad, pudo revestir escasa importancia —y carecer de urgencia, por lo mismo— en la era de las sociedades más o menos aisladas e incomunicadas. El crimen sólo alcanzaba a unas cuantas personas y se resolvía en un pequeño espacio humano y territorial. El antiguo delito tenía cierto aire doméstico: el victimario y la víctima se hallaban identificados, aquél solía actuar por motivos *intuitu personae*, el peligro o el daño quedaban encerrados en el recinto de un hogar, un barrio, una ciudad. En éste se consumaba el delito, se desplegabla el juicio y se aplicaba —por mano de la víctima o sus allegados, o bien, por mano del poder público— la sanción correspondiente. Era menor, en general, el riesgo de que el delito quedase impune, a no ser por la fuerza incontrastable del infractor, que subordinaba la capacidad de reacción del ofendido. Por otro lado, la propia comunidad ofendida podía optar igualmente por el extrañamiento del infractor: la expulsión de la ciudad, el destierro, la exclusión civil.

Las cosas cambian cuando se modifican las características de la criminalidad, al parejo de la evolución de las relaciones sociales. Algunos delitos —cuyo número y complejidad crecen— van más allá del antiguo recinto: trascienden las fronteras del barrio o la ciudad, y en ocasiones las de la nación, sea porque las conductas que los constituyen tengan ese alcance, sea porque sus consecuencias se desplieguen más allá del sitio en el que se comete la infracción. Por otro lado, la vulneración de bienes que interesan a un sector cada vez más extenso de la humanidad, representado por un número cada vez mayor —hasta acercarse a la unanimidad— de los Estados modernos, suscita igualmente una reacción muy amplia que ya no se reduce por las fronteras nacionales. La mundialización de la delincuencia obliga a la mundialización de la lucha contra la criminalidad y prohija un régimen jurídico de gran alcance.

Sin desbordar necesariamente o cancelar aquellas fronteras, la reacción demanda una actividad concertada, sistemática y duradera que persiga al delincuente dondequiera que se encuentre. El brazo de la justicia debe ser tan largo como lo requieran la captura y el enjuiciamiento del criminal, aunque ese brazo no corresponda a quien dictó la norma violentada. Surge la nueva obsesión, concretada en una expresión beccariana: que no haya lugar en el que encuentre asilo el criminal; la punición, contrapartida de la impunidad, constituye la naciente divisa del sistema penal; punición que enlaza, por lo demás, con una de las finalidades de este sistema y de las sanciones que contempla: la prevención general, la intimidación de los no culpables, potenciales infractores, como consecuencia del castigo de los culpables, delincuentes actuales.

Todo esto genera, finalmente, un derecho penal internacional que modera los rasgos de territorialidad sustantiva, adjetiva y ejecutiva del derecho penal clásico. La persecución allende las fronteras se expresa en diversas formas. Una de ellas es la operación de la justicia penal nacional, convenientemente internacionalizada o transnacionalizada: persecución de delitos perpe-

trados fuera de la jurisdicción nacional del Estado que persigue, sea que se realicen en lugares sobre los que no se extiende ninguna jurisdicción nacional —el mar libre, por ejemplo—, sea que se ejecuten en lugares sobre los que existe cierta competencia nacional, que en la especie no actúa, cuando también se presentan otros datos que justifican la actuación del perseguidor: *verbi gratia*, que la víctima sea de la nacionalidad de éste.

Sin embargo, esa persecución por encima de las fronteras sigue correspondiendo al ejercicio de un solo poder nacional; aún no tiene, propiamente, el signo de una verdadera persecución internacional, es decir, realizada “entre” naciones. Ésta se presenta, en cambio, cuando más de un país interviene, colaborando con otro y al amparo de normas que los obligan o los facultan, en la investigación o el enjuiciamiento de un hecho delictuoso. Aquí se plantea ya el derecho penal internacional. Cherif Bassiouni destaca las dos acepciones de este concepto. Una de ellas, que se concentra en las expresiones internacionales del derecho penal, implica la asistencia penal entre Estados soberanos y corresponde, sobre todo, a los temas procesales de la persecución: así, la práctica de investigaciones o el cumplimiento de actos de auxilio jurisdiccional, como son los desencadenados por el régimen de extradición.

Otra de esas acepciones versa sobre la aplicación internacional de normas de este mismo orden, que crean delitos y ordenan penas, más allá del ámbito legislativo de un solo Estado. Atañe a los temas sustantivos de la persecución. Se trata, en la especie, de expresiones penales del derecho internacional: a éste corresponde, en efecto, la tipificación criminal de las conductas ilícitas, la definición de las sanciones aplicables, el enjuiciamiento de los responsables y la ejecución de las penas. Es evidente que esta segunda versión del derecho penal internacional significa una más genuina persecución internacional, con desplazamiento —finalmente— de las jurisdicciones nacionales (sin perjuicio de que éstas conserven la calidad de originales, principales o preferentes, y aquéllas la condición de subsidiarias o complemen-

tarias, como ocurre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero no en los estatutos de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda), y refleja una determinación radical en contra de la impunidad. Significa, por lo demás, una etapa más avanzada en la construcción del derecho internacional convencional.

El derecho penal internacional, en el segundo de los sentidos a los que me he referido, tiene una historia casi centenaria a partir de las propuestas vinculadas a la tutela de las normas humanitarias aplicables en casos de conflictos bélicos. Este planteamiento, que no prosperó, se vincula con las preocupaciones generosas de Gustave Moynier y la Cruz Roja Internacional. Hubo luego otras propuestas —entre ellas la muy relevante, ya citada, que se concreta en los proyectos de Ginebra, de 1937— para el establecimiento de la jurisdicción internacional. No pretendo recorrer el camino formador del actual Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998, que entró en vigor en julio de 2002 y en cuyo sistema cuentan numerosos Estados —más de 80 en septiembre de este último año—, no todavía México. Ese camino se inició, propiamente, al cabo de la Segunda Guerra Mundial, sobre las huellas de los tribunales de Nüremberg y Tokio.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional —o Estatuto de Roma— es un ordenamiento penal sustantivo, adjetivo, ejecutivo y orgánico. En él se acogieron las disposiciones incriminadoras y sancionadoras que debieron ser materia —conforme a los trabajos previos— de un código penal internacional. Hoy, éste se aloja en el Estatuto. El difícil concierto de las naciones, que significa conciliación de fuerzas e ideas políticas, pero también de doctrinas, dio como resultado una preceptiva penal muy discutible. El catálogo de los delitos sujetos a la competencia material de la Corte Penal Internacional, que integran, desde la óptica sustantiva, el ámbito material de vigencia del derecho penal internacional, abarca el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, las infracciones más graves del derecho humanitario, los delitos contra la administración de justicia —cuatro categorías a las que ya se extiende la jurisdicción de la Corte— y el delito de agresión

—categoría pendiente de inclusión formal, no en balde se refiere a uno de los temas más controvertidos y delicados en la relación entre las naciones.

No figuran en ese catálogo, pues, otros crímenes, no obstante que éstos se hallan en la génesis de la justicia penal internacional moderna. Tales son, destacadamente, los casos del terrorismo y el narcotráfico, temas que provocaron, en su momento, movimientos conducentes al establecimiento de una jurisdicción internacional. Se echa de menos, particularmente en esta hora, la inclusión del terrorismo entre los delitos de los que conocerá la Corte Penal Internacional. Si este vacío se colmara, acaso podrían desaparecer del horizonte internacional los fenómenos de fuerza y las decisiones unilaterales que suscita este crimen. En otros trabajos, reunidos en el volumen *La Corte Penal Internacional*, publicado en 2002 por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, me he referido a las ventajas de contar con una jurisdicción penal internacional. No desconozco los problemas que ésta entraña —particularmente desde el ángulo de la soberanía de los Estados, destacado por los países que han sufrido, como es el caso de México, atropellos a manos de potencias invasoras o intervencionistas—, pero tampoco se puede ignorar que el trato internacional de estas cuestiones ganaría mucho si la situación que ha prevalecido hasta ahora fuese relevada por un nuevo orden de cosas —como comienza a ocurrir, con infinidad de tropiezos— caracterizado por la existencia de un sistema de justicia internacional acordado por la comunidad de las naciones a través de un amplio consenso.

Vayamos ahora a la legislación mexicana correspondiente al delito de terrorismo, que se ha procurado definir —tipificar— en la ley penal para satisfacer la observancia del principio de legalidad previsto en el artículo 14 constitucional. Anticipemos que la descripción de estos hechos punibles afronta, como es obvio, los mismos problemas que han enfrentado y enfrentan los trabajos nacionales e internacionales de la misma naturaleza. Difícilmente se podría construir una caracterización penal a salvo

de objeciones o reproches. No lo está, desde luego, el tipo penal en el derecho mexicano.

El Código Penal Federal recoge la figura del terrorismo en el artículo 139. Este tipo no existía en la versión original del código, que data de 1931. Fue incorporada por reforma de julio de 1970, cuando se llevó adelante una amplia modificación de varios preceptos, que trajo consigo, entre otros cambios del régimen penal, la supresión de la muy controvertida figura de disolución social, la incorporación de los tipos de terrorismo y sabotaje y diversas adiciones sobre privación ilegal de la libertad.

El 18 de noviembre de 1969, el Senado envió a la Cámara de Diputados una minuta con iniciativa aprobada —presentada por los senadores Juan José González Bustamante, Armando Arteaga Santoyo y Fausto Pintado Borrego— que incorporaba en el Código Penal —entonces para la Federación y el Distrito Federal, en sus respectivas jurisdicciones— el delito de terrorismo. El 13 de julio se presentó una nueva iniciativa en la que figuraban todos los temas que abarcaría la reforma penal de julio de 1970, entre ellos, desde luego, el relativo al terrorismo. Esta iniciativa —de la que proviene la reforma— aparece suscrita por un grupo de senadores y diputados, y fue entregada a la Comisión Permanente durante el receso del Congreso. Varios suscriptores habían participado en las audiencias públicas convocadas para escuchar puntos de vista en torno a la posible derogación del delito de disolución social; otros legisladores que suscribieron la iniciativa se integraron más tarde en el grupo promotor de la reforma. Para conocer el proyecto se convocó al Congreso a un periodo extraordinario de sesiones. El dictamen formulado en la Cámara de Diputados traería consigo nuevos cambios, hasta culminar en el texto finalmente aprobado, que en este punto no ha recibido modificaciones.

En su exposición de motivos, los tres senadores citados —autores de la primera iniciativa— señalaron que

la aparición de nuevas formas de delincuencia en nuestro país tendientes a mantener a la sociedad en constante sobresalto, por su complejidad, requieren la inmediata intervención de los órganos del Estado encargados de la prevención y la represión de los delitos, pero dichos órganos se encuentran en la imposibilidad de actuar en tanto no existan en el derecho positivo las normas que lo establezcan.

Los últimos atentados cometidos en diversos lugares de la ciudad de México y al parecer, en algunas regiones de la República, han merecido unánime condenación social en virtud de que sus autores que actúan en la sombra, aprovechan las altas horas de la noche o la falta de vigilancia, para cometer esta clase de actos ocasionando daños en el patrimonio de las personas y en su integridad física. La misión del legislador en casos de esta índole, es estar pendiente de todo aquello que dañe o pueda dañar los intereses colectivos; pero no creemos que sea necesaria la repetición de actos de esta naturaleza para que sean punibles. Independientemente de los delitos que resulten cometidos, estas conductas deben sancionarse de diverso modo para que, aplicando las reglas del concurso, la penalidad que corresponda tome en cuenta su gravedad. Juzgamos que no se trata de un delito plurisubsistente como lo denomina Sebastián Soler ni tampoco un delito de varios actos como lo llama Edmundo Mezger, pues será suficiente con que en una sola vez haga su aparición, para que se integre el tipo delictivo.

El delito de terrorismo, como ha sido clasificado en algunas legislaciones extranjeras, ha merecido una alteración constante por los efectos dañosos que produce y sus resultados forman una gran escala. La Convención Internacional reunida en Ginebra, votó el 16 de noviembre de 1937 la recomendación para que los Estados firmantes, incluyeran en sus leyes punitivas el terrorismo como una figura delictiva autónoma. Las actividades delictuosas pueden ir desde la propagación de noticias falsas con el ánimo de sembrar el terror o el pánico en una colectividad determinada, hasta los delitos más graves contra la vida, la integridad corporal o el patrimonio de las personas.

El proyecto del 13 de julio analiza prolijamente los hechos que determinaron la propuesta legislativa, la regulación de estos temas en diversos países y numerosos antecedentes en declara-

ciones, conferencias y acuerdos internacionales. Los proyectistas abordan cada uno de los delitos sujetos a consideración. En lo que hace al terrorismo, se pondera la provocación de “un estado anímico, individual o colectivo, de miedo, espanto, pavor de un mal que amenaza o de un peligro que se teme, de angustia, aflicción, congoja o desesperación”. Se dice que el terrorista atenta contra el individuo, la sociedad, la nación y el Estado, con la finalidad de “alarmar, amedrentar en alto grado, es decir, aterrorizar al medio social, con objeto de alterar la paz pública, provocar el desorden o compeler a las autoridades para que satisfagan peticiones sin apego a las normas legales”.

En cuando a los medios de los que se vale el terrorismo, los proyectistas consideraron que

en un principio, los actos de fuerza sobre las personas y el manejo de detonantes, explosivos, elementos incendiarios y armas de fuego, fueron inseparables de la actividad terrorista. Hoy en cambio la posibilidad del empleo de sustancias tóxicas, capaces de diezmar inadvertidamente a una población y los medios de comunicación masiva, han permitido nuevas formas de acción a los terroristas. En efecto, a la sociedad se le puede atemorizar, no sólo dinamitando un ferrocarril, incendiando un edificio o destruyendo una embajada u oficina de gobierno, sino también envenenando alimentos de consumo diario, como el agua, el pan, las verduras o la leche y acaso, con mayor efectividad, proporcionando falsas noticias de una inminente invasión extranjera o de una calamidad pública cuyos efectos se exageran.

Finalmente, al analizar los elementos del delito la iniciativa consideró que

en el terrorismo aparece como núcleo central la intimidación mediante actos que pueden o no ser violentos, de tal suerte que el agente activo para lograr los fines inmediatos que se propone, emplea elementos subjetivos y objetivos o se vale de cualquier medio para producir un estado de inquietud en una población o en un grupo o sector de la misma, a fin de crear un clima propicio a los objetivos mediatos que se hayan trazado.

El proyecto de artículo 139 quedó como sigue:

Se impondrá prisión de dos a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que persigan producir o produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, o perturben la paz pública, o traten de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación. Cuando los mismos efectos se produzcan por medios no violentos, la sanción será de uno a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos.

El dictamen formulado en la Cámara de Diputados el 23 de julio se refirió a las características del terrorismo y a la persecución de éste, y planteó algunos cambios con respecto al proyecto contenido en la iniciativa. Los dictaminadores sostuvieron que

el terrorismo, en todas sus formas y cualesquiera que sean sus resultados, configura uno de los delitos más graves, es una de las conductas más ofensivas a la sociedad y constituye delito calificado por premeditación, ventaja, alevosía y traición.

En la ejecución de su conducta delictuosa, el terrorista piensa, premedita lo que va a realizar y tiene la intención de causar daño; obra con ventaja porque, en virtud de los medios empleados en la comisión del delito, no corre peligro alguno en su integridad física; obra con alevosía porque se vale de la clandestinidad, la acechanza para causar el daño; y, finalmente, en múltiples ocasiones, actúa con traición al faltar a la confianza que se le guarda porque se ignoran sus actividades y los fines que persigue.

El terrorismo, es a la vez un medio y un fin; es delito de peligro y finalista. Sus medios son los actos violentos que se realizan con explosivos, incendio, armas de fuego, tóxicos y otros para causar espanto, miedo, pánico, terror o angustia en la colectividad para des-

quiciarla; esa situación psicológica que se pretende crear en la multitud, es también medio para llegar al extremo final que persigue de menoscabar la autoridad del Estado, obligar a la autoridad a realizar un acto determinado y, en última instancia, a derrocarla o modificar la estructura e instituciones del Estado.

El terrorista, en un sistema democrático como en el que vivimos, en que el pueblo y las autoridades se rigen por las disposiciones constitucionales y por la aplicación del derecho, no ha logrado ni logrará los fines que lo impulsan, pero desgraciadamente su conducta ocasiona numerosas víctimas inocentes y daña a la colectividad.

La víctima del terrorismo es el pueblo, que siente cólera y desprecio hacia quien coloca o lanza el instrumento de la destrucción. El terrorista es anónimo, cobarde, inhumano, despiadado y cruel. No combate a cara abierta sino que asesina o destruye a mansalva y propende a hacer víctimas inocentes; el acto terrorista no tiene dedicación personal. Destruye a ciegas.

La repulsa hacia el terrorismo ha sido general en el mundo y ha unificado a todos los pueblos en su contra; de ahí la necesidad de tipificar y sancionar con energía los actos de terrorismo.

Los cambios que sugirió el dictamen, recogidos en la redacción que actualmente presenta el artículo 139, fueron los siguientes: *a)* adición de las palabras “pena de” antes de la voz prisión, en la primera parte del precepto; *b)* supresión de las palabras “persigan producir” —sólo queda la expresión “produzcan”— en esa misma primera parte, “con el fin de evitar la posible interpretación de que se pretende crear un delito de tendencia”; y *c)* eliminación del segundo párrafo, en virtud de que el terrorismo “se caracteriza por el empleo de medios o resultados violentos para lograr el fin propuesto”; se elimina aquel párrafo “a fin de evitar posibles interpretaciones extensivas, ajenas a la intención de los proponentes”.

En el debate sobre la iniciativa y el dictamen, realizado el 24 de julio, se discutió largamente la propuesta relativa al artículo 139. Las objeciones tuvieron que ver, sobre todo, con la imprecisión del tipo y el empleo de expresiones que pudieran abarcar hipótesis alejadas del objetivo de la reforma: sancionar actos de suma

gravedad que producen las más severas consecuencias. En esa misma jornada, las comisiones sugirieron la incorporación de un segundo párrafo en el precepto que ahora nos interesa. Esta sugerencia a propósito de la denuncia de particulares contra autores de terrorismo igualó el caso de este delito con otros previstos en la iniciativa: espionaje y sabotaje. La propuesta fue aprobada y el texto sugerido figura como segundo párrafo del artículo en vigor. Al cabo de la discusión, se aprobó el precepto por 129 votos a favor y 26 en contra.

El artículo 139 integra el capítulo VI del título primero del libro primero de aquel ordenamiento. Si nos atenemos al epígrafe del título —en el que debiera instalarse el bien jurídico protegido, aunque no haya sido ésta la técnica uniformemente seguida por el legislador penal— concluiremos que con esa figura se ampara la seguridad de la nación. El tipo de terrorismo comparte esta condición con otros de diverso carácter: traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, sabotaje y conspiración (para cometer cualquiera de esos delitos, acordando los medios de llevar a cabo su determinación). Originalmente se distinguía entre delitos contra la seguridad interior y contra la seguridad exterior de la nación. La diferencia ya no existe.

El terrorismo consiste en: *a)* realización de actos, *b)* en contra de las personas, las cosas o servicios al público, *c)* que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, *d)* para perturbar la paz pública o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación, y *e)* utilizando para ello explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o mediante incendio, inundación o por cualquier otro medio violento. La punibilidad es de dos a cuarenta años de prisión y de hasta cincuenta mil pesos (que deben convertirse en días multa conforme a la tabla de conversión que resultó de la reforma de 1983, vigente en 1984, que introdujo en la legislación penal mexicana el sistema general de días-multa). Se sancionarán separadamente los delitos que pudieran ser resultado de las acciones terroristas.

¿Concierne el terrorismo, por su propia naturaleza, solamente al orden federal? Esta pregunta se debe contestar en sentido negativo. Puede haber terrorismo en el orden común y en el federal. Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de que el agente pretenda forzar decisiones del gobierno estatal, municipal o distrital, no del federal. En este mismo sentido ha marchado la legislación de varios estados (en algún caso, analizada por la jurisprudencia, aunque ésta no se haya referido a la constitucionalidad de la legislación misma, en virtud de la competencia de la autoridad que la expide). Pero otros ordenamientos optan por una solución diferente. Tal es el caso en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Esta opción suscitaría interrogantes a la hora de perseguir actos de terrorismo que tengan la finalidad a la que me refiero en este párrafo.

De la caracterización legal del terrorismo se desprenden varios elementos que ameritan análisis. En primer término, el terrorismo sólo se comete por acción, no por omisión. No hay terrorismo culposo, sino sólo doloso. Así lo indican tanto las características mismas del terrorismo (otra cosa sería crear una situación de grave alarma social, sin proponerse los fines que entraña el terrorismo), como el régimen penal actual sobre la culpa. El terrorismo no figura en el número (*numerus clausus*) de los abarcados por el título de culpa. El tipo establece contra quién o contra qué se dirigen las acciones terroristas: personas, cosas o servicios al público. Es posible suponer que las “personas” atacadas pueden ser tanto físicas como colectivas, y no sólo aquéllas, a condición de que el ataque pretenda o produzca el resultado que adelante mencionaré (si no se acepta esta posibilidad, el ataque a personas colectivas pudiera concretarse, no obstante, en el ataque a cosas o servicios). En cuanto a estos últimos, es razonable concluir que se trata de cualesquiera servicios que se suministren a la población en general, por cuanto la ley no distingue entre servicios públicos o privados, prestados directamente por el Estado o sus organismos o concesionados o permitidos a ciertos particu-

lares, etcétera, también a condición de que el ataque genere el resultado lesivo que el tipo reclama.

La descripción legal previene el empleo de ciertos medios comisivos; en ausencia de éstos no existirá terrorismo, aunque se reúnan los demás elementos del tipo. El agente debe valerse de explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego, incendio, inundación o “cualquier otro medio violento”. Aquí se alude a violencia física, no a violencia moral: así lo sugiere la referencia a los medios o instrumentos señalados explícitamente, todos los cuales se relacionan con aquella forma de violencia, que es su común denominador. Se trata, pues, de instrumentos o de medios que pueden generar daños de cierto alcance, amplios, generalizados, como sucede en los casos de explosivos, incendio o inundación. Otra cosa son las armas de fuego. Pudiera venir a cuentas un arma con escaso potencial de daño: no es lo mismo un cañón o una ametralladora que un revólver de calibre reducido.

La referencia a “cualquier otro medio violento” abre un horizonte muy amplio que pudiera llevar a conclusiones excesivas. El riesgo no se acota en función del medio, sino de lo que por este conducto se obtiene y del resultado que en fin de cuentas se pretende: esto sustenta la alusión a cualesquiera medios violentos. Es notorio que en la especie no se ha considerado el empleo de medios ingeniosos, como la difusión de versiones inquietantes, la propalación de rumores que generen desazón o temor, la amenaza de causar daños, etcétera. El desechamiento de los medios no violentos viene de los cambios de redacción introducidos por las comisiones dictaminadoras de la iniciativa en la Cámara de Diputados; originalmente —como antes indiqué— el proyecto también consideraba la comisión del terrorismo por medios no violentos.

La jurisprudencia federal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto (y acerca de otros, como adelante se verá), al examinar el tipo penal de terrorismo contenido en la legislación de Baja California. Conviene observar desde ahora que la descripción del correspondiente código penal coincide con la del

ordenamiento federal, salvo en dos extremos. Por una parte, la de Baja California señala que las finalidades perturbadoras que se propone el agente pueden enderezarse contra “la autoridad del Estado o municipios”; y por la otra dispone punibilidades diferentes: dos a cuarenta años de prisión y hasta quinientos días multa para el terrorista, y uno a cinco años de prisión y hasta doscientos días multa para quien omite denunciar las actividades de un terrorista y su identidad, teniendo conocimiento de ellas.

En el A.R. 237/93, resuelto el 21 de septiembre de 1993, el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito estimó que

los medios violentos a que se refiere el tipo penal del delito de terrorismo previsto por el artículo 279 del código penal del Estado, deben reputarse como aquellos que, aun cuando fueren rústicos, como los define el juez de amparo (palos, varillas, etc.), produzcan alarma, pánico o terror en la población, o un sector de ella, y con ellos se quebrante el orden público, por lo que es inexacto que para que se configure tal ilícito, sea menester que los medios violentos sean similares a las sustancias tóxicas, armas de fuego o explosivos, pues basta, como ya se dijo, que con ellos se produzca alarma, terror o pánico en la población o en un sector de ella.

Esa jurisprudencia abre la puerta a la consideración de los restantes datos del tipo. La conducta del agente, dirigida contra personas, cosas o servicios y realizada de la manera que hemos visto, debe generar cierta situación y orientarse a un objetivo específico, que el agente se propone como resultado. Aquélla, característica del terrorismo, es la siembra de “alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella”. El *Diccionario de la Lengua Española* describe la alarma como “inquietud, susto o sobresalto causado por algún riesgo o mal que repentinamente amenace” y reconoce las siguientes acepciones de temor, pertinentes para este asunto: “Pasión del ánimo, que hace rehuir o rehusar las cosas que se consideran dañosas, arriesgadas o peligrosas” y “recelo de un daño futuro”. Por último, define al terror como “miedo muy intenso”. Esos fenómenos

ánimicos pueden corresponder, pues, a otros tantos grados de una alteración psicológica que culminaría en pánico: “miedo grande o temor muy intenso”.

No ha sido muy feliz, en este punto, la descripción del ilícito. Nótese el desacierto de olvidar la disyunción “o” entre temor y terror; difícilmente se podría suponer que se ha querido acumular todos esos conceptos, exigiendo la reunión de todos —que tienen comunidad básica— en un solo producto. Se alude indistintamente, pues, a cualquiera de las tres categorías de alteración anímica. Por ello parece bastar con que haya simple temor (posibilidad que se rechaza en una resolución de nuestros tribunales federales, que adelante señalaré), aunque no exista verdadero terror, concepto que es, por otra parte —y con toda justificación—, lo que se trata de prevenir a través de la tipificación penal de esta conducta. El tribunal —y previamente el Ministerio Público que investiga y ejercita la acción penal— deberán apreciar cuidadosamente el estado de ánimo que ha generado la conducta del agente. ¿Será perseguible, a título de terrorismo sancionable con hasta cuarenta años de prisión, la producción de un leve recelo de mal futuro, que ya es temor? ¿Lo será la generación de una mera inquietud, que ya es alarma?

Tampoco resulta particularmente acertada la identificación de los sujetos en quienes deben producirse esos fenómenos psicológicos. Señala el Código Penal Federal, como vimos, que se trata de “la población” o de “un grupo o sector de ella”. Es clara e inobjetable la referencia a la población: los habitantes de cierto territorio. El problema surge cuando se alude a grupo o sector. Volvamos al *Diccionario de la Lengua Española*. Grupo es “pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado”, y sector es, en sentido figurado, “parte de una clase o de una colectividad que presenta caracteres peculiares”. En rigor, un grupo puede hallarse integrado por unas cuantas personas: tres, cuatro, diez...; y un sector puede estar constituido, asimismo, por un número pequeño o pequeñísimo de sujetos, a condición de que entre ellos exista cierto factor que los unifique y que sirva

para acreditar, en esta hipótesis, el “carácter peculiar”: sexual, religioso, profesional, político, étnico, por ejemplo.

La jurisprudencia ha examinado la configuración del terrorismo en función del temor que la conducta genera sobre la población o un sector de ésta. No existe terrorismo —sostuvo el primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito en el A.R. 237/93, resuelto el 21 de septiembre de 1993—

cuando los actos violentos realizados no produzcan en la población o en uno de sus grupos pánico, terror o alarma, y por ende, no altere la paz pública ni traten con ello de menoscabar la autoridad del Estado a fin de que tome una determinación, por lo que si el quejoso, junto con un grupo de personas, se presentan en unas instalaciones de gobierno, llevando botes con piedras, varillas y palos, los cuales estrellan contra el suelo, originando un escándalo que motive que suspendan las labores momentáneamente, aunque alguno de los testigos manifiesten que tal escándalo produjo en ellos cierta alarma y temor, ello no es configurativo del ilícito en comento, pues el tipo penal se refiere al terror o pánico como elemento constitutivo del delito y no al simple temor, que como consecuencia única, tenga simplemente una suspensión momentánea de labores en sus oficinas donde acontecieron los hechos, pero que no se pusiera en peligro alguno la integridad física de las personas, ni jurídica de la nación, ni la seguridad del Estado.

Aquella tesis promueve ciertas consideraciones. El hecho de que el agente no obtuviera el resultado buscado no elimina el delito. Puede existir tentativa de terrorismo si se está en los casos previstos por el artículo 12 del Código Penal Federal: el agente “realiza en todo o en parte los actos ejecutivos (es decir, actúa en contra de personas, cosas o servicios al público, por los medios requeridos en el artículo 139, generando la alteración anímica que este precepto señala) que deberían producir el resultado” (la perturbación de la paz, el menoscabo de la autoridad o la presión a la autoridad), si éste “no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”.

El resultado típico de la acción terrorista es perturbar la paz pública, tratar de menoscabar la autoridad del Estado (el Estado federado o los municipios, en hipótesis de terrorismo previsto por leyes locales) o presionar a la autoridad para que tome una determinación. Perturbar la paz es alterar las condiciones de seguridad, tranquilidad o confianza en las que regularmente se desenvuelve la vida social; trastornar ésta, generar un estado de cosas que impida u obstruya el curso normal de la existencia. No podría pretenderse solamente una alteración, un impedimento o una obstrucción de escasa monta, irrelevantes, que dejen incólumes, en sustancia, las condiciones de paz prevalecientes. Se necesita mucho más que eso para satisfacer la exigencia finalista del tipo.

Es cuestionable la expresión “tratar de menoscabar la autoridad del Estado”; se debió decir: “menoscabar la autoridad”, que es el fin verdaderamente querido por el agente. De lo contrario, sólo intentaría algo; el intento consumaría el delito; el agente apenas se propondría una tentativa. La pretensión, el propósito, la finalidad procurada es deteriorar la capacidad del Estado para ejercer sus atribuciones; la autoridad del Estado debe referirse a éstas, tal como se hallan establecidas en el orden jurídico. En cuanto al fin de presionar a la autoridad para que tome una determinación, no hay distinción acerca de la autoridad presionada: cualquier autoridad, en cualquier órgano del Estado. Tampoco es necesario que ésta ceda a la pretensión o se halle en la inminencia de ceder. El tipo no alude a la naturaleza de la determinación que se pretende arrancar a la autoridad: dentro o fuera de sus atribuciones, positiva o negativa, justa o injusta. Sólo se considera la presión para forzar la voluntad de quien ejerce la atribución que se quiere orientar. La formulación del tipo genera interrogantes que deberá resolver la interpretación judicial. No hay duda de que sólo la puntual conexión entre los diversos y numerosos elementos del tipo penal permitirá incriminar una conducta a título de terrorismo, sorteando las dudas y aclarando las zonas oscuras que cada uno de ellos, por sí mismo, plantea.

El terrorismo se puede perpetrar bajo los conceptos de autoría o participación mencionados en el artículo 13 del Código Penal Federal. Ahora bien, en este punto hay que tomar en cuenta la disposición contenida en el artículo 141 acerca de la conspiración, a la que antes aludí. En el *iter criminis* de los delitos contra la seguridad de la nación, ésta se coloca en una etapa anterior a los actos preparatorios, en sentido estricto. Efectivamente, existe conspiración punible cuando un número plural e indeterminado de personas —pueden ser dos o más, si se atiende a la expresión puntual del artículo 141— resuelven de concierto cometer uno o varios de los delitos abarcados por el título relativo a ilícitos contra la seguridad de la nación y acuerdan los medios de llevar a cabo su determinación. Eso es todo: no se requiere que además adelanten un paso en la ejecución de lo que acuerden; no se necesita que haya un punto de realización —que es el dato clave en el artículo 13— concretado en actos conducentes a la comisión del terrorismo (o de los otros delitos comprendidos en el título citado). Existe controversia sobre esta forma de anticipación de la responsabilidad penal y, por lo tanto, de la función persecutoria del Estado, que se amplía considerablemente. No hay duda de que en el mundo entero —y no sólo para los casos de terrorismo, por supuesto— ha avanzado la incriminación de la *conspiracy*.

La jurisprudencia se ha ocupado de la conspiración para cometer delitos contra la seguridad de la nación. En efecto, en el A.D. 4339/74, de Eugenio Peña Garza, con fallo del 16 de abril de 1980, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia consideró que en el artículo 141 del Código Penal

se recoge un tipo penal de los denominados de “resultado cortado” o “resultado anticipado”, ya que en estricto rigor la ley ha elevado a la calidad de delito autónomo una mera resolución manifestada, respecto a la comisión futura de otras conductas, atentatorias éstas, de la seguridad de la nación (traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje). En este orden de ideas, el

delito de conspiración requiere, para su demostración plena, no sólo de un franco y positivo acuerdo para llevar a cabo alguno de los delitos ya citados, sino además que tal acuerdo abarque la concreción de los medios de ejecución del delito o delitos propuestos, sin que se advierta de la descripción legal la necesaria comisión del delito específico. En consecuencia, es elemento esencial de la conspiración el concierto criminal, con independencia de los actos de ejecución o el grado de ésta a que se llegue. Como mera resolución manifestada, el delito de conspiración exige, sin embargo, la prueba fehaciente del acuerdo o concierto tomado y de la concertación de los medios pertinentes para llevar a cabo el o los delitos concretos ya señalados.

También hay que considerar el trato específico que el artículo 142, ubicado entre las “Disposiciones comunes para los capítulos de este título” (el relativo a delitos contra la seguridad de la nación, entre ellos el terrorismo), da a quien instigue, incite o invite a la ejecución de varios de aquéllos, en cuya relación figura el terrorismo. Más severo es el trato, en general, cuando se instiga, incita o invita a militares en ejercicio. Esta separación de participantes en el terrorismo —o bien, de autores de un delito autónomo de instigación, incitación o invitación— genera problemas con respecto a la figura del autor intelectual del delito, al que se refiere la actual fracción V del artículo 13: el que determina dolosamente a otro a cometer el delito. Una redacción anterior, que se hallaba vigente en la época de la reforma que ahora examinamos, incluía entre los responsables de los delitos, bajo la fracción II del artículo 13, a “los que inducen o compelen a otros a cometerlos”. El problema de “entidad y límites” se reduce, desde el punto de vista práctico, si se atiende a que el artículo 142 ordena aplicar en los supuestos de participación —o autoría— a los que se refiere, la misma penalidad señalada para el delito de que se trate, pero en el supuesto de los que instigan a militares la punibilidad es más severa en su término mínimo: de cinco a cuarenta años de prisión, en vez de la asignada a los autores de terrorismo: dos a cuarenta años.

Otro extremo que conviene tomar en cuenta es la construcción de un tipo de encubrimiento —aledaño al encubrimiento por favorecimiento— en el supuesto de terrorismo, que no existe en otras hipótesis delictuosas. El segundo párrafo del artículo 139 del Código Penal Federal dispone la aplicación de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos “al que teniendo conocimiento de las actividades de un terrorista y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades”. Aquí se instituye, pues, un deber de denuncia, que fue incorporado en el debate sobre la reforma en la Cámara de Diputados, a sugerencia de las comisiones dictaminadoras y conforme a lo establecido acerca del espionaje y el sabotaje. No existe semejante deber a cargo de los particulares en la casi totalidad de los casos, a cambio de que lo haya de las autoridades que con motivo o en el ejercicio de sus funciones tienen conocimiento de la comisión de un delito.

La punibilidad correspondiente al terrorismo es una de las más altas que recoge la ley penal mexicana; en su momento, se ubicó en el punto más elevado: dos a cuarenta años de prisión y multa hasta de cincuenta mil pesos, pero resulta inferior a la que hoy día corresponde a otros crímenes de notoria gravedad: homicidio calificado, *verbi gratia*: treinta a sesenta años de prisión (artículo 320 del Código Penal Federal). Sin embargo, es preciso tomar en cuenta dos factores de agravamiento posible en casos específicos. Uno de ellos es el que derivaría del concurso, aun cuando en esta hipótesis no se puede ir más allá de la sanción máxima prevista en el libro primero del código (*id.*, artículo 64). Otro, el que resultaría del supuesto de delincuencia organizada, en su caso. Uno más, la calificativa en función de la calidad del agente como servidor público.

El terrorismo se construye, realiza y sanciona por sí mismo, autónomamente, con independencia de los resultados de daño o peligro que las acciones del autor traigan consigo; y éstas no se subsumen en aquél. Así, es posible que por el empleo de explosivos —cuyos manejo y uso pueden constituir conductas punibles, conforme a la legislación de armas de fuego y explosi-

vos— se cause la muerte de alguna persona o se le infieran lesiones; o bien, se ocasionen daños a propiedades públicas o privadas; o se afecten las vías de comunicación, y así sucesivamente. Cada uno de estos hechos —implicados en el fenómeno terrorista, pero escindibles del conjunto de datos que conforman el terrorismo— puede ser considerado, juzgado y sancionado bajo el título penal que corresponda; esto se deduce de la expresión contenida en el propio artículo 139 del Código Penal federal en el sentido de que las sanciones aplicables al terrorismo se impondrán “sin perjuicio de las penas que correspondan por los (otros) delitos que resulten”. En esta línea insiste el artículo 143, que se halla entre las disposiciones aplicables a los diversos delitos contra la seguridad de la nación: “Cuando de la comisión de los delitos a que se refiere el presente título resultaren otros delitos, se estará a las reglas del concurso”. Así, será pertinente disponer la acumulación prevista por las normas sobre el concurso.

Conviene que nos detengamos un momento en la conexión del terrorismo con la delincuencia organizada, que surge a partir de la muy defectuosa Ley contra la Delincuencia Organizada. Este ordenamiento establece el tipo penal de delincuencia organizada, que ya no es, como se pretendió en un principio, una forma de comisión de los delitos. El tipo correspondiente (artículo 2o.) plantea los supuestos para la sanción de aquella delincuencia, que existe “cuando tres o más personas acuerdan organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos” que la misma ley menciona, y entre los que figura, en primer término, el terrorismo previsto en el artículo 139, párrafo primero, del Código Penal Federal. Por ello, todo el régimen sustantivo, procesal y ejecutivo de la aludida Ley contra la Delincuencia Organizada se aplica en las hipótesis de terrorismo cuando éste constituye —como es frecuente en la realidad de estos fenómenos— un “delito-objetivo” de la organización criminal.

Si el agente del terrorismo —como de los otros delitos contra la seguridad de la nación— es funcionario o empleado de los gobiernos federal o estatales, o de los municipios, de organismos públicos descentralizados, de empresas de participación estatal o de servicios públicos, federales o locales, las punibilidades son: prisión de cinco a cuarenta años (la mínima en el caso básico es de dos años) y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos (calculable en días multa) (en el supuesto básico no se prevé el término mínimo de la multa, que en tal virtud podría ser, conforme al artículo 29, un día de salario mínimo).

Las punibilidades del terrorismo no se agotan en las penas de prisión y multa. Conforme al segundo párrafo del artículo 143, los ilícitos contra la seguridad de la nación perpetrados por mexicanos traen consigo la suspensión de derechos políticos hasta por diez años (cuarenta, en los casos de traición a la patria y espionaje) que se cuentan a partir del cumplimiento de la condena.

Algunos de los problemas —pero no todos— que plantea la descripción típica del terrorismo en el Código Penal Federal quedan resueltos en las caracterizaciones aportadas por códigos de más reciente factura. En el de Morelos se sanciona con cinco a veinticinco años de prisión, cien a quinientos días multa y suspensión de derechos políticos hasta por diez años,

al que por cualquier medio violento realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública o menoscabar la seguridad del Estado, la integridad de su territorio o el orden constitucional, o presionar a la autoridad para que tome una determinación (artículo 263).

El de Tabasco, en cambio, toma datos del Federal y del morelense al establecer su propia descripción:

utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento realice actos

en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública o menoscabar la autoridad del Estado, la integridad de su territorio o el orden constitucional, o presionar a la autoridad para que tome una determinación (artículo 362).

En los mismos términos se pronuncia el artículo 450 del proyecto de Código Penal Federal elaborado en 2001 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

III. CASOS ANTE LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En la segunda mitad del siglo pasado, al término de la Segunda Guerra, la lección de la catástrofe en el dominio de los derechos humanos trajo consigo un bien precioso, que no ha cesado de adquirir prestigio y grandeza, aunque ahora tropiece con renovados obstáculos: la preocupación internacional por los derechos humanos. De ahí proviene una nueva manifestación del derecho de gentes: el derecho internacional de los derechos humanos, con sistemas, instituciones y figuras característicos. La Declaración Universal sobre esta materia, de 1948 —precedida, en algunos meses, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre—, constituye, en cierto modo, la frontera entre dos épocas en la historia del derecho: a partir de entonces —sostuvo Verdross— esos derechos dejan de ser un asunto doméstico, confinado a la buena voluntad de los Estados —que son, muchas veces, los atacantes de los derechos de sus ciudadanos— y pasan a ser una cuestión que atañe a la humanidad en su conjunto.

La nueva visión de los derechos humanos se recoge en aquellas declaraciones, cuya condición vinculante fue punto de polémica, y se explayó posteriormente con eficacia jurídica inequívoca —dentro del marco del derecho de gentes— en sendos

tratados, pactos y convenciones. La primera aparición de éstos en la escena ocurrió a través de la Convención (europea) sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrita en Roma, en 1950, de la que ha derivado la Corte Europea de Derechos Humanos, como antes también —hasta la expedición del Protocolo 11 de dicha Convención— la Comisión de la misma territorialidad y especialidad. Luego llegó, tras un largo proceso deliberativo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, suscrita en esta ciudad de Costa Rica en 1969.

La Convención Americana consolidó la Comisión Interamericana, que databa de años atrás, y dio cimiento a la Corte Interamericana, instalada en 1979, con doble competencia, como es frecuente en tribunales internacionales: consultiva y contenciosa. En el primer caso, la tarea jurisdiccional culmina en opiniones a las que algunos reconocen valor vinculante, y que en todo caso poseen relevante fuerza política y moral. En el segundo, la jurisdicción, animada mediante demanda formal —ejercicio de la acción procesal internacional—, se traduce en sentencias de observancia forzosa, con las que se resuelve un litigio concerniente a supuestas violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes de algún Estado del sistema interamericano, de entre aquellos que han reconocido la obligatoriedad de la jurisdicción contenciosa, como es el caso de México desde el final de 1998.

Antes de ir al tema que corresponde a este apartado, conviene tener en cuenta algunas particularidades de la jurisdicción internacional de derechos humanos. Se trata, en la especie, de una verdadera función jurisdiccional que asume el conocimiento y la solución de controversias al través de un juicio y por medio de una sentencia. Esta jurisdicción se sustenta en el acuerdo de los Estados: es, pues, una manifestación del derecho internacional convencional. Los Estados que crean el tribunal y aceptan el procedimiento y sus consecuencias, convienen también en sujetarse a las resoluciones de aquél, que deben ser puntualmente

cumplidas. Más que ser esto una pérdida de soberanía, constituye —y así lo he sostenido con insistencia— la expresión de una determinación soberana: el Estado se integra en un sistema jurisdiccional de derechos humanos por dos actos de aquel carácter, que finalmente lo vinculan y lo obligan: la decisión de incorporarse, a título de parte, en un convenio internacional de derechos humanos —que a partir de ese momento constituye ley suprema de la Unión, en los términos del artículo 133 de la Constitución mexicana—, y la decisión de aceptar la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, en los términos de una cláusula facultativa del tratado, que permite a los Estados signatarios de éste incorporarse en el sistema jurisdiccional o mantenerse fuera de él.

El tribunal internacional no constituye un tribunal penal que declare responsabilidades criminales individuales, ni significa una tercera instancia con respecto a los medios nacionales de control de los actos de autoridad. Lo que hace la Corte Interamericana es verificar la conformidad de cierto hecho —trátese de la conducta de un funcionario, trátese de un acto del poder público: Legislativo, Ejecutivo o Judicial, federal o local— con las normas de la Convención Americana, o bien, en sus casos, las de otros acuerdos internacionales que otorgan competencia material a la Corte: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En este sentido, la tarea del tribunal internacional se asemeja —pero no se asimila, lo subrayo— a la de una corte de constitucionalidad, cuando establece que un acto contraviene la norma suprema cuya tutela incumbe a ese órgano judicial. Ésta es, en el caso de la corte constitucional, la ley suprema nacional; y en el de la corte internacional, el tratado de este alcance. La declaración de la Corte Interamericana posee un notable valor jurídico, en la medida en que los Estados se han comprometido a darle cumplimiento y han contraído asimismo el deber —instalado en las convenciones de la materia: obligaciones generales— de ajustar sus legislaciones y

subordinar sus actos y funciones a lo previsto en el tratado internacional.

Es preciso puntualizar lo anterior antes de entrar al estudio de algunas sentencias de la Corte Interamericana que se relacionan con casos de terrorismo. En efecto, ese tribunal del derecho de gentes no juzga a los responsables de terrorismo, y en tal virtud no los absuelve o condena. Mucho menos impide que los Estados cumplan sus obligaciones en los órdenes de la seguridad pública y nacional, que los comprometen a luchar enérgicamente contra la criminalidad y especialmente contra aquella que, como el terrorismo, trae consigo males gravísimos. Por ello, la Corte nunca ha entrado a considerar las responsabilidades individuales de los acusados de terrorismo, ni se ha pronunciado al respecto; ese pronunciamiento compete, única y exclusivamente, a la jurisdicción nacional. Así se ha reconocido insistentemente. Lo que la Corte hace, como he dicho, es verificar que la actividad de los agentes y órganos del Estado se ajusten —en estas situaciones y en cualesquiera otras— a las normas de la Convención Americana. Cuando esto no ocurre, así se declara, para los efectos correspondientes, que no implica, en modo alguno, la impunidad de los delincuentes.

En el curso de medio siglo de actividad jurisdiccional, la Corte Europea de Derechos Humanos ha conocido muchos casos en los que se plantean asuntos relacionados con el terrorismo. Destacan, por su número e importancia, algunos juicios concernientes al Reino Unido. En su propio ámbito, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido a la vista litigios semejantes, de los que me ocuparé en seguida brevemente. Conviene advertir que en ninguno de ellos se ha cuestionado la función de seguridad pública que corresponde al Estado y que éste debe ejercer con firmeza, constancia y legitimidad. Se han cuestionado, eso sí, ciertas actuaciones o decisiones que pueden significar violación de derechos consagrados en la Convención Americana. Entre éstos destacan los relativos a la vida, la integridad, la seguridad, la libertad y el acceso a la justicia. Veamos, en primer

término, cuáles son los preceptos y derechos más frecuentemente invocados en las demandas y, por lo tanto, mayormente examinados en los procesos, en la inteligencia de que aquéllos tienen equivalente —más o menos fiel— en otros instrumentos del sistema internacional, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 4o. de la Convención Americana reconoce el derecho a la vida y prohíbe la privación arbitraria de ésta. Sobre ponderar la importancia de este derecho, de cuya salvaguardia depende la eficacia de todos los restantes, y la pertinencia de establecer normas de protección adecuadas que impidan disponer caprichosamente de la vida humana, así se haga invocando motivos que *prima facie* pudieran parecer persuasivos. El artículo 5o. preserva el derecho a la integridad física, síquica y moral. En este orden destaca la proscripción de la tortura —que es materia de un tratado interamericano específico—, el respeto a la dignidad humana de los detenidos, el trato adecuado de quienes se encuentra sujetos a proceso y la finalidad reformadora y readaptadora de la pena privativa de libertad.

El artículo 7o. se refiere a la libertad y a la seguridad personales. Prohíbe detenciones arbitrarias, sujeta la privación de libertad al imperio de la ley y garantiza el acceso del detenido a un órgano judicial que controle la legalidad de la detención. El artículo 8o. del Pacto de San José contiene un apreciable número de derechos y garantías, cuyo conjunto establece lo que se suele denominar, con una expresión de antigua raíz anglosajona, el “debido proceso legal”. Éste no constituye un concepto de contenido estático; por el contrario, la integración del debido proceso crece constantemente y modifica las fronteras de la protección jurídica. En mi voto particular sobre la Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (correspondiente a *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1o. de octubre de 1999), expresé

lo que conocemos como el debido proceso penal, columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de [una] larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia —entre ella, la progresiva jurisprudencia norteamericana— y la doctrina... Los desarrollos de los primeros años se han visto superados por nuevos desenvolvimientos, y seguramente los años por venir traerán novedades en la permanente evolución del debido proceso dentro de la concepción democrática de la justicia penal.

Entre esos derechos y garantías figuran algunos frecuentemente invocados en los procesos ante la Corte Interamericana: juez competente, independiente e imparcial —“juez natural” —, plazo razonable, presunción de inocencia, defensa, derecho al silencio y a la no autoincriminación, proposición y crítica de pruebas, impugnación ante un órgano superior, *ne bis in idem* y publicidad del juicio. El artículo 9o. consagra la legalidad penal y la irretroactividad desfavorable. El artículo 25 —otra norma considerada en varios casos— establece el derecho a un recurso sencillo y rápido que ampare al individuo contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Es pertinente mencionar también el artículo 27, relativo a la suspensión de garantías, al que aludí en la primera parte de este ensayo. No sobra recordar que este sistema constituye un método de protección de la constitucionalidad agraviada; en tal sentido, concurre a preservar el Estado de derecho contra los atentados que pretenden socavarlo o destruirlo. Para ello es necesario, en ocasiones, recurrir a medios extraordinarios: grandes males, grandes remedios. Sin embargo, esos medios, que a veces implican restricciones o limitaciones radicales de los derechos y las libertades civiles, deben ser acotados y observados con sumo cuidado. Se corre el riesgo de dar paso a lo que se ha llamado, expresivamente, una “dictadura constitucional”. Puede surgir la opresión en nombre de la libertad. La frecuencia con que ello ha ocurrido —bien lo sabe nuestra América— nos obliga a poner la mayor atención y el máximo celo en este asunto. La necesidad, la pertinencia, la racionalidad, la temporalidad, son otros

tantos criterios para el adecuado manejo de la suspensión de garantías, mejor perfilada en la Convención Americana que en nuestra Constitución.

Ya señalé que ciertos derechos no pueden ser suspendidos, a cambio de la posibilidad de suspensión indiscriminada, ciertamente excesiva, que parece autorizar la ley fundamental mexicana. No son suspendibles, pues, el derecho a la vida (artículo 4o.), el derecho a la integridad personal (artículo 5o.), el principio de legalidad y retroactividad (artículo 9o.) y las garantías judiciales indispensables para protegerlos. También estipula la Convención que los Estados que hagan uso de la facultad de suspender garantías, deben informarlo inmediatamente a los demás Estados partes por conducto de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. La referencia a estas disposiciones convencionales es particularmente adecuada en el estudio de los problemas que entraña la lucha contra el terrorismo, en virtud de que ésta ha constituido, a menudo, el sustento de disposiciones de suspensión o restricción de derechos.

La Corte Interamericana se ha referido a las garantías judiciales que deben mantenerse incólumes aun en casos de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. Tal es el caso del *habeas corpus* analizado en la Opinión Consultiva OC-8/87—, que no puede ser suspendido. La Corte entiende que la vigencia del *habeas corpus* incluye la posibilidad de controlar, por este medio de tutela, la legitimidad de la detención, aun cuando se halle suspendido el ejercicio del derecho a la libertad personal; en la especie, el órgano judicial deberá verificar que la detención se ajuste a los términos en que el estado de excepción la autoriza (párr. 40).

Uno de los litigios interesantes para los fines de las presentes consideraciones es el Caso Castillo Páez (Perú), sometido a la Corte por la Comisión Interamericana mediante demanda del 12 de enero de 1995 y vinculado con las acciones de la autoridad en contra del grupo subversivo “Sendero Luminoso”. En este caso, la Corte estimó que el Estado había violado los derechos

a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y a un recurso efectivo ante los tribunales, y resolvió que aquél debía reparar las consecuencias de las violaciones. Reviste particular importancia este caso, en mi concepto, porque en él se planteó por primera vez el criterio de la Corte —que se reiteraría en los Casos Loayza Tamayo y, particularmente, Barrios Altos— a propósito de la ineficacia (o incompatibilidad con la Convención Americana) de los ordenamientos de “autoamnistía” como valladar para la investigación, enjuiciamiento y condena de los responsables de los hechos violatorios.

Tómese en cuenta que uno de los aspectos más relevantes de las reparaciones por violación de derechos es la sanción de los responsables: lo que he denominado el “deber de justicia penal”, que no está sujeto a acuerdo entre la víctima y el Estado victimario. La amnistía puede impedir las indagaciones que permitan el enjuiciamiento y castigo de los violadores de derechos humanos. En rigor, es eso, precisamente, lo que se pretende. Así se abre la puerta a la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia de 8 de marzo de 1988, párr. 173). En fin de cuentas, el tribunal interamericano desestimó las llamadas “dificultades del orden interno” para proceder contra los infractores y condenó al Estado a “investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación”.

En mi voto concurrente a la sentencia del Caso Castillo Páez, al que ahora me remito, he analizado el tema de la autoamnistía. Cabe

distinguir —señalé— entre las llamadas “autoamnistías”, expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento

democrático y alcances razonables, que concluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados. Las normas de la primera categoría han sido severamente cuestionadas (párr. 9).

Es obvio que aquí nos hallamos precisamente en el punto de confluencia entre las consideraciones de seguridad y pacificación, que solicitan el uso de la fuerza (de manera legítima), y las reclamaciones inherentes a la tutela de los derechos humanos. No siempre es fácil establecer la frontera entre la persecución legítima y el desbordamiento de la fuerza. Sin embargo, es indispensable hacerlo.

En la sentencia relativa al Caso Barrios Altos, del 14 de marzo del 2001, la Corte reiteró su criterio adverso a las leyes de autotomnía, “que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”. En tal virtud,

carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú (párrs. 43 y 44).

Posteriormente se sometió a la Corte una solicitud de interpretación de su sentencia de fondo en este caso, a fin de establecer si las precisiones del tribunal acerca de las leyes de autotomnía se aplicaban sólo al caso *sub judice* o podrían extenderse a otros en los que se hubiese aplicado la misma legislación. La respuesta de la Corte fue inequívoca y consecuente con la naturaleza de la violación al pacto a través de un acto de alcance general: una ley, en la especie. “La promulgación de una ley ma-

nifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado”. De ello se sigue que lo resuelto en la sentencia del Caso Barrios Altos “tiene efectos generales” (párr. 18 de la sentencia de interpretación del 3 de septiembre del 2001).

Otro juicio interesante, que se conecta con el tema que estamos examinando, es el relativo al Caso Neira Alegría y otros (Perú), iniciado ante la Corte por demanda de la Comisión Interamericana del 10 de octubre de 1990. En este asunto, dos personas que se hallaban recluidas en el penal de “El Frontón” desaparecieron cuando se amotinó un grupo de reclusos —muchos de ellos responsables o presuntos responsables de terrorismo— e intervinieron las Fuerzas Armadas para sofocar el motín. Otro asunto similar —personas desaparecidas en esa misma circunstancia— es el Caso Durand y Ugarte. Se analizó la responsabilidad del Estado como “garante de los derechos de los detenidos” y se examinó el empleo de la fuerza para someter a los amotinados; “hubo —entendió la Corte— un uso desproporcionado de la fuerza”. De ello provino la declaración de violaciones y la condena a reparación.

También es relevante el Caso Castillo Petruzzi (Perú), abierto por demanda de la Comisión ante la Corte, de fecha 22 de julio de 1997. Se trataba de varios ciudadanos chilenos, detenidos por la Dirección Nacional contra el Terrorismo, y juzgados y condenados por un tribunal militar, “sin rostro”, por el delito de traición a la patria, previsto por disposiciones expedidas en el marco de la lucha contra el terrorismo. En un primer momento, la Corte debió atender las excepciones preliminares opuestas por el Estado, y entre ellas la relativa a la facultad soberana del Estado para enfrentar la delincuencia interna y sancionar a los infractores.

Con respecto a esa excepción preliminar, la Corte resolvió —en sentencia del 4 de septiembre de 1998— que al suscribir y ratificar la Convención Americana, el Estado

aceptó las obligaciones convencionales consagradas en ésta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. No sobra decir —añadió la Corte— que el Perú, al igual que los demás Estados parte en la Convención, aceptó ésta precisamente en el ejercicio de su soberanía.

El Estado hizo ver que los responsables de terrorismo habían violado la legislación y la propia Convención Americana. Al respecto, la Corte señaló que esta conducta contraventora de los inculpados “puede acarrear consecuencias penales como lo manifiesta el Perú, pero no releva al Estado de cumplir las obligaciones que éste asumió como Estado parte en la Convención mencionada” (párrs. 101 y 103). Sobra decir que tampoco se releva al Estado —cualquiera que éste sea—, en modo alguno, de la obligación que le incumbe, ante sus propios nacionales, de luchar eficazmente contra la delincuencia y brindar seguridad a quienes se hallan sujetos a su jurisdicción.

En la sentencia de fondo del citado Caso Castillo Petruzzi, del 30 de mayo de 1999, la Corte abordó las diversas violaciones aducidas por la Comisión Interamericana: derecho a la integridad personal (artículo 5o.), garantías judiciales (artículo 8o.), derecho a la nacionalidad (artículo 20) y normas de interpretación (artículo 29, en combinación con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), además de la violación a las obligaciones generales estatuidas por los artículos 1o. y 2o. de la Convención. En un apartado inicial de sus consideraciones, el tribunal internacional debió puntualizar el alcance de sus atribuciones y su posición ante los cargos —ciertamente muy graves— formulados contra los individuos cuyos derechos se decían violados. Aquí se abordó un punto de suma importancia al que anteriormente me referí: la diferencia entre la justicia nacional y la internacional de derechos humanos, cada una con atribuciones específicas que no se cancelan mutuamente.

La Corte no está facultada —aclaró ésta— para pronunciarse sobre la naturaleza y gravedad de los delitos atribuidos a las presuntas

víctimas. Toma nota de las alegaciones del Estado acerca de estos puntos y manifiesta, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, que un Estado “tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad”... aunque debe ejercerlos dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana.

Se debe destacar una declaración de la Corte: “Obviamente, nada de esto conduce a justificar la violencia terrorista —cualesquiera que sean sus protagonistas— que lesiona a los individuos y al conjunto de la sociedad y que merece el más enérgico rechazo”. Finalmente, el tribunal interamericano advirtió que “tiene atribuciones para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos, pero no para investigar y sancionar la conducta de los agentes del Estado que hubiesen participado en esas violaciones”. Por lo tanto, “señalará si existe o no responsabilidad del Estado por violación de la Convención y no examinará las manifestaciones de las partes sobre la presunta responsabilidad de las supuestas víctimas, materia que corresponde a la jurisdicción nacional” (párrs. 89-90).

Más adelante, el tribunal volvería sobre sus reflexiones en torno al aparente dilema entre la persecución de graves delitos y la observancia de los derechos humanos. Está

más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer ni violentar (párr. 204).

En la sentencia de la que doy cuenta, la Corte debió abordar el problema de la legalidad penal, a partir de los Decretos-Leyes

25.475 y 25.659, que aluden al terrorismo y a la traición a la patria —carga, este último, que se hizo en contra de los inculcados ante la justicia nacional—, que constituye una forma de terrorismo agravado. La consecuencia de que unos hechos sean clasificados bajo el título de traición a la patria, y no bajo el de terrorismo —no obstante la notoria similitud entre las conductas encuadradas bajo uno y otro conceptos—, es que conozca de ellos un tribunal militar “sin rostro”, que se juzgue a los inculcados en procedimiento sumarísimo, con reducción de garantías, y que les sea aplicable la pena de cadena perpetua.

La Corte estimó quebrantado el artículo 9o. de la Convención en la tipificación de las conductas punibles. Sobre este punto, examinó la elaboración de los tipos penales: en ellos

es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal... La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad (párr. 121).

Un punto de especial importancia en este caso fue el referente a la naturaleza del tribunal que juzgó a los presuntos terroristas. En virtud de la legislación aplicable, se trató de un órgano de la jurisdicción militar. Sobre este tema, la Corte observó que dado que las fuerzas armadas que combaten a los grupos subversivos son las encargadas de enjuiciar a los integrantes de éstas, se “mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador” (párr. 130).

[Los] tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad estable-

cidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos del debido proceso legal (párr. 132).

El hecho de que se trate de “jueces sin rostro, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces” (párr. 133).

IV. REGULACIÓN DERIVADA DE LOS HECHOS DEL 11 DE SEPTIEMBRE

No parece necesario señalar a qué 11 de septiembre me refiero. El correspondiente al año 2001 es una fecha crucial e inolvidable. Ese día, una manifestación brutal de terrorismo cobró millares de vidas en los Estados Unidos de América: vidas de personas inocentes, indefensas y atacadas por sorpresa. Terroristas bien entrenados y preparados, movidos por una profunda xenofobia, estrellaron aviones comerciales, con tripulación y pasajeros a bordo, en las Torres Gemelas de Nueva York —contra las que hubo otros ensayos de terror—, testimonio del esplendor urbano, *clisé* del poder económico y el desarrollo tecnológico, y en el edificio del Pentágono, sede administrativa de las Fuerzas Armadas norteamericanas, expresión del mayor poder militar que ha conocido la humanidad, un poder aparentemente invulnerable. De esta forma adquiría una dimensión extraordinaria —y también inadmisibles— la versión monstruosa del choque de civilizaciones, del que habla Samuel P. Huntington en una obra aleccionadora.

A partir del 11 de septiembre del 2001 y de aquel hecho homicida que movilizó las conciencias y, con ellas o sin ellas, alzó la potestad persecutoria de naciones poderosas, a la cabeza los Estados Unidos de América —el país directamente combatido y agraviado—, entró en una nueva etapa la lucha contra el te-

rorismo. También, por cierto, el curso mismo de la historia y la suerte de la justicia internacional. Este asunto, de enorme importancia, ha comenzado a motivar análisis y a determinar acciones, que no es del caso examinar ahora. Hasta entonces el terrorismo de nuestra era, que había cobrado innumerables víctimas, se había confinado en unos cuantos países, que libraban su batalla con fuerzas propias y sólo ocasionalmente contaban con cierta colaboración internacional. Me refiero a las acciones de ese carácter en Irlanda del Norte y en España, sobre todo, donde el terrorismo de origen religioso o nacionalista se ha mantenido vigente durante muchos años. También es posible mencionar acciones del mismo carácter, aunque con otras fuentes, en países americanos: por ejemplo, el Perú fue escenario de estos hechos, durante varios años, y lo sigue siendo Colombia. Esta vez, sin embargo, el terrorismo y la lucha para contenerlo y desmontarlo adquirieron otro signo, anticipado por grupos y acciones que habían ido más allá de las que pudieran ser sus “fronteras nacionales naturales”. Los golpes perpetrados a gran distancia del punto de encuentro entre los combatientes originales —tal, el espectacular atentado en los Juegos Olímpicos de Múnich— y los realizados contra terceros países —señalados o no como militantes en alguna trinchera de la acción terrorista o antiterrorista— han traído consigo una amplísima reacción que alcanza al conjunto de las naciones.

El discurso prevaleciente acredita al terrorismo como un “enemigo de la humanidad” en su conjunto, un “mal” universal que reclama la respuesta del mundo entero. Es así que se ponen en pie de guerra fuerzas policiales y militares incalculables, dispuestas a librar batalla contra un enemigo que, a diferencia de los adversarios militares convencionales, no desarrolla su contienda a campo abierto o en guerrillas tradicionales, carece de mandos formales y visibles, no enarbola banderas nacionales y tampoco ha formalizado un proyecto final que anuncie determinada organización futura de la política o la economía. Por lo pronto, el terrorismo sigue correspondiendo a un movimiento

hondamente visceral, irracional, impetuoso, que hoy se atreve a “golpes” de mayor alcance, valiéndose de capacidades económicas y tecnológicas con las que antes no contaba.

La reacción ha tenido un alcance insólito. Por una parte, se ha generado un orden jurídico novedoso, que desarrolla y lleva al extremo ciertas tendencias que se hallaban a la vista. Por la otra, se ha producido un nuevo ambiente de guerra que permite o suscita acciones —con el acuerdo o el desacuerdo de numerosos países: se trata, finalmente, de un ejercicio universal de fuerza— sobre o entre naciones. Esto crea nuevos equilibrios o desequilibrios nacionales e internacionales y prohija una cultura característica en amplios sectores de la población. Esta cultura de la “defensa”, que tiene su otro rostro, a la vuelta de la medalla, en una cultura del “ataque” —como defensa “preventiva”, se dice— recibe con reticencia o sospecha algunos de los principios jurídicos acuñados a lo largo de los siglos XIX y XX (con el paréntesis del derecho autoritario en el este y el oeste) y pone en tela de duda y en proceso de revisión los avances del derecho penal y del enjuiciamiento penal que hemos conocido bajo la calificación de “democráticos”.

Recordaré ahora algunos comentarios a propósito de las primeras disposiciones norteamericanas en torno a este asunto, que formulé en un artículo aparecido en *Criminalia*, la revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, y en las adiciones de la tercera edición de mi libro acerca de *Delincuencia organizada* (México, Porrúa-UNAM, 2002).

El 13 de noviembre del 2001, el presidente de los Estados Unidos —a quien previamente había dotado el Congreso con poderes muy amplios para enfrentar los hechos del 11 de septiembre y sus consecuencias, a los que en seguida me referiré— dictó una Orden Militar sobre “Detención, trato y juicio de ciertos no-ciudadanos en la guerra contra el terrorismo”. Este acto se sustentó, expresamente, en las facultades del presidente como titular del Poder Ejecutivo y como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, conforme a la Constitución y a otras leyes de

los Estados Unidos. Entre éstas figura la “Autorización para el empleo de la Fuerza Militar” concedida por el Congreso norteamericano (Public Law 107-40, 115 Stat. 224) y las secciones 821 y 836 del título 10 del Código de los Estados Unidos. En el poder y en la acción presidenciales coinciden, pues, la facultad civil y la atribución militar, pero el acto del que se trata posee, esencialmente, este segundo carácter. Consecuentemente, militariza todo el ámbito que abarca, en el que se hallan la justicia penal y los derechos y garantías que le son inherentes.

En la parte de la Orden denominada *Findings* —sección 1—, que contiene lo que denominaríamos la motivación del instrumento, su autor menciona los motivos del acto que realiza y de los efectos que éste acarrea: *a)* los “terroristas internacionales, incluidos los miembros de Al Qaeda”, han incurrido en acciones que “crean un estado de conflicto armado”; *b)* a raíz de los hechos del 11 de septiembre, el presidente declaró una “emergencia nacional” (14 de septiembre de 2001, Proc. 7463, “Declaración de emergencia nacional con motivo de ciertos ataques terroristas”); *c)* los terroristas “poseen tanto la capacidad como la intención” de llevar adelante nuevos ataques de este género; *d)* la posibilidad de prevenir esos ataques, proteger a los Estados Unidos y a sus ciudadanos y apoyar esfuerzos similares por parte de países aliados, “depende en forma significativa del empleo de las Fuerzas Armadas norteamericanas para identificar a los terroristas y a quienes les brindan colaboración, impedir sus actividades y eliminar su capacidad de conducir o sustentar esos ataques”; *e)* es necesario que los responsables de tales conductas criminales sean juzgados por “violaciones a las leyes de la guerra y otras leyes aplicables, por tribunales militares”; *f)* “no es posible aplicar en las comisiones militares (constituidas al amparo de la orden presidencial) los principios de derecho y las reglas de prueba generalmente reconocidos en el enjuiciamiento penal por parte de las cortes distritales de los Estados Unidos”; y *g)* la magnitud de los hechos que es necesario enfrentar implica que “existe una emergencia extraordinaria para efectos de defensa

nacional, que esa emergencia implica un urgente y apremiante interés de gobierno, y que es necesaria la expedición de la presente Orden (militar presidencial) para hacer frente a la emergencia”.

En la sección 2 de la Orden aparecen algunas disposiciones esenciales de carácter penal sustantivo. Se fijan tanto el ámbito de validez subjetiva de la Orden, es decir, el universo de los destinatarios de ésta, como la descripción de conductas punibles que se sujetarán a los órganos, procedimientos y medidas instituidos por ese instrumento. En este punto aparece una distinción de gran relevancia: la Orden no es aplicable —ni lo son, en consecuencia, sus previsiones jurisdiccionales— a personas de nacionalidad estaounidense, sino solamente a los extranjeros. Para que éstos se hallen sujetos a la Orden y puedan verse alcanzados por sus consecuencias, se requiere un nuevo acto de individualización presidencial. Es necesario, en efecto, que el Presidente determine que existe motivo para suponer que el extranjero, que aquí pasa a ser indiciado: *a)* es o fue miembro de la organización denominada Al Qaeda; *b)* ha participado en actos de terrorismo internacional o conspirado para cometerlos o prepararlos, que “hayan causado, puedan causar o se pretenda que causen daños o efectos adversos para los Estados Unidos, sus ciudadanos, la seguridad nacional, la política exterior o la economía”, o *c)* ha brindado auxilio o encubierto conscientemente a aquél.

En el examen de estas prevenciones, que son el cimiento de las medidas persecutorias contempladas en la Orden presidencial, conviene observar la imprecisión que existe en la descripción de las conductas punibles. No me refiero solamente al problema de la conspiración —ya mencionado en la exposición, *supra*, sub II, acerca de la ley mexicana—, que es un aspecto crítico del actual derecho penal nacional e internacional, por medio del cual se anticipa la incriminación, que opera antes de los actos preparatorios mismos. A lo que aludo es a la imprecisión —que abre un vasto espacio para el arbitrio— de las expresiones

referentes a haber causado o pretender causar daños en ámbitos tan extensos como los Estados Unidos, la seguridad nacional, la política exterior o la economía. Recuérdese la preocupación del derecho penal moderno, de orientación democrática, por asegurar el rigor en la descripción de las conductas punibles, que corresponde a una verdadera operación del principio de legalidad: *lex stricta, scripta y praevia*. En otro lugar de estos comentarios invoco la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida en la sentencia de fondo del Caso Castillo Petruzzi, sobre la formulación de los tipos penales, que deben cerrar cuidadosamente la vía al arbitrio y al equívoco.

Hasta aquí, la determinación y la consecuente aplicación de la Orden se subordinan a ciertos criterios específicos de incriminación: la conducta de los sujetos, esto es, los hechos cuyo carácter delictivo se establece. Sin embargo, es preciso que concorra además otro factor que atiende enteramente al criterio de oportunidad o conveniencia. Efectivamente, la determinación presidencial debe establecer, asimismo, que “corresponde al interés de los Estados Unidos que dicho individuo quede sujeto a esta Orden” del Ejecutivo. De nuevo campea el principio de oportunidad que ha ganado amplio terreno en el derecho nacional y en el orden internacional, a costa del principio de legalidad. No ignoro razones a favor de la oportunidad, que ahorra excesos y modera persecuciones, pero tampoco se podría olvidar el ingrediente de inseguridad que aquélla representa. Compete al secretario de la Defensa llevar adelante las acciones necesarias para que las personas sujetas a la Orden sean detenidas y, en su caso, procesadas en los términos del mismo instrumento.

Una sección de la Orden aborda las atribuciones del secretario de la Defensa en materia de detención. Tienen que ver con detención en lugares adecuados, fuera o dentro de los Estados Unidos, como sería, en su momento, la base militar de Guantánamo, ubicada en Cuba, para la concentración de prisioneros afganos; trato humano, sin discriminación; provisión de alimento adecuado, agua potable, alojamiento, ropa y tratamiento médico; liber-

tad para la práctica religiosa, en forma compatible con los requerimientos de la detención; y “otras condiciones que puede resolver el secretario de la Defensa”.

Otra sección se refiere a las atribuciones del mismo funcionario con respecto al enjuiciamiento de los inculpados. Aquí figuran las normas procesales más relevantes, así como algunas disposiciones sustantivas acerca de la punibilidad de las conductas delictuosas señaladas en la Orden. En síntesis, esta parte de la regulación señala: *a)* el juicio de los inculpados se seguirá ante tribunales militares (“comisiones militares”); *b)* éstos órganos podrán imponer las sanciones previstas por las leyes aplicables, inclusive prisión perpetua o pena capital; *c)* el secretario de la Defensa dispondrá lo conducente para la constitución de las comisiones militares y el proceso mismo; y *d)* las disposiciones respectivas abarcarán, entre otros puntos, las etapas anteriores al juicio, los procedimientos de juicio y las diligencias posteriores a éste, las pruebas, el desarrollo del proceso y las calidades que deben reunir los abogados participantes. He aquí uno de los aspectos más importantes e inquietantes de la Orden, en concepto de los analistas jurídicos que se han ocupado en estudiarla y, a menudo, en cuestionarla. La justicia militar desplaza a la civil y se crea circunstancialmente y con fundamento en la apreciación determinante de un jefe militar, al que se halla sujeto el sistema procesal entero, que en la etapa moderna del enjuiciamiento se organiza —como garantía del ciudadano y frontera del poder público— al amparo de una minuciosa legalidad.

Los ordenamientos que expida el secretario de la Defensa contemplarán los siguientes puntos: i) las comisiones militares se instalarán en el tiempo y lugar que determine este funcionario; ii) juicio completo y justo ante la comisión militar, que resolverá sobre los hechos y aplicará el derecho; iii) admisión de medios a los que se pueda atribuir, razonablemente, valor probatorio; iv) uso de material probatorio e informativo y acceso al expediente de conformidad con las normas relativas a información clasificada o clasificable (en los términos de la Orden Ejecutiva

12958 del 17 de abril de 1995 y otros mandamientos); v) desempeño de la acusación por parte de abogados que designe el secretario de la Defensa, y defensa del inculpado a cargo de abogados; vi) emisión de la sentencia mediante el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la comisión, con asistencia de la mayoría de éstos; y vii) envío de las actuaciones para revisión y decisión final por parte del presidente de los Estados Unidos o del secretario de la Defensa, si éste fue facultado para ello por el propio presidente. El secretario de la Defensa está facultado para emitir las reglas necesarias para el cumplimiento de la Orden, en el ejercicio de su función militar y a la luz de la mencionada sección 1 de aquélla. Deberá ejercer sus atribuciones conforme a lo previsto en la sección 113(d) del título 10 del Código de los Estados Unidos.

La última parte de la Orden —sección 7— contiene diversos mandamientos de notable relevancia. En primer término, advierte que ninguna disposición de aquélla se interpretará en el sentido de: *a)* permitir el acceso a secretos de Estado de personas no facultadas para ello; *b)* limitar la autoridad del presidente como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, o su potestad de conceder indultos o perdones, o *c)* restringir la autoridad del secretario de la Defensa, o de los comandantes militares, funcionarios o agentes de los Estados Unidos o de un estado (esta expresión abarca cualquier estado de la Federación, distrito, territorio o posesión de los Estados Unidos), para detener o procesar a una persona que no se encuentre sujeta a las disposiciones de la Orden.

En segundo término, y por lo que atañe a quienes se hallan sometidos a esta Orden, la misma sección dispone que: *a)* la jurisdicción para conocer de los delitos previstos en la Orden corresponde exclusivamente a los tribunales militares; y *b)* los inculpados no podrán someterse a ni beneficiarse de procedimientos o recursos, directa o indirectamente, en otros tribunales de los Estados Unidos o de un estado de éstos, en cortes de otras naciones o en tribunales internacionales.

En tercer término, la sección 7 indica que la Orden no genera ningún derecho, beneficio o privilegio, sustantivo o procesal, reclamable en derecho o en equidad, contra los Estados Unidos, sus dependencias, agencias y entidades, sus funcionarios o empleados, u otras personas. El presidente se reserva la potestad de transferir del secretario de la Defensa a otra autoridad el control de cualquier persona sujeta a la Orden Militar; las disposiciones de ésta no limitan la facultad de la autoridad a la que se hace dicha encomienda para procesar al sujeto que se coloque bajo su control.

Nos hallamos, pues, ante un verdadero régimen de excepción que se proyecta sobre los Estados Unidos de América y su sistema de justicia penal —con desplazamiento de la civil en favor de la militar—, pero también puede trascender a otros Estados y a la organización internacional en su conjunto. Algunos de los aspectos más relevantes de esa Orden, que nutren la controversia, atañen al principio de legalidad (la fuente de este régimen penal no es una ley, propiamente, sino un mandamiento del Ejecutivo, en su condición de jefe militar); a la igualdad de todos los hombres ante la ley (que se diluye cuando existe un régimen punitivo para nacionales y otro para extranjeros: aquél con garantías ordinarias y éste con derechos recortados); al órgano jurisdiccional que conocerá de los delitos imputados (que no es el juez independiente, imparcial y competente —juez natural, en fin— al que se refieren los sistemas nacionales y los ordenamientos internacionales); al derecho de audiencia y defensa; al derecho de impugnación; a la extensa discrecionalidad de las autoridades participantes en este sistema, que pueden “construirlo” o “modificarlo” con gran holgura; a la exclusión unilateral de las instancias del derecho de gentes, etcétera.

Cada uno de estos extremos podría ser analizado a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como manifestaciones de un estándar internacional, sin perjuicio de la posición que los Estados Unidos guardan con respecto a cada uno de estos

instrumentos. También se podría estudiar el punto en relación con los principios que generalmente han gobernado la materia penal y procesal nacional e internacional —en la que hay, es cierto, numerosas variaciones— para determinar su conformidad con el estado actual de la materia, al cabo de una larga evolución histórica.

En la Orden ha cobrado presencia la posición del procurador estadounidense, John Ashcroft, ante el fenómeno del terrorismo: los terroristas —sostuvo este funcionario, según refiere Josj Tryangiel en su artículo “And justice for...”, en la revista *Time* del 26 de noviembre de 2001, “no merecen la protección de la Constitución de los Estados Unidos”. Habría, pues, normas y valores constitucionales para unas personas, la inmensa mayoría, que se niegan a otros: el reducido número de los responsables de estos crímenes. La selección milita, no obstante los motivos —por la fuerza de una indignación explicable— que la inspiran, contra el principio de igualdad ante la ley, que es uno de los progresos más relevantes en la historia moral de la humanidad, desde los *bills of rights* de la aurora constitucional norteamericana y la *Déclaration* francesa.

En la misma publicación periódica aparece el artículo de Charles Krauthammer “In defense of secret tribunals”, que justifica diversas medidas —hasta ahora proscritas— en aras de la guerra: de la tortura en adelante. No es posible, arguye, que en estas circunstancias extraordinarias se monte un “circo legal” y se naufrague en delicadezas jurídicas. Habrá que prescindir de ciertos derechos comúnmente reconocidos a los inculpados. Hay que hacer a un lado las *Miranda niceties*, sostiene en alusión al famoso caso de la jurisprudencia estadounidense que hace algunas décadas revolucionó el sistema procesal de ese país y avanzó un paso de gigante en la tutela de los derechos del imputado. Sólo un “idiota moral” —sentencia— podría oponerse a las medidas que reclama la nueva circunstancia.

En la otra trinchera no ha sido menor el sacudimiento. La crítica proviene de escritores, politólogos y juristas. Algunas or-

ganizaciones no gubernamentales han elevado su voz para reprochar las medidas excepcionales. A las pocas horas de la emisión de la Orden —el 15 de noviembre—, la organización Human Rights Watch hizo llegar al presidente de los Estados Unidos una carta en la que critica aquélla severamente. Hace ver que el mismo gobierno que la expidió había censurado o condenado, anteriormente, medidas como las que ahora adoptaba, dictadas o proyectadas por Perú, Nigeria, Egipto y Rusia. Human Rights Watch señala que las disposiciones de la Orden entran en conflicto con compromisos internacionales contraídos por los Estados Unidos. Human Rights Watch observa que difícilmente se podría exigir la observancia del debido proceso en otros países, si se niega en los propios Estados Unidos.

En un artículo titulado “Libertades públicas y seguridad nacional”, que apareció en el diario *Reforma* el 3 de diciembre de 2001, Carlos Fuentes previno que “el terror no se combate con el terror, ni la ilegalidad con más ilegalidad en nombre del antiterrorismo”. La “violación masiva de una legalidad consagrada en la Constitución y las leyes de EE. UU. crea.... un régimen de terror interno”. Un crítico incisivo, el jurista norteamericano Robert Goldman —miembro y ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—, autor del artículo “Why President Bush’s Military Order Runs Afoul of the Law”, reprueba las enormes facultades asumidas por el presidente estadounidense y subraya el conflicto que se plantea entre las disposiciones de la Orden Militar y las normas del derecho internacional y nacional.